



TÜRKİYE
ADALET AKADEMİSİ

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ
DERGİSİ

Ekim 2014 - Sayı 19 - Yıl: 5

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.

19



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

20

YIL:6, SAYI:20, Ocak 2015

www.taayayinlari.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/ EDITOR

Aşkın GÜVEN

Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ

Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK

Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay Üyesi

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095

Çankaya-Ankara

Tel: 312 489 81 80 **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr

www.taayayinlari.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taayayinlari.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer	Prof. Dr. Mehmet Tefik Gülsoy
Prof. Dr. Ahmet Gökçen	Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu	Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Ali Güzel	Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Anıl Çeçen	Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Arzu Oğuz	Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Atilla Özer	Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay	Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Bahri Öztürk	Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz	Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Bilge Öztan	Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ejder Yılmaz	Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Emine Akyüz	Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Ender Ethem Atay	Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Enver Bozkurt	Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Erdal Tercan	Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör	Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Faruk Turhan	Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Feridun Yenisey	Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Fügen Sargin	Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Gökhan Oral	Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Hakan Hakeri	Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu	Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Hasan Bacanlı	Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Hasan Tunç	Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz	Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk	Prof. Dr. Tefik Odman
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu	Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. İmdat Elmas	Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. İsmail Kayar	Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. İsmail Kırca	Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin	Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Kayıhan İçel	Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Kemal Gözler	Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Kudret Güven	Prof. Dr. Zehra Odyakmaz
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz	

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA** **1**
Arap Baharı ve Demokrasi Hakkı
The “Arab Spring” and Right to Democracy

MAKALELER / ARTICLES

ARAP BAHARI VE DEMOKRASİ HAKKI

The “Arab Spring” and Right to Democracy

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA *

ÖZET

Arap baharı, Arap ülkelerinde gözlenen demokrasi eksikliği nedeniyle beklenmeyen bir gelişme olarak yorumlanmaktadır. Arap baharı halk ve hükümet ilişkisini düzenlemeye yönelik normların uluslararası hukukta yeniden tartışma konusu olmasına ve bu normların demokrasi hakkını kapsayıp kapsamadığı yönünde değerlendirme yapılmasına yol açmıştır. Bu bağlamda hükümet şeklinin halk tarafından belirlenmediği nispette yönetimin demokratik olarak nitelendirilemeyeceği görüşünün temsil edildiği gibi, halkların Selfdeterminationsright’ından demokrasi hakkının değil, demokratikleşme hakkının istihraç edilebileceği görüşünün de temsil edildiği görülmektedir. Devlet uygulamalarının analizi uluslararası hukukta demokrasi hakkının mevcudiyetini yeterince desteklemektedir. Buna karşılık uluslararası hukukta demokratikleşme mükellefiyetinin bulunduğu varsayım olarak kabul görmektedir. Bu durum yönetimin meşruiyetinin somut hükümet şekline değil, daha çok demokrasiyi geliştirmeye yönelik gayretlere bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Günümüzde uluslararası hukukta otoriter rejimlere karşı yapılan direniş hareketlerine meşruiyet prensibi dayanak oluşturmaktadır. İnsan hakları içeriği ile meşruiyet prensibi otokratik hükümetler üzerinde baskı oluşturmaktadır ve belli koşullar altında uluslararası camianın müdahalesini mümkün kılmaktadır. Ancak içerde gerekli koşullar olmadığı nispette dışardan demokratikleşme sürecinin dayatılmasının da mümkün olmadığını gözardı edilmemesi gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: demokrasi hakkı, demokratikleşme hakkı, insani müdahale, iç ve dış selfdeterminationsright

ABSTRACT

The “Arab Spring” is interpreted as an unexpected development in the non-democratic Arab countries. The “Arab Spring” has caused discussion on rules relating to relationship between government and individuals in international law once again and

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, farsava@atilim.edu.tr

whether these rules include the right to democracy or not. In this context, while it is claimed that if the form of government is not determined by the people, this government cannot be called as a democratic government, it is also claimed that self-determination right includes right to democratisation, not right to democracy. Analysis of state practice adequately supports the existence of a right to democracy in international law, whereas the existence of liability for democratisation is regarded as a hypothesis in international law. This case reveals that legitimacy of the government depends on efforts to develop democracy more than the form of the government. In international law, resistance movements against authoritarian regimes nowadays are based on the principle of legitimacy. The principle of legitimacy including human rights creates pressure on autocratic governments and makes international intervention possible under certain conditions. However that imposition of democratisation process externally without mature internal democratic conditions is not possible shouldn't be ignored.

Key Words: right to democracy, right to democratisation, humanitarian intervention, "internal" and "external" self determination



Arap Baharı Arap bölgesinde rejimlerin stabil olduğundan hareket edilmesi nedeniyle Arap Baharı alanı uzmanlarını dahi şaşkırtan bir gelişme olarak yorumlanmıştır. Bunun dışında siyaset biliminin kimi düşünürlerinin Arap ülkelerinde genel bir demokrasi ehliyeti konusunda tereddütlerinin olması da bu gelişmelerin beklenmedik gelişmeler olarak nitelendirilmesine yol açmıştır¹. Tunus'ta 2010/2011'de devlet başkanı Bin Ali'nin devrilmesi Arap dünyasında domino etkisi doğurmuştur. Halkın büyük bir kısmının ekonomik sıkıntılar içinde olması, diğer taraftan siyasi elitlerin halkın sıkıntılarını çözmek yerine, daha çok kendi varlıklarını arttırma çabaları içinde olması Arap dünyasının büyük bir kısmında protestolara, direniş ve hatta iç savaflara neden olmuştur.

Bu proses çerçevesinde Uluslararası Hukuk nasıl bir rol oynamıştır? İkinci dünya savaşından itibaren Uluslararası Hukuk'ta halk ve hükümet ilişkisini düzenlemeye yönelik çok sayıda norm oluşmuştur. Soğuk savaşın sona ermesinden itibaren Uluslararası Hukuk literatüründe bu normların demokrasi hak-

¹ Samuel P. Huntington, The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century, 1991, s.300

kını da kapsayıp kapsamadığı konusunda tartışmalar yapılmaktadır. Uluslararası Hukuktaki bu tartışmanın Arap Baharı bağlamında halkın otokratik yönetimlere karşı demokrasi hakkı iddiası ile yeniden gündeme geldiği görülmektedir. Demokrasi hakkının idealist Uluslararası Hukukçuların zihin jimnastiği konusu olması ötesinde gerçekleştirilme olasılığı var mıdır sorusunun cevaplandırılması öncelikle Uluslararası Hukukta demokrasi hakkının açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Uluslararası Hukukta demokrasi hakkının iki olası kaynağı bulunmaktadır: Demokrasi hakkı kısmen halkların iç SDR’inden istihraç edilirken, kısmen de devletlerin uygulamasından istihraç edilmektedir.

Demokrasi hakkına iç SDR’in kaynak oluşturması

SDR başlangıcı itibariyle öncelikle halkların yabancı hâkimiyetinden kurtarılmasına yönelik bir hak olarak düşünülmüştür. Bu durum şüphesiz ikinci dünya savaşı ertesinde ve sömürgeciliğin sona ermesi ile birlikte değişmiştir. İlk kez BM Genel Kurulunun 1960 tarihli 1514 sayılı kararı kendi kaderini tayin etme hakkının siyasi olarak hükümet şeklini serbest olarak belirleme hakkını da içerdiğini dile getirmiştir. BM Genel Kurulunun 1970 tarihli Devletlerarası Dostça İlişkiler ve İşbirliği Kararı’nda da bu yaklaşımın teyit edildiği görülmektedir.

Halkların iç SDR’inden kimi yazarlar demokrasi hakkı istihraç etmektedir². Bu sonuca bir mantık silsilesi ile varılmaktadır. Buna göre demokrasi olmaksızın hükümet şeklini belirlemenin mümkün olmadığı, hükümet şekli halk tarafından belirlenmediği nispette yönetimin demokratik olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir³. Ancak bu çerçevede halkların kendi iradesi ile yönetimi otokratlara bıraktığı tarihi örneklerin bulunduğu da gözardı edilmemesi gerekmektedir⁴.

² Hans A.Stöcker (1987), „Europäische Menschenrechtskonvention, Ordre-Public-Vorbehalt und nationales Selbstbestimmungsrecht, Europäische Grundrechte Zeitschrift, s.477; Christian Hillgruber/Bernhard Kempen (1989), Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und der Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, Recht in Ost und West; s.325-326; Daniel Thürer (2000), Selfdetermination, bknz.: EPIL Vol.4, Rudolf Bernhardt (Hrsg.), s.364, 372

³ Christian Hillgruber/Bernhard Kempen, 1989, s.325

⁴ Jürgen Gebhardt, Das demokratische Prinzip und die moderne politische Ordnung, bknz.:

Bu soruna ilişkin çözümü Gregory Fox ve Georg Nolte önermiştir⁵. Gregory Fox ve Georg Nolte demokrasilerin kendi varlıklarını tehlikeye atan siyasi akımlarla mücadele etme sorununu tartışmış ve demokrasilerin kendilerini korumak için demokratik mekanizmaları gözardı eden bir demokrasi konsepti önermiştir. Bütün diğer devlet şekillerinin SDR prensibini ihlâl etmesi nedeniyle demokrasi bu yaklaşıma göre *pouvoir constituant*'a istinat eden yegâne devlet şeklidir. Bu görüş demokrasi mükellefiyetini diğer devlet şekillerini a priori olanaksız kılarak açıklaması nedeniyle eleştirilmektedir⁶. Demokrasinin otokratik devlet şekillerine nazaran per se üstünlüğünün kabul edilmesi durumunda doğal olarak bu görüşün savunulması mümkündür. Ancak bu çerçevede tereddütlerin bulunduğu kuşkusuzdur. Örneğin siyaset bilminde demokrasinin ekonomik gelişmeyi teşvik edip etmediği konusunda yoğun tartışmalar bulunmaktadır⁷. Bunun dışında demokrasinin istikrarlı olabilmesi için belli sosyo-ekonomik koşulları gerektirip gerektirmediği konusunda nihai bir araştırma yapılmamıştır. Özellikle demokrasinin plüralist, çok katmanlı toplumlarda işleminin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Günümüzde iyimser bir yaklaşımla demokrasinin iyi bir kurumsal yapılandırma koşulu ile plüralist toplumlarda da işleyebileceği düşünülmektedir (Belçika'daki son yıllardaki gelişmeler, demokrasi modelinin plüralist toplumlarda problemsiz işlemediğini göstermektedir. Anayasa mahkemesinin farklı gruplar arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk rolü bu çerçevede bir yenilik oluşturmaktadır⁸. Ancak kurumsal yapının iyi şekillendirilmesi de toplumsal istikrarı gerektirmektedir. Bu nedenlerle demokrasi zorunlu olarak her devlet için kimi koşullarda ideal devlet şekli olmak zorunda değildir.

André Kaiser/Wolfgang Leidhold (Hrsg.), *Demokratie – Chancen und Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, 2005, s.28

⁵ Gregory Fox/Georg Nolte, *Intolerant Democracies* Harv. Int'l L.J. 36, 1995, s.1-70

⁶ Martti Koskeniemi, "Intolerant Democracies": A Reaction, Harv. Int'l L.J. 37, 1996, s.232-233

⁷ Manfred Schmidt, *Is the Demokratie wirklich die beste Staatsverfassung?*, ÖZP 28, 1999, s.187-200)

⁸ bkz.: Samuel Issacharoff, *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, Geo. L.J. 99, 2011, s.961-1012)

Kendi kaderini belirlemenin bu nedenle temsil edilme ile bağlantılı açıklanması daha doğru gözükmetedir. Halkların kendi kaderini tayin hakkı bu yaklaşım ışığında hükümetin halkı temsil etmesi nispetinde gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durum hükümetin mutlak olarak halk tarafından seçilmesini değil, devlet yetkilerinin vatandaşlar yararına kullanılmasını gerektirmektedir. Bu yetkilerin vatandaşlar yararına kullanılması, yetkilerin sadece yönetenlerin çıkarına hizmet etmemesini gerektirmektedir. Bu şekilde SDR’den demokrasi prensibi değil, meşruiyet prensibi istihraç edilmiş olmaktadır. Meşruiyet prensibi için iki asgari koşul aranmaktadır. Bunlar, hükümetin kendi yararına değil, vatandaşlarının yararına politika izlemesi ve sistematik şekilde temel insan hakları ihlâli yapmamasıdır⁹.

Demokrasi hakkının uluslararası uygulamalardan istihraç edilmesi

Bu tartışma 1990’lı yılların başında Berlin duvarının yıkılması paralelinde gerek hukuk ve siyaset biliminde, gerekse diplomaside demokrasi heyecanının doruk noktasına ulaşması ile birlikte ortaya çıkmıştır. BM Genel Sekreteri Gali’nin daha 1992’de “Agenda for Peace”te (§59) demokrasinin barışın sağlanmasındaki önemini vurgulaması görev döneminde demokratikleşmeyi temel konu haline getirdiğinin işareti olmuştur. Gali 1996’da yayınladığı “Agenda for **Democratization**” ile demokratikleşmeyi uluslararası politikanın en önemli amaçlarından biri olarak ilan etmiştir. Bu çerçevedeki hukuki tartışmaların öncülüğünü Thomas Franck ve Gregory Fox yapmıştır¹⁰. Her iki yazar çalışmalarında öncelikle geçmiş yıllardaki uluslararası uygulamayı dikkate almıştır. Bu uygulamanın dayanakları olarak da uluslararası anlaşmalar, BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararları esas alınmıştır. Bu yazarlar da halkların SDR’ından uluslararası uygulamalar ışığında halkların demokrasi hakkını değil, demokratikleşme hakkını istihraç etmişlerdir¹¹.

⁹ Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip – Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Heidelberg 2009, s.56-58

¹⁰ Gregory Fox, *The Right to Political Participation in International Law*, Y.L.J. 17, 1992, s.539-607; Thomas M.Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, A.J.I.L. 86, 1992, s.46-91

¹¹ Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip – zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Heidelberg 2009, s.91-139

Demokratikleşme uzun bir süreçtir. Sadece seçimlerin yapılması bir devleti istikrarlı bir demokrasiye dönüştürmemektedir. Bunun için diğer faktörlerin de bir araya gelmesi gerekmektedir. Başarılı bir demokrasi hukuk devletinin kurumsal yapısına gereksinim duyar. Demokratik değerlerin uluslararasılaşması ve belli ölçüde ekonomik gelişme demokrasinin istikrarını temin eder¹². Seçimler hernekadar kullanılan devlet yetkilerinin meşruiyeti bakımından önemli bir unsur ise de, demokratikleşmenin karmaşık, uzun vadeli ve sonucu garanti edilmeyen bir süreç olması nedeniyle seçimlerin demokratikleşme sürecinde mutlaka ilk adım olması gerekmektedir. Bu görüş demokrasi ve demokratikleşmeye ilişkin uluslararası dokümanlarda dile gelmektedir. BM Genel Kurulu 1990’lı yıllarda seçimler ve demokrasi ile ilgili bir dizi karar almıştır. 1988’den itibaren Genel Kurul yıllık ve daha sonra iki yıllık aralarla “Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections” başlıklı kararları almıştır¹³. Bu kararlar açıkça seçme hakkını vurgulayan ifadeler içermemektedir. Bu kararlarda 17.12.1991 tarih ve 46/137 sayılı kararda olduğu gibi daha çok “1- Emphasizes (...) that the authority to govern shall be based on the will of the people, as expressed in periodic and genuine elections; 5-Underscores the duty of each member State (...) to respect the decisions taken by other states, in accordance with the will of the people, in freely choosing and developing their electoral institutions” üzerinde durulmuştur. Demokrasi bu kararlarda amaç olarak gösterilmekle beraber, karar başlıklarında ve 5 nolu değerlendirmede sürece ilişkin olarak “choosing”, “developing” yahut “enhancing” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

Benzer bir durumun 1993 tarihli Viyana İnsan Hakları Konferansında alınan karar için de söz konusu olduğu görülmektedir: “The World Conference on Human Rights reaffirms that least developed countries committed the process of democratization and economic reforms, many of which are in Africa, should

¹² Gabriel Abraham Almond/Sidney Verba, *The Civil Culture: Political Attitudes and Democracy in five Nations*, Princeton, Princeton University Press 1963, s.498; Larry Diamond, Juan José Linz, *Politics, Society, and Democracy in Latin America*, bknz.: Larry Diamond/Juan José Linz/Seymour Martin Lipset (Hrsg.): *Latin America*, Lynne Rienner Publishers, Boulder Colorado 1984, s.10)

¹³ Gregory H.Fox, Summary – National Sovereignty Revisited: Perspectives on the Emerging Norm of Democracy in International Law, *A.J.I.L.* 86,1992, s.271)

be supported by the international community in order to succeed in their transition to democracy and economic development”. Bu kararda demokratikleşme prosesinden ve “transition to democracy”den söz edilmiştir. Bu yaklaşımın BM Genel Kurulunun 04.12.2000 tarihli ve 55/963 sayılı “Promoting and consolidating democracy” başlığı ile kabul edilen kararında devam ettiği görülmektedir. Söz konusu karar da açık bir demokrasi hakkı içermemektedir. Daha çok karar başlığında görüldüğü gibi demokrasi sürecini teşvik eden, konsolide eden kavramların kullanıldığı görülmektedir. Örnek olarak alınan kararlar demokrasinin ilk planda siyasi statü olarak ele alınmadığını göstermektedir. Bu kararlar daha çok teleolojik bir süreç olarak demokratikleşmeye yoğunlaşmıştır. Bu durum meşruiyetin somut hükümet şekline değil, daha çok demokrasiyi geliştirmeye yönelik olarak devletin yaptığı gayretlere bağlı olduğunu ortaya koymaktadır.

Benzer bir durum BM Güvenlik Konseyi uygulamasında da karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda örnek olarak gösterilen Güvenlik Konseyi kararları Haiti ve Sierra Leone’ye yapılan askeri müdahaleye ilişkin yetkilendirme kararlarıdır (UN, Güvenlik Konseyi 1994 c, 1997). Her iki Güvenlik Konseyi kararı da meşru olmayan hükümetin askeri müdahale ile devrilerek, yeniden meşru düzeni tesis etmek için uluslararası camianın yetkilendirilmesine ilişkindir (Haiti için bkz.: Richard Falk, *The Haiti Intervention: A dangerous World Order Precedent for the United Nations*, *Harv. Int’l L.J.* 36, 1995, s.341-358; Richard B.Lillich, *The Role of the UN Security Council in Protecting Human Rights in Crisis Situations: UN Humanitarian Intervention in the Post Cold War World*, *TJICL* 3,1995, s.1-17; Sierra Leone için bkz.: Emily W.Schabacker, *The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone*, *AUILR* 14, no.2 (1998), s.312-412; Matthias Goldmann, *Sierra Leone: African Solutions to African Problems?*, *MPYUNL* 9 (2005), s.457-515). Her iki örnekte de hükümetlerin meşru olmaması, demokratik olarak seçilen hükümetlerin güç kullanılarak devrilmiş olmalarına bağlanmıştır. Seçilmiş hükümetlerin devrilmesi ile kurulan hükümetlerin meşru olarak nitelendirilemeyeceğini ve bu hükümetlere karşı yaptırım uygulanmasını öngören benzer yaklaşım Amerika Devletleri

Örgütü veya Afrika Birliği Örgütü gibi bir dizi bölgesel örgüt kararlarında da teyit edilmektedir¹⁴.

BM Güvenlik Konseyi'nin 1973 sayılı ve 17 Mart 2011 tarihli kararı farklı bir boyut taşımaktadır (BM Güvenlik Konseyi, 2011). Libya'daki iç savaşla bağlantılı söz konusu karar uçuşa yasaklı bir bölge oluşturmuş ve uluslararası camiayı uçuşa yasaklı bölgeyi gerekirse güç kullanarak korumakla yetkilendirmiştir. Bu karara istinaden Fransız ve Amerikan hava kuvvetlerinin Kaddafi güçlerine karşı yoğun hava saldırıları başlamıştır. 1973 sayılı karar kuşkusuz ilk planda rejimin değiştirilmesine yönelik değildir. Karar öncelikle Libya sivil halkının korunması amacıyla matuf olarak ihdas edilmiştir. 1973 sayılı kararda Kaddafi'nin devrilmesi için bir yetkilendirme yapılmamıştır. Kararın açık amacı Kaddafi'nin düşürülmesi olmasa da, karara istinat eden hava saldırıları Kaddafi'nin düşürülmesine yönelik direnişçilere önemli bir yardım sağlamıştır. Karar her ne kadar müttefiklerin çıkarının korunmasına değil, sivil halkın korunmasına matuf olarak ihdas edilmiş olsa da, Kaddafi'nin düşürülmesi kararın hukuki sonucu olarak görülmektedir¹⁵. Müttefikler açısından Kaddafi düşürülmeksizin Libya'daki sorunun çözülmesi olası gözükmemiştir¹⁶. Kaddafi'nin meşruiyet eksikliği demokratik bir rejimi devirerek iktidara gelmesine istinat ettirilmemiştir. Kaddafi 42 yıl önce bir hükümeti devirerek iktidara gelmiştir; ancak düşürülen hükümet de seçimlerle iktidara gelen bir hükümet niteliğine sahip değildi. Kaddafi'nin meşruiyet eksikliği daha çok direnişçilere ve sivil halka orantısız bir şekilde güç kullanmasına istinat ettirilmiştir. Kaddafi'ye karşı yapılan direniş onun halk nezdinde güvenini kaybettiğinin bir işareti olarak kabul edilmiştir. Uluslararası camia tarafından bu nedenlere istinaden açıklanan Libya'daki rejim değişikliğinin kalıcı olup olamayacağını zaman gösterecektir. 1973 sayılı kararın kapsamı geniş kapsamlı sonuçlar çıkarmaya izin vermemektedir.

¹⁴ Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip – Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Heidelberg 2009, s.110-120

¹⁵ bkz.: Mehrdad Payandeh, *The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya*, *Va. J. Int'l L.* Vol.52, Nr.2(2012), s.355

¹⁶ Barack Obama/David Cameron/Nicolas Sarkozy, *Libya's Pathway to Peace*, *International Herald Tribune*, 15.4.2011, <http://www.nytimes.com/2011/04/15/opinion/15iht-edlibya.html>

Devlet uygulamalarının analizi, uluslararası hukukta demokrasi hakkının mevcudiyetini yeterince desteklememektedir. Buna karşılık uluslararası hukukta demokratikleşme mükellefiyeti bulunduğu varsayım olarak kabul görmektedir. Demokratikleşme mükellefiyetinin iki boyutu bulunmaktadır. Boyutlardan bir tanesi demokrasi sürecinde geri adım atılmamasına, diğeri ise demokratikleşmede ileri adımlar atılmasına ilişkindir. Demokratikleşme sürecinde ileri adımlar atılması daima doğrudan seçimler yapılmasını gerektirmektedir. Şüphesiz, halkların SDR ile aynı bağlamda dile gelen kriterlere benzeyen belli asgari kriterlere riayet edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda hükümetlerin temel insan haklarına riayet etmesinin ve halkın refahının artırılmasına yönelik politikalara öncelik vermesinin demokratikleşmenin vazgeçilmezleri olduğunun gözardı edilmesi mümkün değildir.

Arap Baharı bakımından çıkarılacak sonuçlar

Yukarıdaki tartışmalar ışığında oluşturulan kriterlerin Arap dünyasına uygulanması durumunda meşruiyet kriterinin çoğu hükümet bakımından eksik olduğu görülmektedir. Tunus'ta hükümetin yolsuzluğu, devlet başkanının ailesinin ekonomik ve siyasi yaşamı ele geçirmesi direnişe esas olan nedenlerden birini teşkil etmiştir. Mısır'da aynı şekilde yolsuzluk ve ekonomik problemler protestoların nedenini oluşturmuştur. Libya'da da Kaddafi aile fertlerine ve yakınlarına mevki ve imkânlar sağlayarak onları ödüllendirmiştir. Bahreyn'deki protestolar ise halkın çoğunluğunu oluşturan Şiiler ve ülkenin siyasetini ve ekonomisini elinde bulunduran azınlık Sünniler arasındaki uyuşmazlık nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bahreyn'deki olaylara kendisine menfaat sağlayan bir grupla çoğunluğun uyuşmazlığı değil, etnik ve dini kimlikli spesifik bir grupla diğer dini kimlikli grubun uyuşmazlığı yol açmıştır. Suriye'de de Esat'ın halkı baskı altına alan polis devleti uygulamaları olayları başlatmıştır. Bu devletlerdeki protestolar ve direnişler ilgili hükümetlerin kabul görmediğinin ve meşruiyet eksikliğinin işaretidir.

Uluslararası hukukta meşruiyet prensibinin hukuki sonuçları

Uluslararası hukukta meşruiyet prensibinin varlığı bu prensibin hukuki sonuçlarını ortaya koymaktadır. Örneğin, Güvenlik Konseyi'nin bir karar olarak

devletlere direnişçilere şiddet uygulanmasını engellemek ve Esat'ı düşürmek için Suriye'ye askeri müdahale yapma yetkisi vermesinin yahut BM'in yetkilendirmesi olmaksızın bir grup devletin (örneğin NATO üyelerinin) yahut bir devletin Suriye'ye müdahale yapmasının ne gibi hukuki sonuçlar doğurabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

BM anlaşmasının VII. Bölümüne istinat eden müdahale kararları

BM Güvenlik Konseyinin yetkilendirilmesine istinaden demokrasinin yeniden tesisi için yapılan müdahalelerin geçmişte de örnekleri bulunmaktadır. Haiti örneğinde BM Güvenlik Konseyi kendine karşı darbe yapılan seçilmiş devlet başkanı Aristide'nin yeniden makamına getirilmesini teminen uluslararası camiaya müdahale yapma yetkisi vermiştir¹⁷. Sierra Leone örneğinde ECOWAS'ın müdahalesi BM Güvenlik Konseyi tarafından daha sonra onaylanmıştır¹⁸. Libya'ya ilişkin 1973 sayılı Güvenlik Konseyi kararı prensip olarak sadece uçuşa yasaklı bölgenin oluşturulması için alınmıştır¹⁹. Bu karara istinaden gerçekleştirilen askeri müdahale Kaddafi'nin düşürülmesinde önemli bir rol oynamıştır (direniş 22.08.2011'de Kaddafi'nin düşmesine, 20.10.2011 tarihinde de öldürülmesine yol açmıştır). Bu tür yetkilendirmeler Güvenlik Konseyinin yetki alanında mıdır? Askeri müdahalelerin yetki dayanağı olan BM anlaşmasının 42.madde lâfzına bakıldığında, bu tür yetkilendirmenin sadece uluslararası barış ve güvenliğin korunması için yapılabileceği görülmektedir. Kaddafi'nin düşürülmesi Libya'daki iç barış için katkı sağlamış olabilir, ancak Kaddafi'nin düşürülmesinin uluslararası barış ve güvenlik bakımından sonuçlarından söz edilmesi zordur. Bununla beraber soğuk savaş ertesinde Güvenlik Konseyinin uluslararası barışı yahut güvenliği doğrudan tehdit eden boyutu olmayan uyuşmazlık örneklerinde BM üyelerini askeri müdahale için yetkilendirdiği görülmektedir. BM Güvenlik Konseyi Irak (BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 688, 05.04.1991), Ruanda (BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 918, 17.05.1994 ve SR-Res.929, 22.06.1994), Somali (BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 794, 03.12.1992) örneklerinde uyuşmazlığın uluslararası boyutu

¹⁷ BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 940, UN-Dok. S/RES/940 (31.07.1994)

¹⁸ BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 1132, UN-Dok. S/RES/1132 (08.10.1997)

¹⁹ BM, Güvenlik Konseyi, SR-Res. 1973, UN-Dok. S/RES/1973 (17.03.2011)

olmamasına rağmen askeri müdahale için yetkilendirme yapmıştır. Bu müdahalelerin amacı demokrasinin tesisi yahut yeniden tesisi olmayıp, daha çok insani nedenlerdir. Soykırımın veya ağır insan hakları ihlallerinin önlenmesi öncelikle ulusal önlemlerin konusu olup, mutlak olarak uluslararası barışın ve uluslararası güvenliğin korunmasına ilişkin olması gerekli değildir. Güvenlik Konseyi sınır aşan mülteci akını nedeniyle uluslararası güvenliğin tehdit edildiğine işaret ederek BM anlaşmasının 42.maddesi ile şeklen ve lâfzen bir bağlantı kurmak istemektedir. Mülteci akını tek başına nadir olarak BM müdahalelerine neden olmaktadır. Kararlarda ilgili ülkelerdeki insani trajedilere gönderme yapılması mülteci akınının tek başına müdahalelerin nedeni olmadığını teyit etmektedir.

Güvenlik Konseyinin bu tutumuna Güvenlik Konseyine yetki dayanağı konusunda geniş takdir alanı bırakan BM anlaşmasının dinamik yorumu esas olmaktadır²⁰. BM anlaşmasının oluşma tarihçesi devletlerin Güvenlik Konseyinin siyasi tasarruf ehliyetine dar sınırlar getirme iradesine sahip olmadığını göstermektedir. Bir Güvenlik Konseyi kararı şeklen kolay oluşmamaktadır. 15 Güvenlik Konseyi üyesinden 5 süreklî üyenin içinde bulunduğu 9'unun kararı veto etmemesi gerekmektedir. BM anlaşmasının 42.maddesi muvacehesinde Güvenlik Konseyinin sahip olduğu yetkilerin kötüye kullanılmasının bu şekli ağır koşullarla önlenebileceği düşünülmüştür²¹. Buna karşılık hükmün maddi içeriğinin yorumunda Güvenlik Konseyine geniş bir takdir alanı bırakılmıştır²². Bu takdir alanının doğal olarak sınırları bulunmaktadır. Uluslararası barış kavramının, Güvenlik Konseyine uluslararası camiayı bütünüyle ilgilendiren tüm çıkarları koruma yetkisi verecek şekilde yorumlanması mümkündür²³. Barış bu yaklaşımla savaşın olmaması anlamında değil, normatif düzenin korunması anlamında yorumlanabilir. Bu yorum kabul edildiği takdirde, Güvenlik Kon-

²⁰ Georg Nolte, The Limits of the Security Council's Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections, bkz.: Michael Byers (Hrsg.), The Role of Law in International Politics, Oxford 2000, s.316

²¹ Christian Walter, Vereinte Nationen und Regionalorganisationen, Berlin 1996, s.253

²² Jochen Abr. Frowein/Nico Krisch, Article 39, bkz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, München 2002, Rn.4)

²³ Bruno Simma, From Bilateralism to Community Interests in International Law, Recueil des Cours 250, 1994, s.311-312

seyi uluslararası erga omnes yükümlülüklerin ihlâl edildiği her durumda yetki kullanma olanağına sahip olacaktır²⁴.

Uluslararası hukukta karşımıza çıkan meşruiyet prensibinin bir erga omnes yükümlülük teşkil edip etmediği, erga omnes yükümlülüğün nasıl tanımlandığına bağlıdır. Bu tanım literatürde tartışmasız değildir²⁵. Her hakkın belli bir devlete ait olduğu kabul edilerek, hak ihlallerinin sadece uluslararası sorumluluk muvacehesinde bu devlet tarafından iddia edilebilmesi söz konusu olsaydı, erga omnes yükümlülükler gereksinim kalmazdı. Oysa münferit devletlere ait olmayan iki tür hak grubu bulunmaktadır. Bunlardan birinci grubu topluma ait olan, örneğin çevre yahut uluslararası güvenlik gibi haklar, diğerini ise birey hakları yahut grup hakları oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta birey ve grup hakları ihlalleri iddialarının yapılması öncelikle bireyin vatandaşlığını taşıdığı devlete ait olmakla beraber ilgili devletin birey ve grup haklarını koruma sorumluluğunu yerine getirmemesi durumunda bu hak iddialarının uluslararası camia tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede en önemli tasarruf olanaklarından biri olarak Güvenlik Konseyi önlemleri gündeme gelmektedir. Grup haklarının korunmasının BM anlaşmasının 42.maddesine göre Güvenlik Konseyinin yetki alanında kabul edilerek, yukarıda açıklanan kriterler ışığında meşruiyetini kaybetmiş hükümetlere karşı önlemler alınmasının, hükümetlerin düşürülmesine ilişkin Güvenlik Konseyi kararlarının alınmasının uluslararası hukuka ne ölçüde uygun düştüğü günümüzde önemli bir tartışma konusu oluşturmaktadır²⁶.

Tek taraflı askeri önlemler

Güvenlik Konseyinin karar alamadığı, sürekli üyelerinden birinin vetosunu kullanması nedeniyle Güvenlik Konseyinin bloke olduğu durumlarda bir grup devlet, örneğin Suriye'ye askeri müdahale yapma olanağına sahip midir? Böyle bir askeri müdahale her şeyden önce BM anlaşmasının madde 2/4'üne ters düşmektedir. Kuvvet kullanma yasağının BM anlaşmasında iki istisna-

²⁴ erga omnes yükümlülüklerle ilgili olarak bkz.: Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), 05.02.1970, ICJ Rep. 1970, s3, §33

²⁵ Simma, 1993, s.132-133

²⁶ Mehrdad Payandeh, The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya, Va. J. Int'l L. Vol.52, Nr.2(2012) , s.355)

sı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Güvenlik Konseyinin BM anlaşmasının 42.maddesine göre karar alması durumudur. İkinci ise BM anlaşmasının 51.maddesine göre yasal savunma durumudur. Unilateral kuvvet kullanılmasında iki istisnadan hiçbiri söz konusu değildir. Bununla beraber uluslararası hukuk literatüründe unilateral müdahalenin (bu çerçevede literatürde demokratik müdahale kavramı kullanılmaktadır) uluslararası hukuka uygunluğunu iddia edenler bulunmaktadır²⁷.

Demokratik müdahale insani müdahalenin bir alt grubu olarak görülmektedir. Literatürde demokratik müdahale iki nedene istinat ettirilmektedir. Bu çerçevede kuvvet kullanma istisnası konusunda BM anlaşması yanısıra uluslararası teamül hukukuna istinat edilmektedir²⁸. Uluslararası teamül hukukundan doğan istisna dinamik anlaşma yorum mantığını kendine esas almaktadır. Dinamik anlaşma yorumunda normların lâfzını geniş yorumlamak söz konusu iken, uluslararası teamül hukuku devletlerin hukuki yaklaşımının değişmesinden hareket etmektedir. Kuvvet kullanma yasağına ilişkin anlaşma normu şeklen değiştirilmeksizin uluslararası teamül hukuku üzerinden kuvvet kullanma yasağına istisna getirilmektedir. Bu yaklaşımın ikna edici olup olmadığından bağımsız olarak, uluslararası teamül hukukunun oluşum koşulu olan sürekli ve tek düze uygulama bağlamında uluslararası ilişkilerde yeterli demokratik müdahale örneklerinin bulunmadığına işaret etmek gerekmektedir. Demokratik müdahalenin en önemli örneklerini ABD'nin Grenada, Panama ve Irak'a yaptığı müdahaleler vermektedir. Ancak bu müdahaleler uluslararası camiada istisnasız ağır şekilde eleştirilmiştir. Bu nedenle de emsal uygulamalardan söz etmek mümkün değildir. Arap baharı çerçevesinde de örnek olay teşkil edecek bir unilateral müdahale bulunmamaktadır. Literatürde bir grup yazar ise insani müdahaleyi fayda ve maliyet hesabı ile savunmaktadır²⁹. Bu yazarlara göre

²⁷ William Michael Reisman, Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4), A.J.I.L. 78(1984), s. 642-645; Humanitarian Intervention and Fledging Democracies, Fordham Int'l L.J. 19 (1995), s.31)

²⁸ Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht. Berlin, Duncker&Humblot 1992, s.233-234

²⁹ Christian Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, Recueil des Cours 281 (1999), s.223-226; Daniel Thürer, Self-Determination. Bknz.: Rudolf Bernhardt (Hrsg.), EPIL Vol.IV (2000), s.6-7; Karl Doehring, Völkerrecht, Heidelberg: C.F.Müller 2004, Rn.1014

kuvvet kullanma yasağı mutlak bir prensip olmayıp, devlet egemenliği prensibinin korunmasına ilişkin bir araçtır. Bu nedenle rakip prensiplerin tartılıp, belli koşullar altında kuvvet kullanma yasağının insani müdahalenin gerisine çekilmesi mümkündür.

Prensipler arasında tercih yapılması iki prensibin uyuşmazlığa düşmesi halinde mümkündür. BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrasına göre kuvvet kullanma yasağı emredici kural karakterine sahiptir. Kurallar prensipler tarafından değil, kurallara uygun istisnalarla sınırlanabilir³⁰. Kuvvet kullanma yasağına prensipleri fayda ve maliyet anlayışı muvacehesinde değerlendirilerek istisna getirilmesi metodolojik olarak doğru gözükmemektedir. Bu nedenle demokrasinin yeniden tesisi yahut tesisi için unilateral askeri müdahale hukuken caiz görülmemektedir.

Davet üzerine yapılan müdahale

Müdahalenin davet üzerine yapılması kural olarak davet görevde bulunan hükümet tarafından yapıldığı nispette problem teşkil etmemektedir. Şüphesiz demokrasi adına yapılan bir iç savaş durumunda hükümetin demokrasi tarafında yer alması söz konusu değildir. Muhaliflerin daveti üzerine yapılan müdahalelerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bir örnek olarak Nijerya'nın Sierra Leone'ya müdahalesi gösterilmektedir. Sierra Leone devlet başkanı Kabbah'a karşı yapılan darbe ECOWAS'ın Kabbah hükümetinin yeniden göreve getirilmesi için bu ülkeye Nijerya başkanlığında askeri müdahale yapmasına yol açmıştır. Bu müdahaleyi onaylayan Güvenlik Konseyi kararı bulursa da, bu onayın sonradan gerçekleşmiş olması nedeniyle Güvenlik Konseyi kararının yapılan müdahalenin hukuki dayanağını oluşturması mümkün değildir³¹. Uluslararası hukuk literatüründe yapılan müdahalenin düşürülen devlet başkanı Kabbah'ın daveti üzerine yapılması nedeniyle meşru görülebileceği hâkim görüş olarak kabul edilmiştir³².

³⁰ Niels Petersen, Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung, AVR 46 (2008), s.508-511

³¹ krş.: Georg Ress/Jürgen Böhmmer, Article 53, bkz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, München 2002, Rn.13-19

³² Georg Nolte, Eingreifen auf Einladung, Berlin: Springer (1999) s.406-408; Christian Lange,

Bu müdahale örneği, bugünkü uluslararası hukukta müdahalenin meşru olarak kabulünde, sadece hükümetin etkinliğinin değil, aynı zamanda meşruiyetinin ölçü alındığını ortaya koymaktadır. Devrilen hükümet, darbe ile iktidara gelen hükümete nazaran daha meşru olarak görüldüğü nispette, devrilen hükümetin daveti üzerine yapılan müdahale meşru etkiler doğurmaktadır³³. Davet üzerine yapılan müdahalenin uygulanma alanının demokratik olarak seçilen hükümetlerin darbe sonucu düşürülmesi ile sınırlı olduğu görülmektedir. Bir diktatöre karşı yapılan direniş çerçevesinde, muhaliflerin müdahale davetinin direnişçilerin henüz meşruiyeti açık olmadığı için müdahaleyi meşru kılacak bir etkisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan direnişçilerin halkı gerçekten temsil edip etmediği açık değildir. Bunun dışında tarihte demokrasi bayrağı altında yapılan darbelerin yönetimin otoriter hükümetlere geçmesinde bir köprü işlevi gördüğünü gösteren örneklerin bulunduğu da unutulmamalıdır.

Askeri olmayan yaptırımlar

Askeri müdahaleler devletlerin diğer devletlerin hukuka uygun davranmalarını sağlamak üzere kullandıkları yegâne önlemler değildir. Bu çerçevede kuvvet kullanılması dışında kalan bir dizi önlemin karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu önlemler, ticari yaptırımlardan uluslararası anlaşmaların askıya alınmasına yahut “smart sanction” olarak nitelendirilen öncelikle hükümet üyelerini muhatap alan önlemlere ve konsolosluk hukuku önlemlerine kadar uzanan geniş bir yelpaze oluşturmaktadır. Uluslararası meşruiyet prensibinin erga omnes bir yükümlülük oluşturduğundan hareket edildiği takdirde, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tasarının 48.maddesine göre prensip olarak uluslararası camiada yer alan her devletin bu prensibin ihlâlini iddia etme hakkı bulunmaktadır. Önlem almanın koşulları devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tasarının 49-54 maddeleri arasında yer almaktadır.

Erga omnes yükümlülüklerin ihlâli iddialarının yaptırımların karara bağlanmasını da içerip içermediği konusunu devletlerin uluslararası sorumlulu-

Zu Fragen der Rechtsmaessigkeit des NATO Einsatzes in Kosovo, EuGRZ 26 (1999), s.314
³³ Georg Nolte, Eingreifen auf Einladung, Berlin: Springer (1999), s.600

ğuna ilişkin tasarının 54.maddesi açık bırakmıştır³⁴. Bu hüküm daha açık bir kavram olan “lawful measure” kavramını “countermeasures” kavramı yerine kullanmıştır. Uluslararası hukuk literatürü münferit devletlere önlem alma yetkisi verilmesine tereddütle bakmaktadır³⁵. Erga omnes yükümlülüklerin ihlâline karşı önlem alınması münferit devletlerin değil, uluslararası camianın işidir. İnsan hakları anlaşmalarında yer alan özel icra mekanizmalarının söz konusu olmadığı durumlarda uluslararası hukuk ihlâllerine karşı BM Güvenlik Konseyi uluslararası camianın çıkarlarını koruyan yegâne organ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda işaret edildiği gibi, Güvenlik Konseyi kararlarının belli şekli koşulların yerine getirilmesi sonucu ihdası söz konusu olduğu nispette önemli ölçüde bir meşruiyeti bulunmaktadır. Diğer taraftan ancak sürecin sürekli üyelerden birinin vetosu ile bloke edilerek Güvenlik Konseyinin önlem alamamasına yol açması durumlarında Güvenlik Konseyinin yetkilerini kullanamamasını meşru olarak nitelendirmek mümkün değildir. Güvenlik Konseyi birçok örnekte hukuken tasarrufta bulunma gerekliliği varken siyasi nedenlerle karar alamamaktadır. BM anlaşmasının VII. bölümü çerçevesinde öngörülen önlemler erga omnes yükümlülüklerin icrası bakımından tek başına etkin olamamaktadır. Üye devletlerin, Güvenlik Konseyinin karar alamadığı durumlarda, subsidier başka bir yetkiye ihtiyacı bulunmaktadır³⁶. Bu görüşler uluslararası uygulamada erga omnes yükümlülüklerin ihlâli durumunda devletlerin kendilerinin zarar görmemelerine rağmen aldıkları karşı önlemler çerçevesinde büyük ölçüde teyit olmaktadır³⁷. Erga omnes yükümlülüklerin ihlâli durumun-

³⁴ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, s.305

³⁵ Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against their Will*, *Recueil des Cours* 281 (1993), s.195-370

³⁶ Stefan Kadelbach, *Folgen von Rechtsverletzungen gewohnheitsrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen*, bkz.: Eckart Klein (Hrsg.), *Menchenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, Berlin (2003), s.218; Christian Hillgruber, *The Right of Third States to Take Countermeasures*, bkz.: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, s.287

³⁷ Christian J.Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge (2005), s.209- 231; Jochen Abr.Frowein, *Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, *Recueil des Cours* 248 (1994), s.422

da karşı önlemler alan devletler arasında sadece batılı devletlerin değil, uluslararası camiada yer alan tüm diğer devletlerin de bulunması, meşruiyet prensibinin ihlâli halinde prensip olarak her devletin karşı önlem alma hakkının bulunduğunu teyit etmektedir.

Karşı önlemlerin alınması devletlerin sorumluluğuna ilişkin tasarının 49-52’de öngörülen koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. Bu çerçevedeki en önemli sınırlama ölçülülük prensibidir. Buna göre karşı önlemlerin etkin ve makul olması hakkın icrasını temin edecek daha hafif başka bir aracın olmasını gerektirmektedir. Karşı önlemlerin üçüncü kişilerin haklarını zarara uğratmaması, özellikle karşı önlemlerin muhatabı olan devletin vatandaşlarının temel insan haklarına zarar vermemesi gerekmektedir (UN, General Versammlung 2002, GV-Res.56/83, Art.50(1), lit.b). Bu tablo ticari yaptırımların ne ölçüde caiz olduğu konusunda tereddüt yaratmaktadır; ticari yaptırımlar çerçevesinde DTO kurallarıyla da uyuşmazlığa düşme olasılığı bulunmaktadır³⁸. Belli bir devletin halkı üzerinde baskı oluşturan bu yaptırımlar ilgili devletin hükümeti üzerinde de yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan bir baskı oluşturmaktadır. Yaptırıma muhatap olan devletin vatandaşları, meşruiyet prensibinin ihlâli nedeniyle uygulanan yaptırımdan yarar sağlaması gereken konumda olması gerekirken, devlet üzerinde kullanılan baskıda araç olma durumuna düşmektedir. Bu nedenle karşı önlemlerin ya doğrudan hükümet üyelerini muhatap alacak şekilde, örneğin hesaplarının dondurulması yahut seyahat sınırlamaları getirilerek; ya da hükümete iktidarını koruması için kaynak sağlayan belli kilit endüstrilere yönelik olarak alınması daha rasyonel görülmektedir.

Sonuç

Arap baharı ile birlikte demokrasi tartışmalarının dışında tutulan Arap dünyası demokrasi tartışmalarının kapsamına girmiştir. Bölgedeki otokratik rejimlerin ipleri ellerinde sıkı tutma görüntüsü, bölge uzmanlarında Arap dünyasının

³⁸ bkz.: Niels Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip – zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, Heidelberg 2009, s.185-189

demokrasi ehliyeti konusunda şüphe yaratmıştır³⁹. Şüphesiz değişimin bugünden yarına gerçekleşmesi mümkün değildir. Suriye örneğinin gösterdiği gibi halkın direnişi otokratik rejimlerin devrilmesinde tek başına bir garanti oluşturmamaktadır. Bunun dışında bir otokratik rejim devrildiği zaman, bu rejimin arkasından otomatik olarak demokrasi gelmemektedir. Mısır'da Mübarek'in devrilmesi ertesindeki gelişmeler Mısır'ın halâ nasıl bir devlet şekli alacağını kesinleştirmemiştir. Uluslararası hukukun bu çerçevede oynayacağı rol oldukça mütevazıdır. Yukarıda açıklığa kavuşturulduğu üzere uluslararası hukuk otoriter rejimlere karşı yapılan direniş hareketlerine dayanak olacak bir meşruiyet prensibine sahiptir. Bunun iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, meşruiyet prensibinin demokrasi hareketine normatif dayanak oluşturmasıdır. İnsan hakları içeriği ile meşruiyet prensibinin bu boyutu tek başına dahi otokratik hükümetler üzerinde baskı yaratmaktadır⁴⁰; bu sonuçlardan ikincisi ise belli koşullar altında meşruiyet prensibinin uluslararası camianın müdahalesini mümkün kılmasıdır. İçerde gerekli koşullar bulunmadığı nispette dışarıdan demokratikleşme sürecini dayatmak demokratikleşmeyi sağlayamamaktadır. İçerde demokrasi hareketi olduğu nispette uluslararası hukuk demokratikleşme sürecine destek anlamında katkı sağlayabilme olanağına sahiptir.



³⁹ Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, 1991, s.300)

⁴⁰ Cornelia Ulbert/Thomas Risse, *Deliberately Changing the Discourse: What Does Make Arguing Effective?*, *Acta Politica* 40 (005), s.351-367; Niels Petersen, *Rational choice or De-liberation? – Customary International Law between Coordination and Constitutionalization*, *JITE* 165 (2009), s.71-85

KISALTMALAR

A.J.I.L.	American Journal of International Law
AUILR	American University International Law Review
AVR	Archiv des Völkerrechts
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
ECOWAS	Economic Community of West African States
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
ICJ	International Court of Justice
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
ÖZP	Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft
TJICL	Tulane Journal of International and Comparative Law
Y.L.J.	Yale Journal of International Law
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law

KAYNAKÇA

Bruno Simma From Bilateralism to Community Interests in International Law, *Recueil des Cours* 250, 1994

Christian Hillgruber The Right of Third States to Take Countermeasures, bkz.: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006

Christian Hillgruber/Bernhard Kempen Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und der Teso-Beschluß des Bundes-verfassungsgerichts, *Recht in Ost und West*, 1989

Christian Lange Zu Fragen der Rechtsmaessigkeit des NATO Einsatzes in Kosovo, *EuGRZ* 26 (1999)

Christian J.Tams Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law, Cambridge (2005)

Christian Tomuschat International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *Recueil des Cours* 281 (1999)

Christian Tomuschat Obligations Arising for States without or against their Will, *Recueil des Cours* 281 (1993)

Christian Walter Vereinte Nationen und Regionalorganisationen, Berlin 1996

Cornelia Ulbert/Thomas Risse Deliberately Changing the Discourse: What Does Make Arguing Effective?, *Acta Politica* 40 (005)

Daniel Thürer Selfdetermination, bkz.: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.4, Rudolf Bernhardt (Hrsg.), 2000

Emily W.Schabacker, The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone, *AUILR* 14, no.2 (1998)

Gregory H.Fox The Right to Political Participation in International Law, *Yale Journal of International Law* 17, 1992

Gregory H.Fox, Summary – National Sovereignty Revisited: Perspectives on the Emerging Norm of Democracy in International Law, A.J.I.L. 86,1992

Georg Nolte, The Limits of the Security Council’s Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections, bkz.: Michael Byers (Hrsg.), The Role of Law in International Politics, Oxford 2000

Georg Nolte Eingreifen auf Einladung, Berlin: Springer (1999)

Georg Ress/Jürgen Böhmer Article 53, bkz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, München 2002

Hans A.Stöcker Europäische Menschenrechts-konvention, Ordre-Public-Vorbehalt und nationales Selbstbestimmungsrecht, Europäische Grundrechte Zeitschrift 1987,

James Crawford The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Cambridge 2002

Jochen Abr.Frowein Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law, Recueil des Cours 248 (1994)

Jochen Abr. Frowein/Nico Krisch, Article 39, bkz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, München 2002,

Karl Doehring Völkerrecht, Heidelberg: C.F.Müller 2004

Jürgen Gebhardt Das demokratische Prinzip und die moderne politische Ordnung, bkz.: André Kaiser/Wolfgang Leidhold (Hrsg.), Demokratie–Chancen und Herausforderungen im 21.Jahrhundert, 2005

Matthias Goldmann Sierra Leone: African Solutions to African Problems?, MPYUNL 9 (2005)

Niels Petersen Demokratie als teleologisches Prinzip – Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, Heidelberg 2009

Niels Petersen Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung, AVR 46 (2008)

Niels Petersen Rational choice or Deliberation? – Customary International

Law between Coordination and Constitutionalization, JITE 165 (2009)

Obama/Cameron/Sarkozy Libya's Pathway to Peace, International Herald Tribune, 15.04.2011, <http://www.nytimes.com/2011/04/15/opinion/15iht-ed-libya.html>

Samuel P. Huntington The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century, 1991

Stefan Kadelbach Zwingendes Völkerrecht. Berlin, Duncker&Humblot 1992

Stefan Kadelbach Folgen von Rechtsverletzungen Gewohnheitsrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen, bkz.: Eckart Klein (Hrsg.), Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Berlin (2003)

Thomas M. Franck The Emerging Right to Democratic Governance, American Journal of International Law 86, 1992

William Michael Reisman Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4), A.J.I.L. 78(1984)

William Michael Reisman Humanitarian Intervention and Fledgling Democracies, Fordham Int'l L.J. 19 (1995)

SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE YÖNELİK BİR ÇARE OLARAK SEYİRDEN YASAKLAMA

(6222 Sayılı Kanun m.18)¹

*A Remedy to Prevent Violence and
Disorder in Sport: Banning Order from Match*

(Code Nr. 6222, Art. 18)

Prof. Dr. Hamide ZAFER*

ÖZET

31.3.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinde, bu Kanun'da sayılan ve bu Kanuna yollama yapılarak belirlenen suçlar nedeniyle uygulama alanı bulan seyirden yasaklanma/yasaklama kurumu düzenlenmiştir. Kurumun uygulanmasına esas olan suçlar, sporda şiddet ve düzensizlik yaratan fiillerdir. Seyirden yasaklanma, kural olarak bu suçlar nedeniyle, koruma tedbiri ve güvenlik tedbiri olarak uygulama alanı bulmaktadır. 6222 sayılı Kanun'da, seyirden yasaklanmanın, henüz daha suç işlenmeden uygulanan yani önleyici tedbir özelliği gösteren bir şekline de yer verilmiştir. Kurum çok fonksiyonlu karma nitelikli bir kurum özelliği göstermektedir. Bu yazıda seyirden yasaklanmanın tanıtılması amaçlanmıştır ve kurumun hukuki düzenlemesinden ve uygulanmasından doğan sorunlar ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Seyirden yasaklanma, seyirden yasaklama, sporda şiddet, sporda düzensizlik, güvenlik tedbiri, koruma tedbiri, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı, Avrupa Konseyi, Avrupa Sözleşmesi

ABSTRACT

Code of Prevention of Violence and Disorder in Sport, Nr. 6222 (Date enacted 31.03.2011) Article 18 regulates the institution of banning order from match, which is used to sanction the offences in the Code Nr. 6222 and the offences which are

¹ Bu çalışma, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi'nce (Lefkoşa) 2-3 Mayıs 2014 tarihleri arasında düzenlenen Spor Hukuku Kolokiyumu'nda sunulan tebliğ metninin geliştirilmiş halidir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, zaferhamide@yahoo.com

sanctioned by referring to the Code Nr. 6222. Acts, cause violence and disorder in sport are sanctioned to banning order from match. Banning order from match is principally applied to these acts as a criminal process measure (at pre-trial or trial stages) or a supplementary measure (at sentencing stage). Code Nr. 6222 regulates also the preventive measure (an administrative measure) form of banning order from match. This institution has multiple functions and qualifications. This paper aims to present banning order from match and deal with the problems, arise from the regulation and application of this institution.

Key Words: getting banned from match, banning order from match, violence in sport, disorder in sport, supplementary measure (at sentencing stage), criminal process measure (at pre-trial or trial stages), alcohol and drug usage, Council of Europe, European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events



I- Giriş

Spor faaliyetleri, bireyin beden ve ruh sağlığını koruyan, kişisel gelişimini destekleyen etkinliklerdir. Ancak spor, kişisel faydasının yanı sıra sağlıklı bir toplumun oluşturulmasına katkısı nedeniyle kamusal bir yöne de sahiptir. Sporun kamusal faydası nedeniyledir ki, Devlet sporun geliştirilmesi ve desteklenmesi konusunda tedbir alma pozitif yükümlülüğü altındadır.

Anayasa'da gençliğin ve sporun korunmasına ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir. “Gençliğin Korunması” başlığını taşıyan Ay m.58’de, “Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. /Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır”; “Sporun geliştirilmesi” başlığını taşıyan Ay m.59’da, “Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. /Devlet başarılı sporcuyu korur”. Bu hükümler gereğince Devletin, her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alma

ve sporun kitlelere yayılmasını teşvik etme ödevi vardır. Sportif faaliyet ve organizasyonlarda düzenin sağlanması da bu Anayasa hükmünün bir emridir. Vatandaşlar için spor yapma hakkı pozitif bir hak olarak karşılığını temel metinlerde bulmuştur².

Spor etkinlikleri seyircisi bakımından da kişisel bir keyif kaynağıdır. Bu nedenle spor, hem spor yapanı, hem de sportif faaliyetleri seyreden geliştiren bir faaliyettir. Sporu seyretme faaliyetini kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirmek ve Ay m.20 ve AİHS m.8 bağlamında korunduğunu söylemek abartılı olmayacaktır³.

Spor müsabakaları, mücadeleyi ifade eder. Tüm sporlarda müsabakanın sonunda en iyi performansı gösteren kişi veya takımlar ödüllendirilir. Ödül veya elde edilen menfaat kamunun o spor müsabakasına gösterdiği ilgiye paralel olarak büyümektedir. Günümüzde futboldan elde edilen gelirlerin büyüklüğü, futbolun diğer spor dallarından öne çıkmasına ve başlı başına bağımsız ekonomik bir sektör haline gelmesine neden olmuştur. Özellikle futbolun bir endüstri haline gelmesi ve medyanın da bu endüstride önemli bir yer tutmaya başlamasıyla sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olan kitlelerin taraftar olma duygusu daha da pekiştirilmiş; zevki ifade eden bu duygu, adeta tutkuya dönüşürülmüştür. Tutku arttıkça bu endüstri daha da büyümüştür.

6222 sayılı Kanun'un Gereçesi'nde sporun hem oynayan ve seyreden bakımından faydasına hem de ekonomik yönüne işaret edilmiştir. Gereçe'ye göre, "Sporun yaşam açısından sağlık ve mutluluk kaynağı olması dışında,

² Spor sosyo-kültürel gelişimde önemli bir unsurdur. Her bireyin spor yapma hakkından hareketle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Herkes için Spor Avrupa Şartı" diye bilinen (76) 41 sayılı Kararı ile sporun her türünün yaygınlaştırılması ve olanakları kısıtlı olan herkese açılmasına katkı sağlanmasına yönelik ilkeleri belirlemiştir. Uluslararası Herkes İçin Spor Federasyonu 3 Nisan 1982 tarihinde Strazburg'da kurulmuştur. Türkiye Herkes İçin Spor Federasyonu'nun Misyon ve Vizyonu için bkz. www.his.gov.tr

³ Ay m.20/1-"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz". AİHS m.8-"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir./2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir".

hem sporcular hem de izleyiciler için büyük bir keyif alanı oluşturarak spor faaliyetlerinin sosyal açıdan genişlemesi ve daha geniş kitlelere yayılması spora duyulan ilgiyi her geçen gün daha da arttırmakta ve spor ekonomisini geliştirmektedir. Sporun profesyonel olarak icra edilmesine başlanmasıyla birlikte, spor sadece zevk için yapılan bir faaliyet olmaktan çıkıp meslek olarak değerlendirilen ve kazanç elde etme amacı güdülen bir uğraş haline de dönüşmüştür⁴.

Sporun, özellikle futbolun büyük bir endüstri haline gelmesiyle tüm dünyada futbola duyulan ilgi artmış ve bu ilgi ve kazanç özellikle futbol müsabakalarında yaşanan şiddet olaylarının nicelik ve nitelik olarak artmasına neden olmuştur. Basının ve sosyal medyanın şiddet olaylarını yakından takip etmesi olayların kısa sürede büyüyen toplumsal bir olaya dönüşmesine neden olabilmektedir. Gerekçe’de sporda şiddet ve düzensizlik olaylarının basit bir asiyeş sorunu olmadığı olağanüstü bir hal olduğundan söz edilmektedir⁵.

Avrupa Konseyi sporda şiddeti ele almış ve Avrupa Konseyi’ne üye olan ülkeler tarafından 25.9.1986 tarihli “Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi” imzalanmıştır⁶. Sözleşme’nin Türkiye tarafından onaylanması 3608 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir⁷. Dolayısıyla Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşme’ye taraf devletler Sözleşmeyle sporda ve özellikle futbolda seyirci şiddetini önlemek için kendi anayasalarının tanıdığı sınırlar içinde tedbirler almayı taahhüt etmiştir (Sözleşme m.1). Sözleşme’nin 3/1-c hükmüne göre taraf devletler, “Seyirci şiddet veya taşkınlıklarına ilişkin fiillerden suçlu bulunan kişilerin uygun cezalara

⁴ 6222 sayılı Kanun-Genel Gerekçe.

⁵ 6222 sayılı Kanun-Genel Gerekçe

⁶ “Sportif Karşılaşmalarda ve özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi”nin Metni, 19.8.1985 tarihinde Strasbourg’da düzenlenerek imzaya açılmış ve 25 Eylül 1986 tarihinde de imzalanmıştır. Sözleşme’nin Türkiye tarafından onaylanması, 18.1.1990 tarih ve 3608 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur (RG 26.1.1990, Sayı:20414).

⁷ 6222 sayılı Kanun-Genel Gerekçe.

veya duruma göre uygun idari tedbirlere çarptırılmasını sağlayacak mevzuatı uygulamak, gerekiyorsa bu mevzuatı oluşturmak” yükümlülüğü altındadır.

Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin bir gereği olarak ilk önce 28.4.2004 tarihli ve 5149 sayılı “Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun” kabul edilmiş ve bu Kanun 14.4.2011 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır⁸. Kanun’un kapsamının dar olması yani taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekânlar ile müsabakanın yapılacağı yere **gidiş ve geliş güzergâhlarında gerçekleşen eylemleri kapsamaması, müsabaka sonucunu etkilemek amacıyla kazanç veya menfaat temin edilmesinin** (şike ve teşvik primi verilmesinin) suç olarak tanımlanmamış olması, Kanun’da düzenlenen yasak fiillere yaptırım olarak **idari para** cezası öngörülmüş olması ve bu cezaların spor güvenlik kurulları tarafından verilmesi nedeniyle Kanun, uygulamada ne genel, ne de özel önleme fonksiyonunu yerine getirebilmiştir⁹.

Zaman içerisinde şiddet içeren fiillerin nicelik ve nitelik olarak daha da artması, derinleşmesi ve Türk Ceza Kanunu ile 5149 sayılı Kanun hükümlerinin bu fiilleri bastırmakta yetersiz kalması üzerine 31.3.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun hazırlanmış ve adı geçen Kanun yayım tarihi olan 14.4.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰. Kanun’un ismi “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun” olsa da asıl olarak Kanunla futbol müsabakalarındaki şiddet, düzensizlik ve adil oyun kurallarına aykırı gayri ahlâki davranışlar kontrol altına alınmaya çalışılmıştır.

⁸ 5149 sayılı Kanun, 6222 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır (6222 sayılı Kanun m.25). 6222 sayılı Kanun da yayım tarihi olan 14.4.2011 günü yürürlüğe girmiştir.

⁹ 6222 sayılı Kanun Genel Gerekeçe; Ayrıca bu tespitler için bkz. Donay, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi, 74-75.

¹⁰ RG 14.4.2011 No.27905. 6222 sayılı Kanun’un ilk halini oluşturan Tasarı Taslak Metni’nin 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle ihtiyaç duyulan Revizyon çalışmaları Prof.Dr. İzzet Özgenç tarafından gerçekleştirilmiş ve 20 Aralık 2010 tarihinde Özgenç tarafından redakte edilen metin Başbakanlığa sunulmuş ve söz konusu metin 27.12.2010 tarihinde B.02.0.KKG.0.10/101-95/5492 sayı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilmiştir. Bkz. Prof. Dr. İzzet Özgenç’in Kolokyum Açıklık Konuşması, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörler: Prof.Dr. Cumhur Şahin, Prof.Dr. İzzet Özgenç, Doç.Dr. İlhan Üzülmez, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK –CE-MER) Ankara 2012, 12.

Sporda şiddete neden olanlar, fanatik holigan taraftar veya kişilerdir. Fanatizm, bir kimseye veya bir şeye aşırı düşkünlük ve tutkuyla bağlılık, taassup, bağınazlık olarak tanımlanmaktadır. Bu duygu insanları şiddete, diğer bir söyleyişle suça sevk etmektedir. İnsanların davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen bu duygunun bastırılması ve kontrol altına alınması, spor ahlâkını ve sporda centilmenliğin önemini kavratmayı amaçlayan eğitimle¹¹ ve bu duygu ile gerçekleştirilen fiillerin suç sayılarak ağır bir şekilde cezalandırılmasıyla mümkündür. Cezalar uygulandıkları takdirde diğer kişiler için ibret teşkil eder ve genel önleme fonksiyonunu yerine getirirler.

Sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla öngörülen çarelerden birisi de “Seyirden Yasaklama” tedbiri ve/veya yaptırımıdır¹². Bu tedbir ve/veya yaptırım, failin seyir hakkını kısıtlamakla beraber diğer taraftan futbol tutkusu nedeniyle malı ve canı tehlikede olan diğer futbol izleyicilerini korumaktadır.

Belirtelim ki, tedbir ve/veya yaptırım 6222 sayılı Kanun’da öngörülmüş olan ve sporda şiddeti içermeyen suçlar bakımından da uygulanabilir. Örneğin tedbir, şike ve teşvik piri suçundan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında veya bu suçtan dolayı mahkûmiyet halinde ek yaptırım olarak da uygulanmaktadır. Söz konusu tedbirle, sadece sporda şiddet değil aynı zamanda spor ahlâkına aykırı davranan kişilerin spor alanlarından uzaklaştırılması da amaçlanmaktadır. “Yasaklamanın” amacının sporda her türlü düzensizliğin önlenmesi olduğu söylenebilir.

“Seyirden yasaklama” kurumu, birçok fonksiyonu olan çok yönlü bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu kurum, 6222 sayılı Kanun’un 18. maddesinde, hem suç nedeniyle kurulan mahkûmiyetin neticesi yani yaptırım niteliğinde

¹¹ 6222 sayılı Kanun m.8/2’de “Taraftar derneklerinin yükümlülükleri” başlığı altında, taraftar derneklerinin, taraftarların spor ahlâkı ve ilkelerine uygun biçimde sportif faaliyetleri izlemelerini sağlamaya yönelik eğitici faaliyetler düzenleyeceği belirtilmiştir. Ancak bu sadece taraftar derneklerine bırakılmayacak kadar önemli bir faaliyettir.

¹² İngiliz The Football Offence and Disorder Act (1999) Futboldaki Düzensizlikleri Önleme Kanunu mahkemelere futbola ilgili şiddet olaylarına karışmış kişilere yeterli sebepler olduğu takdirde ülke içi ve dışındaki maçlara 2 ila 10 yıl arası katılmaktan men cezası verebilme yetkisi tanımıştır. Futbolda Şiddet ve Çıkış Yolları Üzerine Bir Deneme, Erkan Kıraç, www.sporhukuku.org

olan güvenlik tedbiri olarak, hem suçun soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde başvurulmuş koruma tedbiri niteliğinde bir muhakeme işlemi olarak, hem de önleyici nitelikte bir tedbir olarak düzenlenmiştir¹³ .

Bu çalışmada seyirden yasaklanma tedbiri ve/veya yaptırımının uygulanmasının koşulları ve uygulamadan doğan sorunlar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Kabahat karşılığında öngörülen idari nitelikteki seyirden yasaklanma tedbiri¹⁵ kural olarak çalışmanın konusu kapsamında değildir.

¹³ 6222 sayılı Kanun'un 22. maddesinde; "şiddete neden olabilecek açıklama" fiili kabahat olarak tanımlanmış ve bu kabahat karşılığında idari para cezasının yanı sıra fiilleri işleyen kişilerin, ayrıca idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre yasak, kararın verildiği tarihten itibaren üç ay süreyle uygulanır. Koruma tedbiri olarak yasak kararının uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, bu tedbir bakımından da uygulanır. Ancak 18. maddenin sekizinci fıkrası hükmü bu kişiler bakımından uygulanmaz (6222 sayılı Kanun m.22/1,3). Madde 18/8 şöyledir: Bu madde hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür. Bu hüküm kabahat karşılığı uygulanan seyirden yasaklanma idari yaptırımı bakımından uygulanmaz. Belirtelim ki bu idari yaptırıma Cumhuriyet savcısı karar verir (6222 sayılı Kanun m.23/3).

¹⁴ 28.4.2004 tarih ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da idari para cezası ile birlikte idari bir yaptırım olarak "spor müsabakalarını seyirden men cezası"na yer verilmişti. Bkz. 5149 sayılı K. m.18-Spor müsabakalarında kullanılması ve taşınması yasak olan maddeleri kullanma ve taşıma, m.21-Yasak beyan ve demec verme, m.24-Spor alanlarının zarara uğraması. 5149 sayılı K. m.28'de bu cezaların uygulanması için mahalli mülki idari amir yetkilendirilmişti. Bkz. Madde 28. – "Bu Kanuna aykırı eylemlerde bulunanlar hakkında spor güvenlik kurulunun re'sen veya kendisine gelen şikayet ve ihbarlar üzerine yapacağı inceleme sonucunda mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından ilgili hakkında bu Kanundaki idari para cezaları veya tedbirlerin uygulanmasına karar verilir".

¹⁵ 6222 sayılı Kanun m.22: Şiddete neden olabilecek açıklamalar – (1) Sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, beşbin Türk Lirasından ellibin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. /(2) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin spor kulübü veya federasyon yöneticileri tarafından işlenmesi halinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza beş katına kadar artırılır. /(3) Birinci fıkra kapsamına giren fiilleri işleyen kişiler, ayrıca idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanır. Bu yasak, kararın verildiği tarihten itibaren üç ay süreyle uygulanır. Koruma tedbiri olarak yasak kararının uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, bu tedbir bakımından da uygulanır. Ancak 18 inci maddenin sekizinci fıkrası hükmü bu kişiler bakımından uygulanmaz. /(4) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, haber verme ve eleştiri hakkının sınırları aşarak yayımlanması halinde, ilgili basın ve yayın organının işleticisi olan gerçek veya tüzel kişiye, yüzbin Türk Lirasından beşyüzbin Türk Lirasına kadar idari

II- Kavram

6222 sayılı Kanun'un 18. maddesinin başlığı "seyirden yasaklanma" olarak belirlenmiştir. Maddenin bazı fıkralarında "seyirden yasaklanma", diğer bazıları ise "seyirden yasaklama" ifadelerine yer verilmiştir. Kurum, kararı veren makama vurgu yapılarak anlatılmak istendiğinde "seyirden yasaklama", tedbire maruz kalacak kişi esas alınarak anlatılmak istendiğinde "seyirden yasaklanma" şeklinde bir kavramın tercih edildiği görülmektedir. Kanımızca bu kavram farklılığı bilinçli bir tercihin ürünü olmasa gerektir. Kavram farklılığı özel bir anlam ifade etmemektedir. "Seyirden yasaklama" ifadesi kullanım bakımından kolaylık sağladığı için, "seyirden yasaklanma" ifadesi ise seyir özgürlüğü kısıtlanan kişiye dikkat çektiği için tercih edilebilir¹⁶.

Maddenin başlığında "kişinin spor alanlarına girişinin yasaklanması" denilmesi daha anlamlı ve 18/1. maddede yapılan "seyirden yasaklanma" tanımı ile de daha uyumlu olurdu.

III- "Seyirden Yasaklanma"nın Tanımı

"Seyirden yasaklanma" 6222 sayılı Kanun'un 18/1. maddesinde, "**kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması**" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan bazı kavramlara, 6222 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilmiştir.

6222 sayılı Kanun'un madde 3/1-ı hükmüne göre, "**Spor müsabakası:** Federasyonların düzenlediği veya düzenlenmesine izin verdiği ya da katkıda bulunduğu her türlü sportif karşılaşma ve yarışmayı", madde 3/1-g hükmüne göre, "**Spor alanı:** Spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve

para cezası verilir. Birinci fıkraya giren fiillerin tekrar tekrar yayımlanması halinde, haber verme hakkının sınırları aşılmış kabul edilir".

¹⁶ Terminolojik tercihin, özgürlüğü kısıtlanan süjeye dikkat çeken "seyirden yasaklanma" ifadesi yönünde yapılmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. Öztürk, Bahri, "Sporla Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklanma", Sporla Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Prof.Dr. Cumhuriyet Şahin, Prof.Dr. İzzet Özgeç, Doç.Dr. İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK –CE-MER) Ankara 2012, 36.

bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları, ifade eder”¹⁷. *Spor alanı* tanımından anlaşılacağı üzere, müsabaka ve antrenman alanları spor alanlarının sadece bir bölümünü oluşturmaktadır. Spor alanları, müsabaka ve antrenman alanlarının yanı sıra seyircilere ait seyir alanlarını ve sporculara ait soyunma odalarını ve 6222 sayılı Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya uygun her yeri kapsamaktadır. Belirtelim ki, özel kişilere ait spor alanları 6222 sayılı Kanun kapsamında spor yapmaya uygun bir alan olarak gösterilmediği sürece spor alanı sayılmaz. Bir alanın 6222 sayılı Kanun kapsamında *spor alanı* sayılabilmesi için o yerin kamuya tahsis edilmiş olması gerekir¹⁸. Diğer bir söyleyişle, ilgili spor dalının federasyonunun denetim ve gözetiminde yapılan faaliyetler ve bu faaliyetlerin yapıldığı yerler 6222 sayılı Kanun kapsamında *spor alanı* sayılır.

Antrenman kavramının tanımı Kanun’da yer almamaktadır. **Antrenman**, spor müsabakaları için yapılan çalışmayı, hazırlığı ifade eder¹⁹. Antrenmanda da sportif faaliyette bulunulur.

İzleme ise, bir olayın gerçekleşmesini eğlenmek, öğrenmek için izlemeyi, gözlemlemeyi ifade eder. İzleme, seyir anlamındadır. Kurumun ismi kanun koyucu tarafından “seyirden yasaklanma/yasaklama” olarak belirlenmiş, ancak tanıtımda seyir yerine *izleme* kavramına yer verilmiştir.

Seyirden yasaklanma, müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişten men edilmeyi ifade eder. Bu tanıma göre seyir amacı dışında başka bir amaçla, örneğin bir müsabaka esnasında bir mal teslim etmek için girmek bu yasak kapsamında değerlendirilemez.

Seyirden yasaklanma tedbiri veya yaptırımı genel niteliktedir; sadece belirli kulüplerin spor müsabakalarını seyretmeyi engellemekte, kişinin tüm spor müsabakalarını izleme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Örneğin futbol müs-

¹⁷ 6222 sayılı Kanun m.3/1-f’ye göre, Müsabaka alanı: Spor müsabakasının yapılmasına tahsis edilen alanı ifade eder.

¹⁸ Donay, Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, İstanbul 2012, 84.

¹⁹ “Alıştırma”, “Herhangi bir konuda yapılan hazırlık”. www.tdk.gov.tr (Büyük Türkçe Sözlük)

bakası nedeniyle hakkında bu tedbir uygulanan kişi voleybol müsabakalarını da izleyemeyecektir²⁰. Seyirden yasaklanmanın uygulama alanı, seyirden yasaklanan kişinin müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurma yükümlülüğünden daha geniştir²¹. Kolluk birimine başvurma yükümlülüğü, yasaklanmaya neden olan fiilin yaşandığı müsabakanın tarafı olan takımlar ve kendi takımı hakkındaki uygulanacak müsabakalarla sınırlıdır.

Belirtelim ki, seyirden yasaklanmaya örneğin futbol müsabakası nedeniyle işlenen suçlardan dolayı hükmedilmiş ise tedbir veya yaptırımın futbol müsabakalarını seyirden yasaklanma şeklinde anlaşılması ve örneğin bir kulübün farklı disiplinindeki müsabakalarını seyretme imkânını ortadan kaldırması gerekir. Aksi bir uygulama orantısız olacaktır.

IV- “Seyirden Yasaklanma”nın Uygulanabileceği Suçlar

Adli nitelikteki seyirden yasaklanma ancak suç sebebiyle uygulanabilir. “Kişinin, 6222 sayılı Kanun’da tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı uygulanabilir (m.18/1). Belirtelim ki, 6222 sayılı Kanun’da karşılığında idari para cezası yaptırımını öngörülen kabahatler de bulunmaktadır^{22 23}. Seyirden yasaklanma tedbirine ancak suç sebebiyle başvu-

²⁰ Aynı yönde bkz. Donay, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi, 139-140.

²¹ 18. Madde “... hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür” (m.18/8). Bu “...fıkradaki yükümlülüğe aykırı hareket eden kişi, yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır” (m.18/9).

²² 6222 sayılı Kanun’da tanımlanan kabahatler şöyledir: Müsabakada özel güvenlik görevlisi bulundurmama (m.21/1), spor alanlarında elektronik kart sistemi ve güvenlik amacıyla gerekli teknik donanımları kurma ve bekletme odası ve kontrol odası oluşturmama (m.21/2), spor alanlarına biletsiz veya kapasitenin üzerinde seyirci alma (m.21/3), spor alanlarında kendisine tahsis edilenden başka yere oturma (m.21/4), şiddeti teşvik edecek şekilde açıklamada bulunmak (m.22), şiddeti teşvik edecek nitelikteki açıklamaları basın ve yayın organları tarafından tekraren yayınlanması (m.22/4).

²³ Kabahatlerin çoğu, şiddet ve düzensizliğin önlenmesi için spor kulüplerine 6222 sayılı Kanunla yüklenen tedbirlerin alınmamasından oluşmaktadır. Kanun’da tanımlanan örneğin biletsiz seyirci alma, şiddeti teşvik etme gibi kabahatlerin bazıları aynı zamanda Futbol Disiplin Talimatı’nda disiplin suçu olarak tarif edilmiştir. Bu halde kişiler, fiil kabahat teşkil ettiği için Hazine’ye, diğer yönden disiplin suçu teşkil ettiği için Futbol Federasyona para

rulabilir. Tedbirin suç sebebiyle uygulanabileceği 18. maddede açıkça belirtilmiştir.

Seyirden yasaklanmaya aşağıda belirtilen suçlardan dolayı verilen mahkûmiyete ek bir yaptırım olarak hükmedilebileceği gibi; bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde koruma tedbiri olarak da başvurulabilecektir.

6222 sayılı Kanun'un Üçüncü bölümü "Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yer verilen ilk suç "Şike ve Teşvik Primi" (m.11) suçudur. Spor alanlarına yasak maddeler sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması (m.12,13), hakareti içeren tezahürat (m.14), spor alanlarına usulsüz seyirci girişi (m.15), yasak alanlara girme (m.16), spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi (m.17), seyirden yasaklanan kişinin yasaklanmasına neden olan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan veya taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakasının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu halde müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmama suçu (m.18/8-9) 6222 sayılı Kanun'da tanımlanmış olan diğer suçlardır.

Spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunur (TCK m.86-88, 151). Spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir (m.17/1). Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan yaralama veya mala zarar verme suçları da spor alanlarında işlendiklerinde tedbirin uygulanacağı suçlardandır.

Taraftar gruplarınca spor alanlarının dışında işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından da seyirden yasaklanma uygulanır (m.18/2). Dolayısıyla spor alanları dışında işle-

cezası ödemek zorunda kalmaktadır. Bkz.Koca, Mahmut, "6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Suçlar ve Kabahatler", Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Prof.Dr. Cumhur Şahin, Prof.Dr. İzzet Özgenç, Doç.Dr. İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK –CE-MER) Ankara 2012, 79.

nen ancak spor faaliyetiyle ilintili olan kasten yaralama, hakaret ve mala zarar verme suçları da tedbirin uygulanabileceği suçlardandır. *Taraftar*, sporcunun veya sporcuların temsil ettikleri renklere, kulübe veya bayrağa bağlı kimseyi, yani yandaşı; *grup* ise, görüşleri veya çıkarları aynı olan kişiler bütünü ifade eder^{24 25 26}. Bu grup üyeleri, özellikle grubu harekete sevk edenler belirli- dir. Gruplar maçlarda takındıkları tavırlar, sözler, açtıkları pankartlar yaptıkları tezahüratlarla diğer gruplardan ayrılırlar. Kamuoyunda belirli ölçüde bilinirlikleri vardır. Belirtelim ki, spor alanları dışındaki taraftar gruplarındaki kişilerin diğer bir ifadeyle eylemler esnasında bu grubun içinde bulunan kişilerin yaralama, mala zarar verme ve hakaret suçlarından sorumlu tutulmaları ve dolayısıyla haklarında tedbirin uygulanabilmesi için o olayda o gruba mensup olduklarının belirlenmesi gerekir. Zira ceza hukukunda şahsilik ilkesi geçerlidir. Bir kimse bir grup içinde bulunmakla birlikte, yukarıda belirtilen suçlara karışmamış olabilir veya gruba mensup olmakla birlikte, somut olayda o grup içinde bulunmayabilir. Eğer iştirak iradeleri de ispat edilemez ise fiille bağlantısı kurulamayan kişiler hakkında soyut olarak bir gruba mensup olmaları nedeniyle mahkûmiyet ve seyirden yasaklanma tedbiri uygulanamaz.

“**Spor alanları dışı**” ile spor alanlarının çevresi ve herhangi başka yerler kastedilir. Gerekçe’ye göre, “Kanunun amaç ve kapsam maddeleri dikkate alındığında taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekânlarda veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzargahlarında işlenen”²⁷ kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala

²⁴ Taraftar için bkz. www.tdk.gov.tr (Büyük Türkçe Sözlük) Grup; Ortak özellikleri olan varlıklar, nesnel bütünü: *Lehçeler grubu*; Görüşleri, çıkarları bir olan kişiler bütünü, ekip; Çeşitli sınıf veya birliklere bağlı elemanların, belirli bir taktik görevi gerçekleştirmek üzere, tek komutanın emri altında birleştirilmesinden oluşan kıta topluluğu: *Savaş grubu. Yürüyüş grubu. Savunma grubu*. Bkz. www.tdk.gov.tr (Büyük Türkçe Sözlük)

²⁵ 6222 sayılı Kanun m.3/1-i’de Taraftar derneği tanımlanmıştır. Bu tanıma göre “Taraftar derneği”: Her ne ad altında olursa olsun, bir spor kulübünü desteklemek amacıyla kurulan derneği ifade eder.

²⁶ “Çarşı Grubu”, “Genç Fenerbahçeliler” ve Ultraslar” Galatasaraylılar adı altında taraftar kitlelerinin oluştuğu, bu tip fanatik grupların sempati topladıkları ve zaman zaman müsabaka alanları dışında gösteri yaptıkları görülmektedir. Bkz. Donay, Sporla Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi, 62.

²⁷ 6222 sayılı Kanun m.18/2-Gerekçe. Amaç başlıklı 1. maddeye göre, “Bu Kanunun amacı; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraf-

zarar verme suçlarından dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturma evresinde “seyirden yasaklanmaya” koruma tedbiri ve mahkûmiyet halinde ise yaptırım olarak başvurulur. Spor alanları dışındaki eylemler spor müsabakasıyla ilgili olmak koşuluyla müsabakadan önce, müsabaka anında veya müsabakadan sonra gerçekleştirilmiş olabilir²⁸. Zamanının bir önemi bulunmamaktadır. Taraftarların spor alanları dışında spor müsabakası nedeniyle bir araya gelmiş, toplanmış olmaları gerekir.

Belirtelim ki, 6222 sayılı Kanun’da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanan suçların isimleri belirtilmiştir. Bu yollama suçun nitelikli hallerini de kapsamaktadır.

Teşebbüs, suçun özel bir görünüş şeklidir. Yukarıda belirtilen suçların tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış olmasının seyirden yasaklanma tedbirinin uygulanması bakımından bir önemi yoktur. Ayrıca tedbirin uygulanabilmesi için kişinin fail, azmettiren ya da yardım eden olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir söyleyişle, söz konusu tedbir yukarıda belirtilen suçlara iştirak halinde tüm şerikler bakımından uygulanacaktır.

V- “Seyirden Yasaklanma”nın Uygulanacağı Kişiler

6222 sayılı Kanun’un 18. maddesinde her ne kadar tedbirin veya yaptırımın uygulanabilmesi için yukarıda belirtilen suçlardan soruşturma ve kovuşturma başlatılması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması yeterli görülmüş ise de seyirden yasaklanma tedbirinin adlandırılmasından ve Kanun’un amacından da anlaşılacağı üzere seyirden yasaklanma seyirciler için öngörülmüş bir yaptırım ve tedbirdir. Spor alanlarında seyir amacı dışında bulunan kişiler hakkında örneğin sporcular, teknik direktörler, kulüp yöneticileri, antrenörler hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında veya bu kişiler hakkında mahkûmiyet halinde bu tedbir ve yaptırım uygulanamaz²⁹. Bir “mesleğin icra-

tarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesidir”.

²⁸ Bkz. Donay, 143.

²⁹ **2011 Türk futbolu şike davası**, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın talimatıyla Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü’ne bağlı ekiplerin yapmış olduğu 8 aylık teknik ve fiziki takip inceleme neticesinde 3 Temmuz 2011 tarihinde Türkiye’nin 15 şehrinde eş zamanlı

sı” ile “seyir/izleme” birbirinden farklı faaliyetlerdir. Futbolcular, hakemler ve teknik adamlar mesleki faaliyetlerini icra etmek için spor alanlarına girebilirler. Söz konusu yasak bu tür faaliyetleri engellemez. Ancak belirtelim ki, bu kişilerin seyir amacıyla bir spor müsabakasında bulunmaları da mümkündür. Bu kişilerin seyir amaçlı olarak seyir alanlarına girişleri yasaklanabilir. Ancak seyirden yasaklanma, mesleki faaliyeti yerine getirme amacıyla girişi engeller şekilde uygulanmamalıdır. Bu teknik kişilerin seyircilere ayrılan bölümde olmaları veya spor alanlarında seyir için bulunmaları halinde yasağın ihlali söz konusu olur.

VI- “Seyirden Yasaklanma”nın Hukuki Niteliği

“Seyirden yasaklanma” kurumu, 6222 sayılı Kanun’un 18. maddesinde karma bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu kurum, hem suç nedeniyle kurulan mahkûmiyetin neticesi yani **yaptırım niteliğinde olan güvenlik tedbiri olarak**, hem suçun soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde başvuru koruma tedbiri niteliğinde bir muhakeme işlemi olarak, hem de önleyici nitelikte **idari bir tedbir** olarak fonksiyon ifa etmektedir. Seyirden yasaklanma, kendine özgü, “sui generis” bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu hukuki niteliklere uygun olarak “seyirden yasaklanma”yı adli ve idari nitelikte seyirden yasaklanma olarak da tasnif etmek mümkündür.

6222 sayılı Kanun gereğince seyirden yasaklanma kararı verilmiş olması, spor kulübünün bağlı bulunduğu federasyonun aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin yaptırımı uygulanmasını engellemez.

1- Ceza Mahkûmiyetinin Neticesi Olan Güvenlik Tedbiri Olarak Seyirden Yasaklanma

olarak gerçekleştirdiği operasyonla birçok aktif yönetici ile futbolcunun gözaltına alınması sonucu başlayan davadır. Türk futbol tarihinin en büyük skandallarından biridir. 2010-11 sezonunda Spor Toto Süper Lig ve TFF 1.Lig’in bazı müsabakalarında şike yapıldığı ve teşvik primi verildiği iddiası üzerine başlatılmıştır. Bu dava kapsamında seyirden yasaklanma kararı, kovuşturma evresinde tedbir futbolcu, antrenör ve yönetici ayrımı yapılmadan uygulanmış daha sonra bu durumu değerlendiren mahkeme tedbiri kaldırılmıştır. Hüseyin Alpay Köse, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, www.sporhukuku.org

Yukarıda belirtilen suçlar sebebiyle hükmedilen cezaya ek olarak mahkeme, seyirden yasaklanmaya da karar verir. Mahkemenin mahkûmiyet kararı vermesi halinde bu yaptırımın uygulanıp uygulanmaması konusunda bir takdir hakkı yoktur. Ceza mahkûmiyetine ek olarak hükmedilen bu yaptırımın hukuki niteliği güvenlik tedbiridir. Mahkûmiyet hükmünde bu güvenlik tedbirinin ayrıca gösterilmesi gerekir; kendiliğinden mahkûmiyete eklenmez. Hükümde gösterilmemesi kararın temyiz incelemesi halinde bozulmasına neden olur. Madde 18/1’de, “mahkemece kurulan hükümde, hakkında **güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına** karar verilir” denilmek suretiyle bu husus ortaya koyulmuştur.

Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmında m.53-60 arasında güvenlik tedbirleri sayılmıştır³⁰. Bu tedbirler arasında “seyirden yasaklanma” tedbirine yer verilmemiştir. Bu tedbir 6222 sayılı Kanun’da sayılan veya bu Kanun’un yollama yaptığı suçlar için uygulanabilen özel bir yasayla (6222 sayılı Kanun’la) öngörülmüş hakkın yasaklanması şeklinde özel bir güvenlik tedbiridir. Suç sebebiyle hükmedilen güvenlik tedbirlerinin en önemli özelliği, bu tedbirlerle faildeki tehlike halinin ortadan kaldırılmasının yani onun ıslah ve tedavi edilmesinin amaçlanmış olmasıdır. Seyirden yasaklanmaya ilişkin güvenlik tedbiri nitelemesi, bu kurum ile failin tehlikeli kişiliğinin tedavi edilerek ortadan kaldırılmasının ön planda tutulduğunu göstermektedir.

Belirtelim ki, suç karşılığı hükmedilen güvenlik tedbirlerinde de suç ve ceza için kabul edilmiş olan kanunilik ilkesi geçerlidir (Ay m.38, TCK m.7). Güvenlik tedbirleri suç karşılığında kanunla koyulabilir ve kanunla kaldırılabilir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/3 gereğince kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği hallerde, aslında hüküm ile suçun varlığı sabit addedilmektedir. Bu nedenle kusurun

³⁰ TCK Madde 53-Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, Madde 54-Eşya müsadereci, Madde 55-Kazanç müsadereci, Madde 56-Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, Madde 57-Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, Madde 58-Suçta tekrerrür ve özel tehlikeli suçlular (Denetimli serbestlik), Madde 59-Sınır dışı edilme, Madde 60-Tüzel kişilerin izinlerinin iptali ve mallarının müsadereci

bulunmaması nedeniyle verilen hükümde güvenlik tedbirine karar verilecektir. Örneğin akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle haklarında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişiler hakkında bu güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Nitekim madde 18/1’de, **güvenlik tedbirine ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte hükmedilmesi halinde**, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl geçmesiyle bu güvenlik tedbirinin uygulanmasına son verileceği gösterilerek bu husus dolaylı olarak belirtilmiştir.

Güvenlik tedbirine başvurulabilmesi için hükmün hapis cezasına veya adli para cezasına ilişkin olması bir önem taşımaz. Önemli olan hükümle suçun sabit görülmüş olmasıdır. Mahkûmiyet hükmü kasıtlı suçlara ilişkin olacaktır. Zira 6222 sayılı Kanun ile yaratılan suçlar kasten işlenebilen suçlardır; Kanun’da taksirli halleri öngörülmemiştir. Ayrıca bu Kanun ile Türk Ceza Kanunu’nun kasten işlenen suçlarına (kasten yaralama, mala zarar verme) yollama yapıldığı da unutulmamalıdır.

Seyirden yasaklanma güvenlik tedbiri **hapis cezasına mahkûmiyet** halinde zorunlu olarak hapis cezasının infazı süresince devam eder. “Hükmün kesinleşmesiyle infazına başlanan **seyirden yasaklanma yaptırımının (güvenlik tedbirinin)** süresi cezanın infazı tamamlandıktan itibaren bir yıl geçmesiyle sona erer³¹. Bu halde güvenlik tedbirinin süresi cezanın infaz süresi ve artı infazın tamamlanmasından itibaren bir yıldır. Eğer güvenlik tedbirine **ceza verilmesine yer olmadığı** kararı ile birlikte hükmedilmiş ise, bu halde infaz edilecek ceza bulunmadığından hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl geçmesiyle bu güvenlik tedbirinin uygulanmasına son verilir. Güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı 25.5.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu hükümlerine göre kayıt altına alınır (m.18/1).

Belirtelim ki, 6222 sayılı Kanun gereğince hükmedilen kısa süreli hapis cezası TCK m.50’ye göre para cezasına ve bu hükümde öngörülen tedbirlerden birine çevrilebilir. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına

³¹ Tasarı’da iki yıl olarak gösterilmiş olan tedbir süresi *bir yıl* olarak yasalaşmıştır. Sporada Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı m.18. Tedbir süresi kısaltılarak suç ile tedbir arasında orantı sağlanmaya çalışılmıştır. Aynı yönde bkz. Donay, Sporada Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi, 141.

çevrilmesi halinde güvenlik tedbirinin uygulaması çevrilen adli para cezasının tamamen infazından sonra başlayacaktır.

“Hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak tedbire veya hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren; ... bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasına devam edilir” (m.18/6)³².

Kısa süreli hapis cezasının adli para cezası dışında kalan tedbirlere dönüştürülmesi halinde TCK m.50 gereğince verilen tedbir kararının kesinleştiği tarihten itibaren güvenlik tedbirinin uygulanmasına geçilecektir (m.18/6). Böylece kanun koyucu seyirden yasaklanma güvenlik tedbirinin infazı bakımından, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın TCK m.50’ye göre adli para cezasına çevrilmesi ile tedbirlere çevrilmesi arasında fark yaratmıştır.

6222 sayılı Kanun hükümlerine göre hakkında **güvenlik tedbiri** olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanma kararı verilen kişi, **yasak süresince** spor kulüplerinde ve federasyonlarda ve taraftar derneklerinde yönetici olamaz; spor müsabakalarında hakem, temsilci veya gözlemci olarak görev yapamaz” (m.18/10). Bu hüküm adeta mahkûmiyet kararına bağlı olarak hükmedilen **güvenlik tedbirinin kanuni neticesi olan bir hak yoksunluğu** niteliğindedir. Soruşturma ve kovuşturma sürecinde uygulanan **koruma tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklanmanın böyle bir sonucu yoktur**. Diğer bir söyleyişle, koruma tedbiri olan seyirden yasaklanma halinde kişiler yöneticilik, hakemlik, temsilci veya gözlemci olarak faaliyet göstermeye devam edebilir.

2- Koruma Tedbiri Niteliğinde Seyirden Yasaklanma

Yukarıda belirtilen ve 6222 sayılı Kanun’da tanımlanan veya 6222 sayılı Kanun’a yollamada bulunan ilgili kanunlarda tanımlanmış olan suçlardan dolayı soruşturmaya başlanması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulur (m.18/3). Belirtelim ki, “Seyirden yasaklanma” 6222 sayılı Kanun’un 18/1. maddesinde, **“kişinin mü-**

³² Seyirden yasaklanma güvenlik tedbirinin, hapis cezasının ertelenmesi halinde *denetim süresi ile ilişkilendirilmeden* hükmün kesinleştiği tarihten itibaren uygulanmasına yönelik eleştiri için bkz. Özgenç, 123.

sabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması” şeklinde tanımlanmıştır. Madde 18/3’te koruma tedbirini uygulanan seyirden yasaklama koruma tedbirinin uygulama alanı **müسابakaları seyirle** daraltılmış gözükmektedir. Bu sınırlamanın bilinçli olduğuna dair maddenin gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Kanımızca kanun koyucu bu konuda bilinçsiz bir boşluk bırakmıştır ve seyirden yasaklama tedbirinden ve bu tedbirin amacından hareketle bu boşluk doldurulabilir ve koruma tedbirini uygulanan seyirden yasaklanmanın antrenmanları seyirden yasaklamayı da kapsayacağı söylenebilir³³. Belirtelim ki, ceza muhakemesinde geniş yorum mümkündür ancak kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan düzenlemelerin örneğin koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerin yorumunda kıyasa varacak yorumdan, diğer bir söyleyişle yasa koyucunun bıraktığı bilinçli boşluğu doldurmaktan kaçınmak gerekir. Bu nedenle, bu yorum tarzı daima tartışmalı olacaktır. Bu hususun yasal değişiklikle açıklığa kavuşturulması hukuka uygun olacaktır.

6222 sayılı Kanun m.18/3,4 ve 5’te soruşturma ve kovuşturma süresince³⁴ uygulanan bu tedbirin koruma tedbirini olduğu açıkça ifade edilmiştir³⁵. Seyirden yasaklanma 6222 sayılı Kanun kapsamında kalan ve bu Kanun’un yollama yaptığı suçlar bakımından uygulama alanı bulan bir koruma tedbidir.

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri, kişinin suçluluğu yargı kararıyla

³³ Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.22’nin başlığı “Müسابakaları seyirden yasaklanma tedbirine ilişkin usul ve esaslar” olarak belirlenmiş ancak madde içinde antrenmanları seyirden yasaklanma haline de yer verilmiş. Ayrıca m22/1-g’de, “Spor müsabakalarını seyirden yasaklanma cezası alanlar hiçbir spor müsabakasını ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına giremez. Bu hüküm, sporcu ve teknik heyetin mesleğini icra etmesine engel teşkil etmez.” denmektedir. Yönetmelik’te spor müsabakalarını seyirden yasaklanma, antrenmanı da kapsar bir anlamda kullanılmıştır. (RG 22 Aralık 2012, Sayı: 28505).

³⁴ CMK m.2/1-e’ye göre Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; m.2/1-f’ye göre Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade eder.

³⁵ “... bu yasağın uygulanmasına koruma tedbirini olarak devam edilir (m.18/3). “Koruma tedbirini uygulanan spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine ilişkin bilgiler” (m.18/4). “Koruma tedbirini uygulanan spor müsabakalarını seyirden yasaklanma tedbirini; a) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kaldırılmasına karar verilmesi,” (m.18/5).

tespit edilmeden önce temel bir hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran ve amacı muhakemenin yapılabilmesini veya ileride verilmesi muhtemel olan hükmün infazının yerine getirilmesini sağlamak olan işlemlerdir. Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaçlar arasında, şüpheli kişinin veya sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını güvencelemek başta gelir³⁶. Koruma tedbirleriyle kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırmanın yasayla yapılması, geçici olması ve amaç değil araç olması esastır³⁷.

“Seyirden yasaklanma” koruma tedbirinin de Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörölmüş olan, yakalama, tutuklama, arama gibi koruma tedbirlerine ilişkin yukarıda belirtilen önşartları ve özellikleri taşıması gerekir. Ancak bu tedbirin birkaç noktada klasik tedbirlerden ayrıldığı görölmektedir. Seyirden yasaklanma tedbiri, klasik koruma tedbirlerinin sahip olduğu amaca hizmet etmemektedir. Seyirden yasaklanmanın muhakemenin yapılmasını ve delilleri güvence altına alma ve verilmesi muhtemel hapis veya adli para cezasının infazını güvence altına alma gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Tedbir daha ziyade failin tehlikelilik haline karşı alınan bir tedbir özeliği göstermektedir. Mahkûmiyet kararı ile hükmedilecek olan güvenlik tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklanma yaptırımının adeta mahkûmiyet kararından önce uygulanması söz konusudur. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda adli kontrol koruma tedbirine ilişkin bazı yükümlölüklerde de kanun koyucu aynı yolu izlemiştir (CMK m.109). Kanun koyucu bazı sorunlu hallerde önleyici özeliği ağır basan tedbirleri koruma tedbirleri başlığı altında ceza muhakemesine dahil etme alışkanlığını bu tedbir bakımından da sürdürmüştür. Bu tür tedbirlere önleyici koruma tedbirleri de denilebilir^{38 39}.

Belirtelim ki, madde 18/3’te “soruşturmaya başlanması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya

³⁶ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, 309.

³⁷ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2013), 310.

³⁸ Öğretide seyirden yasaklama tedbirinin aslında bir adli kontrol yükümlölüğü olduğu hakkında bkz. Özgenç, İzzet, “Değerlendirme ve Sonuç”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara 2012, 121.

³⁹ Özgün koruma tedbiri nitelemesi için bkz. Öztürk, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklanma”, 38.

konulur” hükmüne yer verilmiştir. Klasik koruma tedbirlerinden bazılarında kural olarak sadece hakim/mahkeme kararıyla, bazı koruma tedbirlerine ise kural olarak hakim/mahkeme kararıyla ancak gecikmesinde tehlike varsa istisna olarak Cumhuriyet savcısının kararıyla başvurulabilir. Seyirden yasaklanma tedbiri bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki koruma tedbirlerine ilişkin genel kuralların dışına çıkmıştır. Hükmün kaleme alınış şekliyle hareketle, soruşturma evresinin başlaması tedbirin uygulamaya koyulması için yeterlidir denilebilir. Bu tedbirin uygulanması için Ceza Muhakemesi Kanunu’nda gösterilmiş olan diğer koruma tedbirleri gibi bir karar alınmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁰. Tedbir ilgili suçların soruşturmasına başlanmasıyla kanun gereğince uygulanır hale gelmektedir. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi için ilgili kurum ve yerlere yazı yazılması gerekmektedir⁴¹. Bu işlemleri savcılık yürütecektir. Bu nedenle, bir anlamda bu koruma tedbirine de, spor olaylarında daima gecikmede tehlike var sayılacağı ve bu nedenle Cumhuriyet savcılığı tarafından karar verileceği söylenebilir⁴² ⁴³. Fakat tekrar belirtelim ki, tedbirin uygulanması mecburidir; Cumhuriyet savcısının durumu değerlendirerek tedbire karar verip vermemek konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Özgenç, “Değerlendirme ve Sonuç”, 124.

⁴¹ İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca (CMK’nın 250. maddesiyle yetkili) 3.12.2011 tarihinde 2010/2287 Soruşturma no.lu dosya kapsamında İstanbul Emniyet Müdürlüğü Organize Suçlarla Şube Müdürlüğüne yazılan yazıda, adı geçen şüpheliler hakkında anılan yasanın 18. maddesi uyarınca seyirden yasaklanma kararı verildiği belirtilmektedir. http://i.tmgrup.com.tr/files/Klasor_69.pdf

⁴² Gecikmede tehlikenin Kanunla karine olarak kabul edildiği ve klasik usulden ayrılarak Cumhuriyet savcısı tarafından karar verildiği hakkında bkz. Öztürk, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklanma”, 42.

“Seyirden yasaklanma, koruma tedbiri olarak uygulandığında buna, 6222 sayılı Kanun’da gecikmede sakınca aranmadığı için daima savcı tarafından karar verilebilecektir. Bu tedbirin savcı kararını gerektirmediğini, bunun uygulanmasına kanun hükmü gereği olarak başlanacağı söylenmesi hukuka aykırıdır”. Öztürk, Bahri, “6222 Sayılı Kanun’a Göre Seyirden Yasaklanma Koruma Tedbirine Kim Karar Verebilir?” Fasikül Dergisi Eylül 2011, Sayı:22, (<http://www.terazi.com.tr/makalegoster.aspx?id=1443>) Bir merciin karar vermesi gerektiği hakkında bkz. Yaşar, Yusuf, “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan “Seyirden Yasaklanma” İle “Seyirden Yasaklama” Tedbiri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19 S.1-2013, 23.

⁴³ Belirtelim ki öğretide bu tedbir bakımından da hakim karar vermesi gerektiği ancak gecikmede tehlike halinde, ki bu halde kanun koyucu tarafından daima gecikmede tehlikenin bulunduğu karine olarak yaratıldığı ve tedbire Cumhuriyet savcısının kararı ile başvurulabileceği görüşü de ileri sürülmektedir. Öztürk, 42.

nedenle, bu koruma tedbirine ilişkin bir karar verilmesine gerek olmadığı⁴⁴ ve tedbirin soruşturma evresinde **Cumhuriyet savcılığı tarafından uygulamaya koyulacağından** yani **Cumhuriyet savcısının tedbirin gereğini yerine getirmesinden** bahsetmenin daha yerinde olacağını söylemek mümkündür. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre kolluk Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür ve Cumhuriyet savcısı emrini adli kolluk görevlilerine yazılı, acele hallerde sözlü olarak verir (CMK m.161/2). Cumhuriyet savcısı “seyirden yasaklanma” tedbirinin uygulanmasını kolluğa yazılı olarak emredecektir.

Seyirden yasaklanma koruma tedbirinin uygulanması Cumhuriyet savcısının denetiminde soruşturma başlatılmasına bağlı tutulmuştur. Bu nedenle tedbirin uygulanması için suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair soruşturmayı başlatacak basit şüphenin bulunmasının yeterli görüldüğü söylenebilir (CMK m.160/1).

“Seyirden yasaklanma” tedbirine karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Bu husus eleştiriye açıktır.

6222 sayılı Kanun, tedbirin kaldırılması konusunda Cumhuriyet savcısına ve mahkemeye takdir hakkı ve dolayısıyla karar verme imkânı tanımıştır. Şüphelinin, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısından kovuşturma evresinde ise mahkemeden her zaman tedbire son verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Tedbire, talep üzerine son verilebileceği gibi soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından re’sen de son verilebilir⁴⁵. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından **tedbirin kaldırılmasına** karar verilmediği takdirde bu yasağın uygulanmasına **koruma tedbiri olarak devam edilir**” (m.18/3).

Belirtelim ki, seyirden yasaklanma tedbirinin karar mekanizmasının genel

⁴⁴ Cumhuriyet savcısının karar almasına gerek olmadığı hakkında bkz. Özgenç, “Değerlendirme ve Sonuç”, 123.

⁴⁵ Öğretide Cumhuriyet savcısının kararına itiraz edilebileceği de belirtilmektedir. Bkz. Yaşar, 24. Belirtelim ki itiraz kanun yolu hakimlik ve açıkça belirtilmiş olmak kaydıyla mahkemenin ara kararlarına karşı başvurulabilen bir denetim mekanizmasıdır (CMK m.267 vd.). Öğretideki tespit Ceza Muhakemesi Kanunu’nun somut hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Bu tespitle bulunulabilmesi için 6222 sayılı Kanun’da açıklık bulunması gerekirdi.

koruma tedbirlerine uygun olarak açıkça düzenlenmesi ve kanun yolunun ayrıca gösterilmesi daha yerinde olacaktır.

Seyirden yasaklanma koruma tedbiri, soruşturma ve kovuşturma süresince devam eder.

Koruma tedbiri olarak uygulanan seyirden yasaklanma halinde, kişiler yöneticilik, hakemlik yapabilir, temsilci veya gözlemci olarak faaliyet göstermeye devam edebilir. Bu yasak ancak seyirden yasaklanmanın mahkûmiyet kararı ile uygulama alanı bulması halinde söz konusu olabilir (m.18/10).

“Koruma tedbiri olarak uygulanan spor müsabakalarını seyirden yasaklanma tedbiri; a) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kaldırılması, b) Kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi hallerinde ve c) Sanık hakkında beraat veya düşme kararı verilmesi halinde derhal kaldırılır” (m.18/5). Kovuşturmaya yer olmadığı, beraat ve düşme kararlarından sonra yasağın kaldırılması için ayrıca bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır. Tedbir kendiliğinden kalkar. Bu kararlar, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bilgi sistemine işlenir veya bu bilgi ile kayıtlar sistemden silinir.

“Kamu davasının açılmasının (iddianamenin düzenlenmesinin) ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB’ye), karar verilmesi halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren^{46 47}; önödeme halinde ise, önödemede bulunduğu tarihten itibaren, bir yıl süreyle spor müsabaka-

⁴⁶ CMK m.171/2: 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir. CMK m.173/1: Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir.

⁴⁷ CMK m.231/12: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. CMK m.168: Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararın mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.

larını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasına devam edilir” (m.18/6).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörülen beş yıllık denetim süresi içinde, bir yıl süreyle seyirden yasaklanma, diğer bir söyleyişle spor alanlarına girmeme şeklinde özel bir denetimli serbestlik tedbiri öngörülmüştür (CMK m.171/2, 231/8).

Soruşturma evresinde önödeme nedeniyle bu evrenin kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile kovuşturma evresinde önödeme halinde ise düşme kararı ile dava sona ermektedir. Bu karar çeşitleri davayı usulden çözümleyen karar çeşitleridir ve mahkûmiyeti ifade etmezler. Bu nedenle, bu hallerde uygulanan seyirden yasaklanma kurumunu, ceza ve ceza muhakemesi kurumlarıyla ve ilkeleriyle uyumlu bir şekilde açıklamak mümkün gözükmemektedir. Suçluluk sabitmiş gibi yasaklılık öngörülmüştür; bu hallerde kişilerin yönetici, hakem, temsilci veya gözlemci olarak faaliyet gösterip gösteremeyeceği hususu yoruma ihtiyaç göstermektedir. Madde 18/10’da, bu Kanun hükümlerine göre hakkında güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanma kararı verilen kişinin yasak süresince söz konusu faaliyetlerde bulunamayacağı, madde 18/1’de, “... ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı mahkemece kurulan hükümde, hakkında güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına karar verilmesinden...” söz edilmektedir. Güvenlik tedbirlerine kural olarak suç sabit sayıldığında hükmedilir. İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi ve önödeme kurumları kendine özgü kurumlar olup mahkûmiyet yargısını içermezler. Bu nedenle, kanımızca iddianamenin düzenlenmesinin geri bırakıldığı hal ile önödeme halinde uygulanan *seyirden yasaklanma* kapsamında belirtilen görevlerden yasaklanma uygulanmamalıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde ise hükmün hukuki sonuç doğurmaması asıl ise de özel kanunlarla açıklanmayan hükme hukuki sonuçlar bağlanabilmektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, her ne kadar kanun yollarından geçerek kesinlenmemiş olsa da yargısal bir mahkûmiyet kararı mevcuttur. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak uygulanan seyirden yasaklanma tedbirinin uygulandığı süre içinde kişiler yöneticilik, hakemlik yapamaz, temsilci veya gözlemci olarak faaliyet

gösteremez, Yani madde 18/10 hükmünü bu halde uygulamak mümkün sayılabılır.

6222 sayılı Kanun'da belirtilen suçlar veya özel kanunlarda bulunup da yollama suretiyle bu Kanun hükümlerine tabi olan suçlar sebebiyle başlatılan ceza muhakemesinin mahkûmiyet kararı ile sonuçlanması halinde, koruma tedbiri niteliğinde olan seyirden yasaklanma tedbiri, güvenlik tedbiri niteliğindeki olan seyirden yasaklanma yaptırımına dönüşür. Bu hususun kararda gösterilmesi gerekir.

Belirtelim ki, soruşturma evresinde “Kamu davasının açılmasının (iddianamenin düzenlenmesinin) ertelenmesine” ilişkin kararın kesinleştiği veya önödemenin yapıldığı tarihte *Cumhuriyet savcısının*; kovuşturma evresinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde bu kararın kesinleştiği veya önödemenin gerçekleştiği tarihte *mahkemenin* Emniyet Genel Müdürlüğüne derhal bildirimde bulunması gerekir. Bu tarihlerden itibaren bir yıl süreyle uygulanması gereken *spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine* ilişkin kararlar Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bilgi bankasına kaydedilmekte ve kararların kesinleşmesi ya da önödemenin gerçekleşmesiyle birlikte tedbirin uygulanmasına başlanmaktadır. Bildirimde gecikme tedbirin uygulanmasının kontrolünde boşluk yaratacaktır.

Seyirden yasaklanma koruma tedbirinin soruşturma ve kovuşturma süresince devam ettiğini yukarıda belirtmiştik. Suç sebebiyle görülmekte olan ceza davasının beraat veya önödeme dışında bir nedenle düşme kararıyla sona ermesi ve bu kararların kesinleşmesi halinde tedbirin uygulanması da sona erecektir. Mahkemenin kararında tedbirin uygulanmasına son verildiğini belirtmesi ve bu kararını Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bildirmesi gerekir.

3- Önleyici Tedbir Olarak Seyirden Yasaklanma

Önleyici (idari) tedbir olarak, yani suç işleme ve spor müsabakasının düzenini bozma tehlikesi yaratan kişilerin seyirden yasaklanması da 6222 sayılı Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere aşırı alkol ve/veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde tüketimi

davranış bozukluklarına neden olmakta ve kişiyi şiddete eğilimli hale getirmektedir. Bu nedenle, alkol ve/veya uyarıcı madde tüketmiş olan kişilerin spor müsabakalarına alınması suç işleme tehlikesini de beraberinde getirir.

Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3/4-d maddesi ile taraf devletler, “olay çıkarması muhtemel kişiler ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olanları hukuken mümkün olduğu ölçüde stadyum ve maçlardan çıkarmak veya girişlerini yasaklayarak önlem almak” yükümlülüğü altındadırlar.

6222 sayılı Kanun'un 18/7. maddesinde, “alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişi, spor alanına alınmaz. Bu şekilde spor alanlarına giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişi zor kullanılarak dışarı çıkarılır ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır” (m.18/7) hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre tedbirin uygulanabilmesi için, a) kişinin alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olması, b) kişinin alkol, uyuşturucu ve uyarıcı madde etkisinde olduğunun açıkça anlaşılması ve c) kişinin bu etki altında suç işlemeye eğilimli olduğunun gözlemlenmiş, diğer bir söyleyişle suç işleme veya zarar verme eğiliminin varlığını ortaya koyan makul şüphe nedenlerinin bulunması gerekir⁴⁸. Bunun yanı sıra, suç işleneceği şüphesi de doğmuş olmalıdır. Bu maddelerin kişiyi aşırı sakinleştirdiği hallerde ise bu tedbirin uygulanmasına gerek olmayacaktır. Ayrıca, zarar verme veya suç işleme tehlikesi yaratmayan kişiye önleyici tedbir uygulanması mümkün değildir.

Önleyici nitelikteki söz konusu tedbirin uygulanmasını, spor alanında görevlendirilmiş olan önleyici kolluk/polis veya jandarma gerçekleştirir. O spor tesisinde görev yapan ve Özel Kolluk Hizmetleri Kanunu'na göre kurulmuş veya görevlendirilmiş özel güvenlik görevlileri de bu tedbiri uygulayabileceklerdir (Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair K. m.3).

⁴⁸ Önleyici nitelikteki işlemlerdeki usul şu şekildedir: PVSK'ya göre, durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir (PVSK m.4/A). Önleme araması için ise makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi (PVSK m.9) gerekir.

Kolluğun alkol veya uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olan kişiyi spor alanına almama, bir şekilde içeri girmiş ise çıkarma yetkisi bulunmaktadır. İçeri girmek için veya girmiş ise çıkmamak için direnen kişiye karşı kolluğun zor kullanma yetkisi bulunmaktadır (m.18/7). Kolluğun zor kullanma yetkisini sınırları PVSK m.16'ya göre belirlenir. Ancak belirtelim ki, bu halde silah kullanılması hiçbir şekilde orantılı bir zor kullanma olmaz.

Alkol kullanımının tespiti için Kanun'da özel bir yöntem öngörülmemiştir. Yani alkometre veya tıbbi tetkikler yapılması zorunlu değildir. Kolluğun bu tedbiri uygulayabilmesi için genel ve meslek tecrübe kurallarına göre olguya dayanan şüphe sahibi olması yeterlidir. Kişinin alkol veya uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin etkisinde olduğunun açık olması gerekir⁴⁹. Bu bir ölçüde tedbirin keyfi uygulanmasını engelleyecektir.

Spor alanına almama veya girilmiş ise çıkarma yetkisi, fiili bir durum ortaya çıktığında kullanılabilen bir yetkidir; karara dayanmaz. Ancak, bu fiili duruma bağlı olarak 6222 sayılı Kanun'un 18/7. maddesi gereğince bir yıl süreyle seyirden yasaklanma tedbirine karar verilmesi gerekmektedir. Bu fiili duruma bağlı olarak verilecek olan seyirden yasaklanma tedbirine hangi makamın karar vereceğinin ortaya koyulması gerekir. Belirtelim ki, bu halde seyirden yasaklanma, idari yaptırım niteliğindedir. Karşılığında böyle bir yaptırım öngörülmüş olan haksızlık da kabahat olarak nitelendirilebilir. Kanun koyucu bir "durum kabahati" yaratmıştır. 6222 sayılı Kanun'un 23/3. maddesinde, "Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir" denilmek suretiyle bu idari yaptırıma da karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına tanındığı gösterilmiştir. Kabahatler Kanunu hükümleri gereğince Cumhuriyet savcısının bu kararına karşı idari yargıya başvurulabilir⁵⁰.

⁴⁹ Olgunun takdiri olduğu ve bu durumun tespiti için spor alanlarında kontrol yapan kişilerin tecrübeli olması gerektiği hakkında bkz. Donay, Spor da Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi, 145.

⁵⁰ Kabahatler K. m.27/1'de "(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir". Sulh ceza mahkemesinde denetletilebilecek

VII- “Seyirden Yasaklanma”nın Bilgi Bankasına Kaydı ve İnfazı

“**Koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen**” spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine ilişkin bilgiler Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına derhal kaydedilir. Bu bilgi bankasına spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanır. Yasaklanan kişilere ilişkin bilgiler, ilgili spor kulüplerine ve yurt dışında yapılacak müsabaka öncesinde müsabakanın yapılacağı ülkenin yetkili mercilerine bildirilir” (m.18/4)⁵¹ ⁵². Bu hükme göre alkol veya uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olup spor müsabaka alanlarına girdiği veya girmeye çalıştığı için seyirden yasaklanan kişiler hakkındaki önleyici nitelikteki kararın bu sisteme kaydedileceğine dair hükümde bir açıklık bulunmamaktadır.

Hem **koruma tedbiri**, hem yaptırım çeşitlerinden **güvenlik tedbiri** niteliğinde olan ve hem de önleyici nitelikte bulunan “seyirden yasaklanma” kurumunun infazı, aynı şekilde gerçekleştirilir. Soruşturma ve kovuşturma sırasın-

olan idari yaptırım kararları idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirleridir. Seyirden yasaklama tedbiri m.27/1’de belirtilen tedbirlerden olmadığından bu tedbirlerin kaldırılması için idari yargıya başvurulabilir. (Madde geçen sulh ceza mahkemesi sulh ceza hakimliği olarak anlaşılmalıdır. 6545 sayılı Kanun’un 83. maddesiyle 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’a şu ek madde eklenmiştir: Ek Madde 1- (1) Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, /a) İdari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine, /b) Yargılamaya ilişkin olanlar asliye ceza mahkemesine veya hâkimine yapılmış sayılır.)

⁵¹ Spor Güvenliği Şube Müdürlüğü Kuruluşu ve Görevleri: Spor Güvenliği Şube Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü Güvenlik Dairesi Başkanlığı bünyesinde kurulu bulunmaktadır. Spor Güvenliği Şube Müdürlüğüne bağlı olarak faaliyet gösteren Spor Güvenliği Büro Amirlikleri ise, İl Emniyet Müdürlüklerimizde Çevik Kuvvet Şube Müdürlükleri içerisinde yer almaktadır. Şube Müdürlüğümüz aynı zamanda merkezi Hollanda’da kurulu bulunan CIV (Centraal Informatiepunt Voetbalvandalisme) Uluslararası Futbol Bilgi Merkezi’nin Türkiye’deki seksiyonu konumunda olup, uluslar arası platformda TNFIP (Turkish National Football Information Point) Türkiye Ulusal Futbol Bilgi Merkezi olarak, Spor Güvenliği Büro Amirlikleri ise Yerel Futbol Bilgi Merkezi olarak çalışmalarını sürdürmektedir. <http://www.guvenlik.pol.tr>

⁵² Güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı 25.5.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu hükümlerine göre kaydedilir” (6222 sayılı Kanun m.18/1).

da koruma tedbiri olarak uygulanan seyirden yasaklanma tedbirinin infazı bir anlamda yetkili yerlere başvurma adli kontrolüne benzer bir şekilde⁵³ düzenlenmiştir. Bu nedenle öğretilerde bu infaz şekli ayrı bir adli kontrol tedbiri olarak da isimlendirilmektedir⁵⁴.

Seyirden yasaklanmanın infazı, 6222 sayılı Kanun'un 18. maddesinde şu şekilde ortaya koyulmuştur: 18. madde "... hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, *yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının* yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür" (m.18/8). Bu "...fıkradaki yükümlülüğe aykırı hareket eden kişi, yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır" (m.18/9). Belirtelim ki, bir kulübün birden çok dalda mücadele eden birden çok takımı bulunması halinde taraftarın her maç öncesinde karakola başvurma yükümlülüğünün kabulü seyirden yasaklanma tedbirinin uygulamasını orantısız hale getirir. Örneğin Galatasaray takımının sporun ondört dalında mücadele ettiği düşünülürse, seyirden yasaklanan kişinin her daldaki müsabakada karakola başvurmak zorunda olması o kişinin hayatını çekilmez hale getirir. Kanun koyucu bu orantısızlığı öngörerek, "yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakası" söz konusu olduğunda kolluğa başvurma yükümlülüğü öngörmüştür⁵⁵. Kanun koyucu böylece genel kolluk birimine başvuru yapılması gereken müsabakaları sınırlamıştır.

⁵³ CMK m.109/3-b'de adli kontrol yükümlülüklerinden birisi "Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak"dır.

⁵⁴ Öztürk, "Sporla Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklanma", 43.

⁵⁵ "Söz gelimi Galatasaray-Beşiktaş tekerlekli basketbol maçında seyirden yasaklanan bir taraftar, sadece maçı izlerken taraftarı olduğu tekerlekli basketbol takımının maçları sırasında karakola gitmek zorundadır. Yani, söz gelimi Beşiktaş Tekerlekli Basketbol Takımı taraftarı olan bir kişi bu takımın maçında olay çıkartarak seyirden yasaklandığında sadece Beşiktaş Tekerlekli Basketbol Takımının maçından karakola başvuracaktı ancak Beşiktaş Futbol Takımının maçında veya Beşiktaş kulübünün herhangi başka bir takımının maçında karakola gitmesi ... gerekemeyecektir". Hüseyin Alpay Köse, "Seyirden Yasaklanma Tedbiri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", www. www.sporhukuku.org

Belirtelim ki Anayasa Mahkemesi, 5149 sayılı Kanun'un spor müsabakalarını seyirden yasaklı kişinin müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka sonuna kadar beklemesini öngören hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre hüküm "... hangi spor dalında ve hangi kategoride olduğuna ilişkin hüküm taşımaması nedeniyle "kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik" ve "ölçülülük" ilkelerine aykırıdır ve bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz ve ayrıca "... idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz...". Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi göz önünde bulundurularak, seyirden yasaklanma cezası 6222 sayılı Kanunla yukarıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir⁵⁶.

Belirtelim ki, karakola başvurma yükümlülüğünün kapsamı ile seyirden yasaklanma tedbir ve yaptırımının kapsamı farklıdır. Seyirden yasaklanma tedbiri ve/veya yaptırımı, seyirden yasaklanma kararının verildiği takımların maçlarını seyirden yasaklamayla ilgili olmayıp genel niteliktedir. Yasak ilgili disiplinindeki tüm spor karşılaşmaları için geçerlidir. Yani hakkında bu tedbir veya yaptırım uygulanmış olan kişi o disiplinindeki hiçbir müsabakayı izleyemez. Buna karşılık karakola başvurma yükümlülüğü, *yasaklama kararının sebebini oluşturan filin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve kişinin taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakaları ile ilgili olarak uygulanmaktadır*.

"Kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması" halinde bu karar kolluğa spor alanlarına girmiş olan yasaklı kişilerin zor kullanılarak bu alanlardan çıkartılması yetkisini de verir.

Sonuç

6222 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan ve Kanun'un amacını gerçekleştirilmeye, yani sporda şiddet ve düzensizliği önlemeye yönelik en etkili kurumlardan biri *seyirden yasaklama* kurumudur. Ancak, bu kurumun kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için etkili bir şekilde uygulanırlığının sağlanması gerekir. Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3/3. mad-

⁵⁶ 6222 sayılı Kanun-Genel Gerekçe. AyMK, 5.1.2006-55/4, RG 20.11.2007- Sayı:26706.

desi ile taraf devletler, “olay çıkarması muhtemel kişilerin maçlara gitmesini engellemek için, hukukten mümkün olduğu ölçüde kulüplerin, örgütlenmiş tarafların ve seyahat acentalarının işbirliği ile deplasmana çıkış noktasında seyahat düzenlemelerinin koordine edilmesini teşvik etme” yükümlülüğü altına girmiştir. 6222 sayılı Kanun m.18 gereğince hükmedilen yasaklanma kararlarının uygulanabilirliğini sağlamak için devletin gerekli tedbirleri alması onun uluslararası yükümlülüğünün de bir sonucudur.

Seyirden yasaklanmanın, hukuki niteliği ne olursa olsun, amaca uygun şekilde uygulanabilmesi için spor alanlarındaki alt yapının oluşturulması, spor alanlarına girişlerde denetimin arttırılması ve kulüpler ile adli ve önleyici kolluğun birlikte uyum içinde çalışması gerekir. E-bilet uygulamasının yasaklı kişilerin girişlerini engellemeye hizmet edecek şekilde yapılandırılması da sonuna bir ölçüde çözüm getirebilir.

**İLTİCA TALEPLERİ REDDEDİLEREK TÜRKİYE'DEN
SINIRDIŞI EDİLMELERİNE KARAR VERİLEN YABANCILARA
İLİŞKİN AİHM KARARLARININ YABANCILAR VE
ULUSLARARASI KORUMA KANUNU'NA ETKİSİ**

*Effects of the Judgments of the ECtHR on the Law on Foreigners
and International Protection Concerning the Foreigners Whose Expulsion
Process from Turkey Were Initiated
as a Result of Rejection of their Asylum Applications*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ *

ÖZET

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun, idari yapıya ilişkin hükümleri 11 Nisan 2013, diğer hükümleri ise 11 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Avrupa Birliği göç ve iltica mevzuatı esas alınarak hazırlanmıştır. Bununla beraber YUKK'un hazırlık sürecinde diğer ülkelerin göç ve ilticaya ilişkin mevzuatı ile uygulamaları ve idari yapıları da incelenmiştir. YUKK'un hazırlık çalışmaları sürecine etki eden birçok faktör olmasına rağmen AİHM kararları, bu faktörler içinde belki de en önemli yere sahiptir. Bu öneminden dolayı çalışmamızda, 11 Nisan 2013 tarihinden önce sığınma ve iltica talepleri reddedilen ve Türkiye'den sınırışı işlemleri başlatılan yabancılar tarafından AİHM'de açılan davalarda verilen kararların YUKK üzerindeki etkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, mülteci, şartlı mülteci, sığınmacı, özgürlük ve güvenlik hakkı, yaşama hakkı, işkence yasağı, etkin başvuru hakkı, non-refoulement, sınırışı, geri gönderme merkezi, idari gözetim, AİHS, AİHM.

ABSTRACT

The provisions of the Law on Foreigners and International Protection, Law No. 6458, concerning migration management have come into force on 11 April 2013, and the other provisions have been in force since 11 April 2014. The Law on Foreigners

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
nurayeksi@gmail.com

and International Protection was basically drafted in accordance with the European Union migration and asylum law. However, the migration and asylum laws in various countries as well as their practices and their authorities responsible for migration and asylum were also considered in the preparatory stage of the Law. Although many factors influence the drafting process of the Law on Foreigners and International Protection, the judgments of the European Court of Human Rights perhaps have the most significant impacts. Having considered significant impacts of those judgments, this article is devoted to analyse the effects of the judgments of the European Court of Human Rights on the Law on Foreigners and International Protection concerning the foreigners whose refugee or asylum seekers applications were refused and about whom expulsion process were initiated before 11 April 2013.

Key Words: Law on Foreigners and International Protection, refugee, conditional refugee, asylum seeker, right to liberty and security, right to life, prohibition of torture, right to an effective remedy, non-refoulement, expulsion, return centers, administrative detention, ECtHR, ECHR.



I. Giriş

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun¹ 3(1). maddesinin (1) bendinde, göç şu şekilde tanımlanmıştır: “*Göç, yabancıların, yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını, Türkiye’den çıkışını ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı ifade eder*”. Bu tanım çerçevesinde, YUKK, düzenli göçü, düzensiz göçü ve uluslararası korumayı kapsamaktadır.

Göç, “düzenli göç” (regular migration) ve “düzensiz göç” (irregular migration) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Düzenli göç kavramı yerine “yasal göç” (legal migration) ve düzensiz göç kavramı yerine “yasadışı göç” (illegal migration) kavramları da kullanılmaktadır. Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi ya da vizesi olmaksızın Türkiye’ye giren, sınır ihlalleri yapan, ikamet veya çalışma izni olmaksızın ya da söz konusu izinlerin süresi bittiği halde

¹ Kanun No. 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

sürelerini uzatmaksızın Türkiye’de ikamet eden veya çalışan yabancılar, düzensiz göçmenleri oluşturmaktadır. Düzensiz göçmenlerin durumunun yasaya aykırılığını vurgulamak için “yasadışı göçmen” (illegal migrant) kavramı da kullanılmakla beraber ceza hukuku anlamında suç teşkil eden eylemleri çağrıştırmaması sebebiyle bu kavramın kullanılması tercih edilmemelidir.

Uzun yıllar Avrupa ülkelerine göçmen gönderen bir ülke olarak bilinen Türkiye’nin 1970’lerden itibaren özellikle düzensiz göç alan bir ülke haline gelmesinin başlıca sebepleri olarak Afganistan’ın Sovyet Rusya tarafından işgal edilmesi; 1970’lerde İran’daki rejim değişikliği; 1980’lerin sonu ve 1990’ların başında Irak’taki Saddam Hüseyin rejiminin Orta Doğu’da yol açtığı kargaşa ve savaşlar; Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği’ndeki komünist rejimin çöküşü², eski Yugoslavya iç savaşı, Kosova’da cereyan eden olaylar ve 2012 yılından beri Libya, Yemen, Mısır ve Suriye’de gerçekleşen Arap Baharı gösterilebilir. Söz konusu olaylar sonucunda Türkiye, düzensiz göçün hedefi haline gelmiştir. Düzensiz göçmenler, başta Avrupa olmak üzere başka ülkelere gitmek amacıyla Türkiye’yi transit olarak kullanmakta veya geçerli belgeleri olmadan Türkiye’de yaşamak ve çalışmak için Türkiye’ye gelmektedirler. Ayrıca yasadışı yollarla ve belgeleri olmaksızın Türkiye’ye gelen ve iltica prosedürüne henüz alınmamış ya da iltica ve sığınma talepleri reddedilmiş yabancılar da düzensiz göçmenler arasında yer almaktadırlar³. İltica ve sığınma başvurusunda henüz bulunmamış olan ya da başvuruları reddedilmiş olanlar da dahil olmak üzere, düzensiz göçmenler, genellikle insan tacirlerinin ya da kaçakçıların yardımıyla sınırlardan geçerek Türkiye’ye gelmektedirler.

Çalışmamızda, iltica ve sığınma talepleri reddedilen ve böylece düzensiz göçe dahil olan yabancıların Türkiye’ye karşı AİHM’de açtıkları davalarda verilen kararların, 6458 sayılı YUKK’un hazırlık çalışmalarına etkisi üzerinde durulacaktır.

² Ahmet İÇDUYGU/Damla B. AKSEL, Türkiye’de Düzensiz Göç, IOM Yayını, Ankara 2012, s. 19-20.

³ İÇDUYGU/AKSEL, 21.

II. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Hazırlık Çalışmaları ve Genel Çerçevesi

Muhtelif sebeplerle Türkiye’de yaşayan ve Türkiye’ye sığınan yabancıların sayısındaki artış, yasal düzenlemeleri de etkilemekte ve şekillendirmektedir. Türkiye’de yaşayan yabancıların hem sayısındaki artış hem de birbirinden oldukça farklı statülerde bulunmaları, mevcut yasal düzenlemelerde değişikliklerin yapılmasının yanı sıra yenilerinin hazırlanmasına da neden olmuştur. 6458 sayılı YUKK’un çalışmalarına, 2009 yılında kısaca “Göç ve İltica Bürosu” olarak anılan İçişleri Bakanlığı İltica ve Göç Mevzuatı ve İdari Kapasitesini Geliştirme ve Uygulama Bürosu tarafından başlanılmıştır. Göç ve İltica Bürosu, 15 Ekim 2008 tarihli İçişleri Bakanı onayı ile kurulmuştu. 6458 sayılı YUKK’un, göç ve iltica alanında idari teşkilata ilişkin hükümlerinin 11.4.2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber “Göç ve İltica Bürosu”nun yerini, “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü” almıştır.

YUKK ile ilgili çalışmalar ilk aşamada dört sütun üzerinde yürütülmüş ve dört ayrı yasa taslağı hazırlanmıştır. Bu taslaklar şunlardır: (1) Yabancılar Kanunu Taslağı; (2) İltica Kanunu Taslağı; (3) 5683 Sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı; (4) İltica ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Taslağı.

Taslakların hazırlanmasına ilişkin toplantılar sırasında, taslakların uygulamaya geçirilmesi ve AİHM tarafından altı çizilen sorunların çözümlenmesi için etkin bir şekilde faaliyet gösterecek bir idari birimin kurulması ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Bu nedenle sadece idari yapıyı düzenleyen bir taslak hazırlanmıştı. Ancak dört ayrı taslak üzerinden yürütülen çalışmalar sırasında taslaklar arasında bağlantının nasıl kurulacağı ve ortak hükümlerin hangi taslakta yer alacağı sorunlarının yanı sıra taslakların mevzuat dağılımına yol açacağı endişesi dile getirilmiştir. Üstelik göç ve iltica alanının dört ayrı yasayla düzenlenmesinden uygulamada sorun çıkacağı dikkate alınmıştır. Bu sebeple İçişleri Bakanlığı Göç ve İltica Bürosu, dört ayrı taslağı, tek bir çatı altında toplamaya

ve çalışmalarını tek metin üzerinde sürdürmeye karar vermiştir⁴. YUKK'un hazırlıkları, Mayıs 2012 tarihinde sona ermiş ve YUKK, Nisan 2013 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir.

YUKK'un 124. maddesi uyarınca, idari yapıya ilişkin hükümler, 11.4.2013 tarihinde; diğer hükümler ise 11.4.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Altı kısımdan oluşan YUKK'da, (1) yabancıların Türkiye'ye girişi ve vize işlemleri (md. 5-18); (2) yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahati (md. 19-49); (3) vatansızlar (md. 50-51); (4) yabancıların Türkiye'den sınır dışı edilmesi (md. 52-60); (5) uluslararası koruma (md. 61-95) ve (6) idari teşkilat (md. 103-123) konuları düzenlenmiştir.

III. İltica Talepleri Reddedilen ve Sınırdışı Edilmesine Karar Verilen Yabancılar Tarafından Türkiye'ye Karşı AIHM'de Açılan Davalarda Dayanılan AIHS Hükümleri⁵

İnsan hakları, kural olarak, evrensel ve şartsız herkese tanınmıştır. Ancak bu kuralın bazı haklardan faydalanmaktan mahrumiyet veya belirli grupta bulunan kişilere daha fazla hakların verilmesi gibi istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, sınırdışı ve suçluların iadesinin sadece yabancılarla uygulanan yaptırımlar olması; ülkeye giriş, kamu hizmetlerine katılma, seçme ve seçilme hakkı gibi bazı hakların sadece vatandaşlara tanınması, insan haklarının evrensel niteliğine getirilen istisnaları teşkil etmektedir⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde⁷ temel haklarla ilgili genel ve soyut hükümler öngörülmüş; koruma altına alınan hakların somut olayda ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde AIHM'e geniş takdir yetkisi verilmiştir⁸. AIHS'de yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin açık bir hüküm bulun-

⁴ Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), İstanbul 2013, s. 8.

⁵ Bu başlık altında verilen bilgiler Nuray EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul 2012, s. 48-50; Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2014, s. 137-140'den alınmıştır.

⁶ René PROVOST, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002, s. 25-26.

⁷ RG 19.3.1954/8662.

⁸ Matti PELLONPÄÄ, Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland, Helsinki 1984, s. 124.

mamaktadır. Bununla beraber, sınırdışı işleminin de AİHS'e aykırı olabileceği ve bunun AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelebileceği kabul edilmektedir⁹. Açık bir hüküm olmamasına rağmen, sınırdışı işlemlerinin AİHS'in bazı maddeleri ile bağlantısı kurulmaktadır¹⁰. Yabancıların ülkeden sınırdışı edilmesi, AİHS'in 2, 3, 5, 8 ve 13. maddelerine aykırı ise bu durum sınırdışı işlemi gerçekleştiren devletin sorumluluğuna yol açacaktır.

AİHS'in 2. maddesinde yaşama hakkı güvence altına alınmıştır. Bu maddeye göre, herkesin yaşam hakkı, yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. O halde AİHS'in 2. maddesi uyarınca sınırdışı edilecek yabancıların gönderileceği ülkede yaşama hakkı tehlike altında ise sınırdışı işlemi gerçekleştirilmemelidir. Aksi halde sınırdışı işlemi yapan devlet, AİHS'in 2. maddesini ihlal etmiş olur.

AİHS'nin 3. maddesine göre, hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz. Bu maddede, doğrudan sınırdışı işlemine yönelik bir hüküm bulunmamasıyla birlikte AİHM; yabancıların, gönderileceği devlette işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulma riski olması halinde sınırdışı işleminin 3. maddenin ruhuna aykırı olduğu sonucuna varmıştır¹¹. AİHM'in ilke haline gelen kararlarına göre, bir devletin yabancıyı, bu muamelelerden herhangi birine tabi tutulma riski olan ülkeye göndermesi, 3. maddeden doğan yükümlülüğün ihlali sayılır. AİHM verdiği kararlarıyla, AİHS'in 3. maddesinin taraf devletlere, yabancıyı, işkenceyle veya hayati tehlikeyle karşılaşacağı ülkelere göndermeme yükümlülüğünü yüklediğini ifade etmiştir¹².

⁹ PELLONPÄÄ, 124-125.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu kapsamında yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin yorumlar için bkz. Rona AYBAY, Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme, (2003)2 MaltepeÜHFD, s. 164-167.

¹¹ P. Van DIJK, Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Editors Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 23-24.

¹² Ayrıntılı bilgi ve konuyla ilgili AİHM kararları için bkz. DIJK, 24 vd.. Ayrıca, yabancıların sınırdışı edilerek ölüm cezasının uygulandığı ülkelere gönderilmesinin AİHS'in 3. maddesini ihlal edeceğine ilişkin kararlar için bkz. Nicholas BLAKE/Raza HUSAIN, Immigration

AİHS'in özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına alan 5. maddesi de yabancıların sınırışı sebebiyle açılan davalarda AİHM tarafından dikkate alınan diğeri bir maddedir. Özellikle sınırışı edilecek yabancıların idari gözetim altına alınması halinde, idari gözetimin yasayla düzenlenmemiş olması, idari gözetim süresinin uzun olması, idari gözetim kararına karşı başvurulabilecek yasal yolların olmaması halinde AİHS'in 5. maddesinin ihlal edildiği gerekçeyle AİHM'de davalar açılabilir.

AİHM içtihatlarında ve doktrinde, sınırışı kararı verilirken AİHS'nin 8. maddesinde yer alan ilgilinin özel ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğünün de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü sınırışı edilme, ilgilinin aile bağlarını zedeleyebilir¹³. Bu maddeye göre, her şahıs özel ve ailevi hayatına, meskenine ve haberleşmesine hürmet edilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak millî güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilir. AİHS'in 8. maddesinin uygulanabilmesi için üç şartın bir araya gelmesi gerekir. Bu şartlar şunlardır: Sınırışı edilecek kişinin aile yaşantısının olması; sınırışı işleminin aile yaşantısını bozması ve sınırışı işleminin zaruri olması gerekir¹⁴. Aile yaşantısının mutlaka karı koca ilişkisi şeklinde olması gerekmez. Anne, baba ve çocuklar ve hatta uzak akrabalar bile somut olayda aile olarak kabul edilebilir¹⁵. Sınırışı işleminin aile yaşantısını bozması şartı, aile üyelerinin de sınırışı edilen kişi ile birlikte başka bir ülkeye giderek ortak aile yaşantılarına devam edeceği hallerde gerçekleşmiş sayılmaz¹⁶.

Asylum and Human Rights, Oxford 2003, s. 81-84.

¹³ Ayrıntılı bilgi ve konuyla ilgili AİHM kararları için bkz. DIJK, 24 vd.; Colin HARVEY, Promoting Insecurity: Public Order, Expulsion and the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Editors Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 45 vd..

¹⁴ PELLONPÄÄ, 125 vd..

¹⁵ PELLONPÄÄ, 125-126.

¹⁶ PELLONPÄÄ, 126-127.

Sınırdışı işlemlerinde dikkate alınması gereken diğer bir madde 13. maddedir. AİHS'nin 13. maddesinde, etkin başvuru hakkı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde çerçevesinde hakkında sınırdışı kararı verilen kişiye, AİHS kapsamındaki haklarıyla ilgili olarak, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurma olanağının tanınması ve başvurunun uygun biçimde incelenip değerlendirilmesinin sağlanması gerekir¹⁷.

İltica ve sığınma talepleri reddedildiğinden sınırdışı edilmelerine karar verilen yabancılar, AİHS'in 2, 3, 5, 8, 13 ve 14. maddelerine istinaden AİHM'de Türkiye aleyhine davalar açmışlardır¹⁸. AİHM ve Komisyon¹⁹, 2009 yılına kadar iltica veya sığınma talepleri reddedilip sınırdışı edilmelerine karar verilen yabancılar tarafından açılan ilk onbeş davadan [*A. ve K. v. Türkiye*²⁰; *F. ve Di-*

¹⁷ AYBAY, 236.

¹⁸ Kararların Türkçe tercümesi için bkz. Nuray EKŞİ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Davası*, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme, İstanbul 2010; Nuray EKŞİ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Z.N.S. v. Türkiye Davası* (Başvuru no: 21896/08) Karar Strazburg 19 Ocak 2010 Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni, İstanbul 2010; Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Charahili v. Türkiye, Kesmiri v. Türkiye, Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye, Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye Davalarında* 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010; Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, *M.B. v. Türkiye, D.B. v. Türkiye, Dbouba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye Davalarında* 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010; Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Davasında* (no. 2 Başvuru no. 50213/08) Verdiği 27 Temmuz 2010 Tarihli Kararın Türkçe Tercümesi, (2009)1-2 MHB, s. 237-248; Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Cox v. Türkiye Davasında* (Başvuru No. 2933/03) Verdiği 20 Mayıs 2010 Tarihli Kararın Türkçe Tercümesi, IX(2010)2 İKÜHFD, s. 71-80; Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Moghaddas v. Türkiye Davasında* (Başvuru No. 46134/08) Verdiği Kararın Türkçe Tercümesi, LXVI(2008)2 İHFD, s. 401-414; Nuray EKŞİ, AİHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AİHS'in 5. Maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi, 32(2012)1 MHB, s. 155-166; Nuray EKŞİ, AİHM'in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye Davasında* Sınırdışı ve İdarî Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3. ve 5. Maddelerini İhlal Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi, 13(2013)131 LHD, s. 93-107; Nuray EKŞİ, Engelli Filistinlinin Sınırdışı ve İdari Gözetim Altında Tutulması İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3, 5, 8 ve 13. Maddelerini İhlal Ettiğine İlişkin Olarak *Asalya v. Türkiye Davasında* Verilen 15 Nisan 2014 Tarihli AİHM Kararının Tercümesi, 12(2014)137 LHD, s. 157-187.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1998 yılında yürürlüğe giren AİHS'e ek 11 Nolu Protokol ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁰ European Commission of Human Rights *A. and K. v. Turkey* (Application No. 14401/88) Strasbourg 12 January 1991.

*ğerleri v. Türkiye*²¹; *A.G. ve Diğerleri v. Türkiye*²²; *Jabari v. Türkiye*²³; *G.H.H. ve Diğerleri v. Türkiye*²⁴; *Mohammed Khadjawi v. Türkiye*²⁵; *M.T. ve Diğerleri v. Türkiye*²⁶; *A.E. ve Diğerleri v. Türkiye*²⁷; *Affaire Müslim v. Türkiye*²⁸; *Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye*²⁹; *D. ve Diğerleri v. Türkiye*³⁰; *Roza Taleghani ve Diğerleri v. Türkiye*³¹; *Fraydun Ahmet Kordian v. Türkiye*³²; *N.M. v. Türki-*

²¹ European Commission of Human Rights *F.et al. v. Turkey* (Application No. 13624/88) Strasbourg 11 July 1991.

²² European Court of Human Rights First Section *A.G. and Others v. Turkey* (Application No. 40229/98) Strasbourg 15 June 1999.

²³ 1994 Yönetmeliği, yürürlüğe girdiği zaman yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelenlerin yetkili makamlara iltica başvuru yapmaları için beş günlük süre öngörmüştü. Ancak bu süre oldukça kısa olduğundan uygulamada sıkıntılara yol açıyordu. Bu sebeple 1998 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklik ile bu süre on güne çıkarılmıştır. Yasa dışı yollardan Türkiye'ye girip de on günlük süre içinde bildirimde bulunarak mülteci veya sığınmacı statüsü talep etmeyen yabancıların sınırdışı edilmelerine karar vermekteydi. İltica ve sığınma başvurusunun 10 gün içinde yapılmasına ilişkin Yönetmelik hükmünün uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar sebebiyle 27.1.2006 tarihinde 1994 Yönetmeliğinde tekrar bir değişiklik yapılmıştır (RG 27.1.2006/26062) ve başvuru açısından öngörülen süre sınırlaması kaldırılmıştır. 1994 Yönetmeliğinin 27.1.2006 tarihinde yeniden düzenlenen 4. maddesine göre Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye'ye yasal yollardan gelenler buldukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat ederler. Makul olan en kısa süre içerisinde müracaat etmeyenler gecikme nedenlerini açıklamak ve bu konuda yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorundadır. 1994 Yönetmeliği, hazırlık çalışmaları devam eden YUKK'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile yürürlükten kaldırılacaktır.

²⁴ European Court of Human Rights, First Section, Case of *G.H.H. and Others v. Turkey* (Application No. 43258/98, Judgment Strasbourg 11 July 2000, Final 11.10.2000.

²⁵ European Court of Human Rights Fourth Section *Mohammed Khadjawi v. Turkey* (Application No. 52239/99) Strasbourg 6 January 2000.

²⁶ European Court of Human Rights Third Section *M.T. and Others v. Turkey* (Application No. 46765/99) Strasbourg 30 May 2002.

²⁷ European Court of Human Rights Third Section *A.E. and Others v. Turkey* (Application No. 45279/99) Strasbourg 30 May 2002.

²⁸ Cour Européenne des Droits De L'Homme, Quatrième Section, *Affaire Müslim c. Turquie* (Requête No 53566/99), Arrêt Strasbourg 26 Avril 2005 Définitif 26.7.2005.

²⁹ European Court of Human Rights Grand Chamber Case of *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (Applications Nos. 46827/99 and 46951/99) Strasbourg 4 February 2005.

³⁰ European Court of Justice Case of *D. and Others v. Turkey* (Application No. 24245/03) Strasbourg 22 June 2006.

³¹ European Court of Human Rights Second Section *Roza Taleghani and Others v. Turkey* (Application No. 34202/07) Strasbourg 6 November 2007.

³² European Court of Human Rights Second Section *Fraydun Ahmet Kordian v. Turkey* (Application No. 6575/06) Strasbourg 4 July 2006.

ye³³], sadece *Jabari v. Türkiye* davasında, Türkiye'nin, AİHS'in 13. maddesi ile güvence altına alınan etkin başvuru hakkını ihlal ettiği sonucuna varmış; Türkiye'nin, AİHS'in yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesini; işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddesini; özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesini; etkin başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesini; ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir³⁴. Bu davalarda, Türkiye'nin AİHS hükümlerini ihlal etmediği sonucuna varılmasında, başvuranların, Türkiye'den fiilen sınırdışı edilmemiş olması ve başvuranların, BMMYK tarafından güvenli üçüncü ülkelere yerleştirme işlemleri süresince Türk makamlarından geçici oturma izni almış olmaları etkili rol oynamıştır. Ancak daha sonra iltica ve sığınma talebi reddedilerek Türkiye'den sınırdışı edilmesine karar verilen yabancılar tarafından açılan davalarda AİHM, sınırdışı kararıyla Türkiye'nin AİHS'in 3, 5, 8 ve 13. maddelerini ihlal ettiğine karar vermiştir³⁵.

İltica veya sığınma talebi reddedilen ve sınırdışı edilmelerine karar verilen yabancılar tarafından yapılan başvurularda, özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına alan 5. maddenin Türkiye tarafından ihlal edildiğine ilişkin ilk AİHM kararı, 22.9.2009 tarihinde *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*³⁶ davasında verilmiştir. *AİHM, Jabari* kararından sonra *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye* davasında da, AİHS'in etkin başvuru hakkını düzenleyen 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye* davasında, başvuranların, İran veya Irak'a fiilen sınırdışı edilmeleri halinde, Türkiye'nin, AİHS'in 3. maddesini ihlal edeceğine; ancak fiilen yapı-

³³ European Court of Human Rights Second Section *N.M. v. Turkey* (Application no. 42175/05) Strasbourg 18 March 2008.

³⁴ Davaların özetleri için bkz. Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin '*Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*' Davasında Verdiği 22 Eylül 2009 Tarihli Kararını Değerlendirilmesi, İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, Editörler: Özlen Çelebi/Saime Özçürümez/Şirin Türkay, BMMYK Yayını, Ankara 2011, s. 104-107.

³⁵ Sığınma ve iltica talepleri reddedilen ve Türkiye'den sınırdışı edilmesine karar verilen yabancılar tarafından AİHM'de açılan davalar ve bu davalarda dayanılan AİHS hükümlerinin listesi için bkz. EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 141. İlk yirmi dokuz davada verilen kararların özetleri için bkz. EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), 40-70.

³⁶ European Court of Human Rights Second Section, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (Application no. 30471/08) Judgment Strasbourg 22 September 2009 Final 01.03.2010.

lan bir sınırdışı işlemi olmadığından 3. madde anlamında bir ihlalden söz edilemeyeceğine; AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine; AİHS'in 5. maddesinin 1, 2 ve 4. paragraflarının ihlal edildiğine; başvuruların her birine 20.000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. *Abdolkhani* ve *Karimnia* davasının önemli bir özelliği de iç hukuk yolları tüketilmeden davanın AİHM tarafından görülmesidir. YUKK'dan önce, iltica ve sığınma talepleri reddedilen ve sınırdışı edilmelerine karar verilen yabancılar, mevzuatımızda açık yasal hükümler olmamasına rağmen idari gözetim altına alınıyordu. *Abdolkhani* ve *Karimnia* kararından sonra verilen muhtelif AİHM kararlarında, idari gözetime ilişkin açık yasal hükümler olmamasına rağmen idari gözetim uygulamasıyla Türkiye'nin AİHS'in 5. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararlar üzerinde daha sonra durulacaktır.

IV. AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Etkisi

Daha önce ifade edildiği üzere, iltica talebi reddedilen ve Türkiye'den sınırdışı edilmelerine karar verilen yabancılar tarafından AİHS'in 2, 3, 5, 8, 13 ve 14. maddelerine istinaden Türkiye'ye karşı AİHM'de davalar açılmıştır. Bu davalarda verilen AİHM kararlarının YUKK'a etkisini altı başlık altında toplayabiliriz:

A. Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu Coğrafi Kısıtlamayla Uygulamasının AİHS'in 14. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu Coğrafi Kısıtlamayla Uygulaması Nedeniyle Avrupa'dan Gelenlere “Mülteci” ve Avrupa Dışından Gelenlere “Şartlı Mülteci” Muamelesi Yapması

Türkiye'nin de taraf olduğu³⁷ Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951

³⁷ Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi: 29.8.1961, RG 5.10.1961/10898.

Madde 1- Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme ilişkin deklarasyonla birlikte onaylanmıştır.

Madde 2- Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin 42 nci maddesinin bahsettiği imkâna uygun olarak, onaylama anında aşağıdaki itirazı kayıt kabul edilmiştir.

Cenevre Konvansiyonu'nun I. maddesinin 2. paragrafında mültecinin tanımı yapılmıştır. 1951 Cenevre Konvansiyonu'na göre, Konvansiyon hükümleri, 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve (1) ırkı, (2) dinî, (3) tabiiyeti, (4) belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya (5) 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 şahsa uygulanacaktır. Bir yabancıya mülteci statüsünün verilmesi için beş kriterden birinin gerçekleşmesi, zulme uğrayacağından korkması, zulüm korkusunun haklı olması ve ülkesi dışında bulunması gerekir³⁸.

1967 yılına kadar olan süreçte 1951 Cenevre Konvansiyonu, “zaman sınırlaması” ile uygulanmıştır. Çünkü başlangıçta mülteci tanımında, “1 Ocak 1951 tarihinden önce cereyan eden olaylar” ifadesi yer alıyordu. 1 Ocak 1951 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar sebebiyle mülteci statüsü talep edilmesi mümkün değildi. Türkiye tarafından 1968 yılında onaylanan³⁹ ve New York'ta

“Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz”.

Madde 3- Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 4- Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Deklarasyon

A) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, mezkûr Sözleşmenin 1 inci maddesinin (a) fıkrasında mevzubahis 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Anlaşmalarına taraf değildir. Ayrıca, 30 Haziran 1928 Anlaşmanın şümulüne girmekle, mezkûr Anlaşmanın memleketimiz bakımından derpiş ettiği husus ortadan kalkmıştır. Bu durum muvacehesinde, Cumhuriyet Hükümeti 28 Temmuz 1951 tarihli Sözleşmeyi yukarıdaki Antlaşmalardan müstakil olarak kabul etmektedir.

B) İşbu Sözleşmenin tahmil ettiği vecibeler bakımından Cumhuriyet Hükümeti, 1 inci maddenin (b) fıkrasındaki “1 Ocak 1951 den evvel cereyan eden hadiseler” ibaresini, “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da cereyan eden hadiseler” şeklinde anlamaktadır.

C) Keza Sözleşmenin 1 inci maddesinin mülteci vasfının kaydına mütedair (C) fıkrasındaki “vatandaşı bulunduğu memleketin himayesinden kendi isteği ile tekrar istifade ederse veya vatandaşlığını kaybettikten sonra kendi arzusu ile tekrar iktisap ederse” ibarelerini Türkiye Cumhuriyet Hükümeti bu istifade ve iktisap keyfiyetinin sadece alâkadarın talebine değil aynı zamanda bahis konusu devletin muvafakatine bağlı bulunduğu şeklinde anlamaktadır.

³⁸ EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 6-7.

³⁹ RG 5.8.1968/12968.

imzalanan, 1951 Cenevre Konvansiyonu'na ek 1967 Protokolü ile “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar” ve “söz konusu olaylar sonucunda” ifadeleri Konvansiyonun metninden çıkarılmıştır. “New York Protokolü” olarak da adlandırılan 1967 Protokolü ile tarih sınırlaması olmaksızın 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun hükümleri, I. maddenin 2. paragrafının kapsamına giren bütün kişilere uygulanacaktır. O halde Protokol'ün yürürlüğe girdiği andan itibaren 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda yer alan 1 Ocak 1951'den önce cereyan eden olaylar ifadesi, Konvansiyon metninden çıkarılmıştır. 1951 Cenevre Konvansiyonu'na taraf olan devletler, 1967 New York Protokolü'ne de taraf olmuştur⁴⁰. Dolayısıyla hem 1951 Cenevre Konvansiyonu'na hem de 1967 New York Protokolü'ne taraf olan devletler, Konvansiyon hükümlerini uygularken kişiyi, mülteci statüsüne sokan olay açısından zaman sınırlaması getiremezler. 1967 New York Protokolü'nün âkit devletler için bağlayıcılık kazandığı andan itibaren artık tarih kısıtlaması uygulanamaz hale gelmiştir⁴¹.

1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 42. maddesinde, taraf devletlerin, imza, onay veya katılma sırasında 1, 3, 4, 16(1), 33, 36-46. maddeleri hariç diğer maddelerine çekince koyabilecekleri ifade edilmiştir. Bu maddeye uygun olarak Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanını coğrafi açıdan sınırlamıştır. “Coğrafi alan”/“mekân” kısıtlamasına göre, Türkiye, sadece Avrupa ülkelerinden gelenlere mülteci statüsünü tanıyacaktır. Avrupa Birliği başta olmak üzere diğer batılı ülkeler, Türkiye'nin, 1951 Cenevre Konvansiyonu'na koyduğu coğrafi sınırlamayı kaldırmasını ve Avrupa dışından gelen kişilerin de mülteci olarak muamele görmesini istemektedirler⁴².

YUKK'da Avrupa ülkelerinden gelip uluslararası koruma talep edenler “mülteci” (YUKK md. 61); Avrupa ülkeleri dışından Türkiye'ye gelip uluslararası koruma talep edenler ise “şartlı mülteci” olarak adlandırılmıştır (YUKK md. 62). “Avrupa ülkeleri” kavramının anlamı, YUKK'un 3(1). maddesinin (b) bendinde açıklanmıştır. Bu bende göre, Avrupa ülkeleri, Avrupa Konse-

⁴⁰ 1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 New York Protokolüne taraf devletler için bkz. Nuray EKŞİ, Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul 2010, s. 22-30.

⁴¹ EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 7-8.

⁴² EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 8.

yi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulunca belirlenecek diğer ülkeleri ifade eder. “Mülteci” “şartlı mülteci” ayrımı YUKK ile başlamış olmakla beraber aslında isim farklılığı ile bu ayrım YUKK'dan önce de mevcuttu. YUKK'dan önce Türkiye'nin koyduğu coğrafi kısıtlama sebebiyle “mülteci” “sığınmacı” ayrımı yapılıyordu. Bu ayrımın dayanağını Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talepeden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴³ oluşturuyordu. Bu Yönetmelik 1994 yılında yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik, adının uzun olması sebebiyle kısaca “İltica ve Göç Yönetmeliği” veya “1994 Yönetmeliği” olarak da anılmaktadır⁴⁴. 1994 Yönetmeliği, hazırlıkları halen devam eden YUKK'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile birlikte yürürlükten kalkacaktır. 1994 Yönetmeliği'nde, sığınmacı, ırkı, dinî, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyuğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı olarak tanımlanmıştır (1994 Yönetmeliği md. 3). “Sığınmacı”, yeni ifadesiyle “şartlı mülteci” ile “mülteci” tanımları genel olarak örtüşmekle beraber bu iki statü arasında bazı farklar bulunmaktadır. “Mülteci” ile “şartlı mülteci” arasındaki farklar şunlardır: (1) Mülteci, Avrupa ülkelerinden gelmesine rağmen şartlı mülteci Avrupa dışından gelmektedir. (2) Mülteci statüsü alan yabancılar, bu statüleri sona erinceye ya da gönüllü olarak Türkiye'yi terk edinceye kadar Türkiye'de kalabilirler. Buna karşın şartlı mülteci statüsünde olan yabancılar Türkiye'de geçici olarak ikamet edebilirler. Güvenli üçüncü ülke (safe third country) bulduklarında Türkiye'yi terk etmek zorundadırlar.

YUKK'dan önce, aslında Avrupa dışından gelen yabancılar da iltica başvurusunda bulunmaktaydılar, ancak Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyono-

⁴³ RG 30.11.1994/22127.

⁴⁴ EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 10.

nu'na koyduğu coğrafi kısıtlama sebebiyle, Avrupa dışından gelenlere mülteci denilmemekte ve sığınmacı kavramı kullanılmaktaydı. YUKK'da "mülteci" "sığınmacı" ayrımı aynen korunmuştur. YUKK'da coğrafi kısıtlama açısından tek değişiklik, YUKK'un 62. maddesinde, Avrupa dışından gelenler için "sığınmacı" kavramı yerine "şartlı mülteci" kavramının kullanılmasıdır.

2. AİHM Kararlarında Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu Coğrafi Kısıtlamayla Uygulamasının AİHS'in 14. Maddesinin İhlali Sayılmaması

b. A.G. ve Diğerleri v. Türkiye Davası

AİHM, 1999 yılında *A.G. ve Diğerleri v. Türkiye*⁴⁵ davasında verdiği kararda, Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu coğrafi kısıtlama ile uygulamasını, AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı bulmamıştır. Karara konu olan olayda, İran vatandaşı *A.G.*, eşi ve üç çocuğu ile birlikte Kastamonu'da yaşamaktaydı. *A.G.*'nin iddiasına göre, Marksist Leninist bir organizasyon olan İran Halkının Fedai Gerillaları Örgütü (Iranian People Fedae Guerrillas–IPFG) için çalışmaktaydı. 1978-1979 yıllarında Şah'a karşı ayaklanmışlardı. İran İslam Rejiminin, IPFG'yi yasaklaması ve bazı üyelerini idam etmesi sebebiyle İran İslam Rejimine de karşıydılar. Rejim muhaliflerine karşı başlatılan operasyondan kaçarken *A.G.*, İran güvenlik kuvvetleri tarafından bacağından vurulmuştu. Onsekiz ay süreyle mahkemeye çıkarılmadan Tebriz'de bir hapisanede tutulmuştu. *A.G.*, hapiste kaldığı sürece sistematik bir şekilde işkence gördüğünü ve kısa sürede tamamlanan yargılama sonucunda yirmisekiz ay hapse mahkûm olduğunu; hapisten çıktıktan sonra IPFG için çalışan bir kadınla evlendiğini ve bu evlilikten üç çocuklarının olduğunu; tutuklanma tehlikesi sebebiyle devamlı adres değiştirdiklerini; yetkili makamların gerçek kimliğini ve yaşadığı yeri tespit edip kendisini tekrar tutuklayıp işkence edeceklerinden korktuğu için İran'dan kaçmak zorunda kaldığını; ilk önce eşi ve çocuklarının Türkiye'ye geldiğini; BMMYK'ya iltica başvurusu yaptıklarını ve BMMYK tarafından yapılan mülakat sonucunda

⁴⁵ European Court of Human Rights First Section *A.G. and Others v. Turkey* (Application No. 40229/98) Strasbourg 15 June 1999.

başvurularının reddedildiğini; bunun üzerine Türk makamları tarafından eşi ve çocuklarının sınırdışı edilmelerine karar verildiğini; karara itiraz etmeleri üzerine üç aylık oturma izninin verildiğini; 1996 yılında kendisinin de yasa dışı yollardan Türkiye’ye girdiğini; BMMYK’ya iltica başvurusunda bulunduğunu; Türk makamlarının kendisi ile tercüman kullanmaksızın mülakat yaptığını ve mülakat neticesinde kendisine geçici oturma izni verilerek Van’a gönderildiğini belirtmiştir. Kendisinin, eşinin ve çocuklarının BMMYK’ya yaptığı başvurular reddedilmiştir. Uluslararası Af Örgütü devreye girerek BMMYK’dan, *A.G.*’nin başvurusunun yeniden değerlendirilmesini istemiş; yeniden değerlendirme yapılmış ancak sonuç değişmemiştir. *A.G.* ve ailesi, Türk makamları tarafından ülkeyi terke davet edilmiş; bu karara yaptıkları itirazın reddi üzerine Ankara İdare Mahkemesi’nde dava açmışlardır. Ankara İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir.

A.G., yasadışı bir örgütün üyesi olması sebebiyle sınırdışı edilerek İran’a gönderilirse tehlike altında olacağını; işkence göreceğini ve ailesinin parçalanacağını öne sürmüştür. Bu sebeple, sınırdışı kararının AİHS’in 2, 3 ve 8. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Sınırdışı kararının iptali için açtıkları davada kendilerine adli yardım verilmemesi ve tercüman bulundurulmaması; kendilerine temyiz yolu ve adli yardımdan söz edilmemesi sebebiyle Türkiye’nin AİHS’in 6. maddesi ile 13. maddesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, *A.G.*, Türkiye’nin, Avrupa’dan gelen mülteciler ile diğer ülkelerden gelen mülteciler arasında ayırım yaparak Avrupa dışından gelenlere sığınmacı muamelesi yapması ve bunların geçici oturma izni ile kısa süreli Türkiye’de kalmalarına müsaade edip gidecekleri güvenli üçüncü ülke bulamayanları sınırdışı etmesi, soy ve ırk ayrımcılığına yol açtığı için Türkiye tarafından AİHS’in 14. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AİHM, *A.G.* ve ailesinin, İran’a gönderilirlerse hayatlarının ve fiziksel varlıklarının tehlike altında olduğunu; İranlı makamlar tarafından arandıklarını kanıtlayamadıkları için Türkiye’nin 3. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır. AİHM, *A.G.*’nin Türk makamları dışında BMMYK ve diğer sivil toplum örgütleri ile bağlantı kurmuş olması sebebiyle, adli yardım olanaklarından ve Ankara İdare Mahkemesi kararına karşı Danıştay’a temyiz yoluna başvuru-

labileceğinden haberdar olmadığı iddialarını da ciddi bulmamıştır. AİHM, sınırışı etmenin 6. maddenin kapsamına girdiği kabul edilse bile somut olayda Türkiye'nin, 6. madde veya 13. madde anlamında bir ihlalinin olmadığını belirtmiştir. AİHM, İran'a sınırışı edilme durumunda ailenin parçalanacağı ve bunun da Türkiye'nin AİHS'in 8. maddesini ihlal etmesi sonucunu doğuracağı iddiasını da gerçekçi bulmamıştır.

AİHM, *A.G. ve diğerleri v. Türkiye* davasında, Türkiye'nin, Avrupa'dan gelenlere mülteci; Avrupa dışından gelenlere ise BMMYK tarafından güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar sığınmacı statüsünü tanıyarak geçici oturma izni vermesi yönündeki uygulamasını, insan haklarına aykırı görmemiştir. Bu ayrımın, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacı politikasının bir sonucu olduğunu; Türkiye'nin amacının yabancılar arasında AİHS'in 14. maddesinin yasakladığı anlamda ırka ve soya göre ayırım yapmak olmadığını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, Türkiye'nin "mülteci" "sığınmacı" ayrımı yapması ve bu ayrıma esas olarak coğrafi kriteri kullanmasını, AİHS'in 14. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecek bir husus olarak görmemiştir. Üstelik AİHM, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacılar arasında coğrafi açıdan ayırım yapma yetkisinin 1951 Cenevre Konvansiyonu ile 1967 Protokolüne dayandığının altını çizmiştir.

b. *M.T. ve Diğerleri v. Türkiye Davası*⁴⁶

M.T. ve Diğerleri v. Türkiye davasında, Kürt kökenli Suni Müslüman İran vatandaşı *M.T.*, karısı ve iki çocuğu, AİHM sürecinde, hükümetdışı bir kuruluş olan ve Amerika'da mukim İran Mülteci İttifakı (Iranian Refugees' Alliance Inc.) tarafından temsil edilmiştir. Lise yıllarından itibaren aktif olarak politikayla ilgilenen *M.T.*, İran Kürdistan Demokratik Partisi (Kurdish Democratic Party of Iran–KDPI) üyesiydi. *M.T.*'nin iddiasına göre, 1987 yılında KDPI üyesi olduğu şüphesi ile gözaltına alınmış ve iki ay süreyle işkenceye maruz kalmıştır. Bir trafik kazasında kendisi yaralanmış ve diğer arabada bulunan üç kişi de ölmüştür. Mahkeme, ödeyemeyeceği miktarda kan parasına (blood

⁴⁶ European Court of Human Rights Third Section *M.T. and Others v. Turkey* (Application No. 46765/99) Strasbourg 30 May 2002.

money) hükmetmiştir. Trafik kazasını KDPI'nın emriyle yaptığı gerekçesiyle 1995 yılında tutuklanmış, 1996 yılında serbest bırakılmıştır. *M.T.*, 1997 yılında Türkiye'ye gelmiş ve BMMYK'dan mülteci statüsü talep etmiştir. BMMYK, başvurusunu reddetmiştir. Türk makamları, *M.T.*'ye geçici ikamet izni vermiş ve bu izni 1998 yılına kadar uzatmıştır. Daha sonra Türk makamları, *M.T.*'nin sınırdışı edilmesine karar vermiştir.

M.T., 1999 yılında AİHM'de kayda alınan başvurusunda, sınırdışı kararıyla Türkiye'nin, AİHS'in 2, 3, 8, 13 ve 14. maddelerini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Türk Hükümeti, AİHM süreci sonlanıncaya kadar başvuranları sınırdışı etmeyeceğini AİHM'e bildirmiştir. Başvuranların temsilcisi, başvuranların iltica talebinin BMMYK tarafından yeniden değerlendirdiğini ve onların Finlandiya'ya yerleştirildiğini AİHM'e bildirmiştir. AİHM, başvuranların Finlandiya'da yaşamaya başlaması sebebiyle İran'a sınırdışı edilme korkusu altında olmadıklarını belirterek başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Dolayısıyla başvuranların, Türkiye'nin, Avrupa dışından gelenlere sığınmacı, Avrupa'dan gelenlere mülteci muamelesi yapmasının AİHS'in 14. maddesi anlamında ayrımcılığa yol açtığı iddiasını da değerlendirmemiştir.

c. *D. ve Diğerleri v. Türkiye Davası*⁴⁷

D. ve Diğerleri v. Türkiye kararına konu olan olayda, üç İran vatandaşı, biri 1969 yılında doğan Kürt kökenli *A.D.*, karısı Azeri kökenli 1976 doğumlu *P.S.* ve 1997 yılında doğan çocukları Kastamonu'da yaşamaktaydılar. *P.S.*'nin babası ve erkek kardeşi, İran gizli servisi için çalışıyordu ve *P.S.*'nin, *A.D.* ile evlenmesine din ayrılığı sebebiyle şiddetle karşı çıkıyorlardı. Düğünden iki gün sonra çift tutuklanmıştı. Dini otoritelerin ricası üzerine *P.S.* kızlık kontrolüne tabi tutulmuş ve serbest bırakılmıştır. 1996 yılında mahkeme kararıyla evlilik hükümsüz kılınmış ve eşlerden her biri 300,000 Rial para cezası ödemeye mahkûm edilmiştir. Hakim, *P.S.* ile *A.D.*'nin, Şii kurallarına göre yeniden evlenmelerine izin verilmesini babasından istemiş ve babanın izni ile yeniden evlenmişlerdir. Ancak 100 kırbaç cezasına çarptırılmışlardır. *A.D.*'nin kırbaç

⁴⁷ European Court of Justice Case of *D. and Others v. Turkey* (Application No. 24245/03) Strasbourg 22 June 2006.

cezası infaz edilmiştir, ancak *P.S.* hamile olduğundan onun cezası ertelenmiştir. *P.S.*'nin kırbaç cezası, fiziksel ve ruhsal rahatsızlığından dolayı ikinci defa ertelendikten sonra *P.S.* ve *A.D.* Türkiye'ye kaçmıştır ve Türkiye'deki BMMYK'dan geçici sığınma statüsü almış, fakat BMMYK, daimi mülteci statüsü vermeyi reddetmiştir. 2002 yılında Türk yetkili makamlarınca, ikamet izinleri yenilenmemiş ve İran'a veya güvenli üçüncü bir ülkeye gitmeleri, aksi halde sınır dışı edilecekleri bildirilmiştir. *P.S.* ve *A.D.*, bu karara karşı yargı yoluna başvurmuştur.

P.S. ve *A.D.*, sınır dışı etme kararıyla Türkiye'nin AİHS'in 3, 13 ve 14. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM sürecinde *P.S.* ve *A.D.*'ye Türkiye'de oturma izni verilmiş ve sınır dışı etme kararı fiilen uygulanmamıştır. AİHM, sınır dışı etme kararının Türkiye tarafından fiilen uygulanmaması sebebiyle AİHS'in 3. maddesinin ihlal edilmediğine; başvurunun AİHS'in 13 ve 14. maddeleri kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

3. Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu Coğrafi Kısıtlamayla Uygulamasının AİHS'in 14. Maddesine Aykırı Olmadığına İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi

AİHM, *A.G. ve diğerleri v Türkiye* kararında, Türkiye'nin milletlerarası hukuktan kaynaklanan hakkını kullanarak "mülteci" "sığınmacı" ayrımı yapabileceği; bu ayrımın AİHS'in 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal etmediği ifade edilmiştir. Nitekim YUKK'da da, sığınma talep eden yabancıların Avrupa'dan gelip gelmemesine göre bir ayırım yapılmış ve Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle Türkiye'ye gelen yabancılara "mülteci" (YUKK md. 61); Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle gelen yabancılara "şartlı mülteci" (YUKK md. 62) denilmiştir. Daha önce ifade edildiği üzere, 1994 Yönetmeliği'nden beri Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'den sığınma talep edenler için kullanılan "sığınmacı" kavramının yerini, YUKK'da "şartlı mülteci" kavramı almıştır.

YUKK'un 61. maddesinde mülteci, 1951 Cenevre Konvansiyonu'na para-

lel bir şekilde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dinî, 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. Şartlı mülteci statüsü ise, YUKK'un 62. maddesinde düzenlenmiştir. YUKK'un 62. maddesine göre, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dinî, 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 şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir.

B. İltica Talebi Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların Sınırdışı İşlemleri Sonuçlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altına Alınmalarının AİHS'in 5. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak İdari Gözetim

YUKK'dan önce, Türkiye'den sınırdışı edilmesine karar verilen yabancılar, sınırdışı işlemleri süresince, mülteci misafirhanelerinde veya polis ya da jandarma karakollarında tutulmaktaydılar. Ayrıca ellerinde kimlik belgesi olmayan ve sığınma başvurusunda bulunan yabancılar da başvuruları karara bağlanıncaya kadar idari gözetim altına alınabilmekteydi. Bu uygulamanın dayanağını 1950 yılında yürürlüğe giren 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seya-

hatleri Hakkında Kanun'un (YİSHK)⁴⁸ 17. ve 23. maddeleri oluşturmaktaydı. YİSHK'nın 17. maddesinde, siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancıların İçişleri Bakanlığı'nca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilecekleri belirtilmişti. YİSHK'nın 23. maddesinde ise, *"memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemeyenler İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği yerde oturmağa mecburdurlar"* hükmü yer alıyordu. Mülteci misafirhanelerinde veya polis ya da jandarma karakollarında tutulmakta olan yabancılar, kural olarak bu yerlerin dışına serbestçe çıkamamaktaydılar. Ancak istisnai hallerde izinle, idari gözetim altında tutuldukları bu yerlerden çıkabilmekteydiler.

Sınırdışı edilecek yabancılar uygulanan idari gözetim, TCK anlamında tutuklama sayılmadığından idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimliklerine⁴⁹ başvurulamamaktaydı. İdare hukukunda, idari gözetim adıyla bir müessese bulunmadığından, idari gözetim kararına karşı idare mahkemelerine yapılan başvurular genellikle reddedilmekteydi. Aslında idari gözetim de bir idari işlem olduğundan, bu işlemin iptali için idari yargıda dava açılabilir ve idare mahkemeleri bu davalara bakabilirdi. Nitekim Ankara İdare Mahkemesi, idari gözetim kararının iptali için açılan davayı kabul etmiş ve idari gözetim kararını iptal etmiştir. Karara konu olan olayda, İran vatandaşı olan, BMMYK tarafından mülteci statüsü verilen ve aynı anda Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde tutulan A.A.'nın temsilcisi, 6.8.2008 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi'nde bir dava açmıştı. Müvekkilinin, İçişleri Bakanlığı tarafından idari gözetim altında tutulmasına ilişkin kararın iptal edilmesini ve yürütmenin durdurulmasını talep etmişti. 17.9.2008 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi, İçişleri Bakanlığı'nın kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermişti ve A.A.'nın serbest bırakılması gerektiğine hükmetmişti. 17.10.2008 tarihinde A.A. serbest bırakılmıştı⁵⁰.

⁴⁸ 15.7.1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 6458 sayılı YUKK'un 124(1). maddesiyle, 11.4.2014 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁹ 6545 sayılı Kanun ile sulh mahkemelerinin yerini "sulh ceza hâkimlikleri" almıştır. Kanunun metni için bkz. Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6545, Kabul Tarihi: 18.6.2014, RG 28.6.2014/29044.

⁵⁰ EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 123-124.

AİHM'de açılan davalarda, idari gözetim uygulamasıyla Türkiye'nin, AİHS'in 5. maddesini ihlal ettiği öne sürülmüştür. Söz konusu davalarda Türk Hükümeti'nin yaptığı savunmaya göre, mülteci misafirhaneleri hapisane ve burada tutulan yabancılar da tutuklu değildi. Yabancıların söz konusu yerlerde tutulmasının sebebi işlemleri tamamlanıncaya karar kaçmalarını engellemek ve takiplerinin yapılmasını kolaylaştırmaktı. Her ne kadar mülteci misafirhanelerini düzenleyen Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği⁵¹ hükümlerine bakıldığında buralarda kalanların gerçekte idari gözetim altında tutulmasının amaçlanmadığı anlaşılıyorsa da aslında bu yerlere, bazı istisnai durumlar hariç, serbestçe girip çıkma söz konusu değildi. YUKK'dan önce mevzuatımızda hüküm olmamakla beraber mülteci misafirhaneleri idari gözetim yeri olarak işlev görmektedir. Yabancılar, aylarca hatta bazen birkaç yıl burada kalmaktaydılar. Misafirhaneler, hapisane ve buralarda kalanlar tutuklu sayılmadıkları için CMK hükümlerine göre avukat tutulması ve mahkemeye çıkarılmaları da söz konusu olmamaktaydı. Ayrıca mülteci ve sığınmacıların genellikle kimlik belgeleri olmadığı için avukat tutmalarına izin verilse bile noterler vekâlet düzenlememekteydi.

2. AİHM Kararlarında Türkiye'nin İdari Gözetim Uygulamasının AİHS'in 5. Maddesinin İhlali Sayılması

Sığınma ve iltica talepleri reddedilen yabancılar tarafından AİHM'de Türkiye'ye karşı açılan davalarda Türk Hükümeti, YİSHK'nın 23. maddesi⁵² uyarınca uygulanan idari gözetimin ceza hukuku anlamında bir tutuklama olmadığını; sadece önlem niteliği taşıdığını; kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran tutuklamanın, ancak mahkeme kararıyla olabileceğini belirtmiştir. AİHM ise, kişinin, herhangi bir kapalı alana konulmasının onun özgürlüğünden yoksun kalmasına yol açacağını; idari gözetimin şartları, süresi ve bu sürenin uzatılması, idari gözetim kararına itiraz edilmesine ilişkin açık yasal hükümler olmadıkça, AİHS'in 5. maddesi uyarınca idari gözetim, kişinin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmasına sebebiyet vereceğinin-

⁵¹ RG 29.4.1983/18032.

⁵² Bkz. dn. 48.

den söz konusu maddenin ihlali sonucunu doğuracaktır.

Türk hukukunda, 6458 sayılı YUKK'a kadar olan dönemde, idari gözetimin şartları, süresi ve idari gözetim süresinin uzatılmasını gerektiren haller, idari gözetim kararına karşı yasal yollara başvuru, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi ve kendisine tercüman verilmesi hususları düzenlenmemiştir. AİHM, Türk hukukunda idari gözetimin yasal dayanağının olmamasının, AİHS'in 5(1). maddesinin; idari gözetim kararlarının, yabancıya bildirilmemesi ve yabancıya tercüman verilmemesinin, AİHS'in 5(2). maddesinin; Türk hukukunda, idari gözetim kararlarına karşı etkin başvuru yolunun öngörülmemesinin, AİHS'in 5(4). maddesinin ihlali sayılacağına karar vermiştir.

a. İdari Gözetim Uygulamasının AİHS'in 5. Maddesinin İhlali Sayılmasına İlişkin 22.9.2009 Tarihli İlk AİHM Kararı: *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Davası*

AİHM, Türkiye'nin, idari gözetim uygulamasıyla AİHS'in 5. maddesini ihlal ettiğine ilişkin ilk kararını *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye* davasında vermiştir. Karara konu olan olayda, *Abdolkhani ve Karimnia*, 1973 ve 1978 yıllarında İran'da doğmuşlardır. AİHM'de dava açıldığında ve dava devam ederken Kırklareli Gaziosmanpaşa Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde tutulmaktaydılar. *Abdolkhani ve Karimnia*, 1992 ve 2001 yıllarında, İran'da bulunan ve aynı zamanda "Mojahedin-e-Khalq Organization" olarak da bilinen İran Halkının Mücahitleri Örgütü'ne (People's Mojahedin Organisation of Iran-PMOI) katılmışlardır. Belirlenemeyen bir günde Irak'a gitmişlerdir ve PMOI üyelerinin ikamet ettiği Al-Ashraf kampında yaşamışlardır. PMOI'nın amaçları ve yöntemlerini benimsememeleri sebebiyle 2005 ve 2006 yıllarında Örgütten ayrılmışlardır. PMOI'den ayrıldıktan sonra Irak'ta ABD askeri güçleri tarafından oluşturulan Geçici Mülakat ve Koruma (Temporary Interview and Protection Facility-TIPF) kampına gitmişlerdir. Bu kamp, daha sonra *Ashraf Mülteci Kampı* (Ashraf Refugee Camp-ARC) adını almıştır. *Abdolkhani ve Karimnia*, Irak'taki BMMYK Ofisine başvurarak mülteci statüsü talep etmişlerdir. Kendileriyle mülakat yapıldıktan sonra, *Abdolkhani ve Karimnia*, Irak'ta buldukları sırada, BMMYK'nın Cenevre'deki ana mer-

kezi tarafından mülteci olarak kabul edilmişlerdir. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmıştır. Güvenlik kuvvetleri tarafından tutuklanmış ve Türkiye'ye yasa dışı yoldan giriş yaptıkları gerekçesiyle Irak'a sınırdışı edilmişlerdir. Fakat yeniden Türkiye'ye giriş yapmışlardır. Muş Gök-yazı Jandarma Karakolu yetkilileri tarafından yapılan yol kontrolü esnasında, pasaportlarının sahte olması sebebiyle gözaltına alınmışlardır. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, İran'a geri gönderilirlerse, İran Hükümeti'nin politikalarına karşı oldukları için idam edileceklerini ve İran yerine Irak'a sınırdışı edilirlerse Irak'ta hayatlarının tehlike altında olduğunu ifade etmişlerdir. İstanbul'a gitmek, BMMYK İstanbul Ofisi ile irtibat kurmak ve BMMYK İstanbul Ofisinin yardımıyla Kanada Elçiliğine iltica başvurusunda bulunmak istediklerini belirtmişlerdir. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, Muş'un kazası olan Hasköy'deki polis merkezi yabancılar şubesine götürülmüştür. *Abdolkhani* ve *Karimnia* hakkında yasadışı yollardan Türkiye'ye girmeleri sebebiyle ceza davası açılmıştır. *Abdolkhani* ve *Karimnia*'nın sınırdışı edilme talebini de dikkate alarak, hâkim, iddianameyi başvuranlara okumuş ve haklarındaki iddialarla ilgili olarak savunmalarını almıştır. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, ölüm tehlikesi içinde oldukları için İran'ı terk etmek zorunda kaldıklarını ve ailelerinin yaşadığı Kanada'ya gitmek için, insan kaçakçılarının yardımıyla Türkiye'ye yasa dışı yollardan geldiklerini belirtmişlerdir. Mahkeme, *Abdolkhani* ve *Karimnia*'nın mahkûmiyetine ancak cezalarının 5 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir. Muş Ceza Mahkemesi'nin kararının ardından, *Abdolkhani* ve *Karimnia*, Hasköy polis merkezine geri götürülmüştür. *Abdolkhani* ve *Karimnia*'nın iddiasına göre, Türk yetkilileri, bir kez daha onları, bu defa İran'a, sınır dışı etmeye teşebbüs etmiştir. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, Arapça konuşup Farsça anlamıyorlarmış gibi davranarak sınırdışı edilmelerini engellemeye çalışmıştır. Sonuçta, İranlı yetkililer, başvuranların, İran'a girmesini kabul etmemiştir. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'ne götürülene kadar Muş Hasköy polis merkezinde tutulmuştur. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, Kırklareli Valiliğine dilekçe yazarak geçici sığınma talebinde bulunmuşlardır. *Abdolkhani* ve *Karimnia*, dilekçelerine herhangi bir cevap almamıştır. *Karimnia*, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde bulunan İranlı bir sığın-

macı ile evlenmiştir. Merkezin yöneticisi, evlendirme cüzdanı almada onlara yardım etmiştir. *Karimnia*'nın avukatı İçişleri Bakanlığı'na bir dilekçe yazarak *Karimnia*'nın idari gözetim altında tutulmasına itiraz etmiştir. Dosyada bulunan bilgilere göre, *Karimnia* dilekçesine cevap alamamıştır. BMMYK'nın talebi üzerine, İsveç Hükümeti, *Abdolkhani* ve *Karimnia*'nın İsveç'e yerleştirilmesi için dosyalarını incelemeyi kabul etmiştir. Daha sonra *Abdolkhani* ve *Karimnia*, İsveç tarafından mülteci olarak kabul edilmişlerdir.

AİHM, başvuruların İran veya Irak'a sınırdışı edilmeleri halinde, AİHS'in 3. maddesini ihlal edeceğine; ancak fiilen sınırdışı edilmedikleri için 3. maddenin ihlalinden söz edilemeyeceğine; AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine; AİHS'in 5. maddesinin (1), (2) ve (4). paragraflarının ihlal edildiğine; başvuruların her birine 20.000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

b. *Abdolkhani* ve *Karimnia* v. Türkiye Davasında Verilen 22.9.2009 Tarihli Karardan Sonra İdari Gözetim Kararıyla Türkiye'nin AİHS'in 5. Maddesini İhlal Ettiğine İlişkin Diğer AİHM Kararları

*Z.N.S. v. Türkiye*⁵³ davasında, İran vatandaşı başvuran, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde hukuka aykırı olarak idari gözetim altında tutulduğunu, tutma koşullarının kötü olduğunu, burada tıbbi yardıma ulaşamadığını ve kötü muamele gördüğünü iddia ederek AİHM'e başvurmuştur. AİHM, İran'a olası sınırdışı ve idari gözetime ilişkin maddi şartlar bakımından AİHS'in 3. maddesi uyarınca iddiaların kabuledilebilir olduğuna; başvuranın, İran'a fiilen sınırdışı edilmesi halinde, AİHS'in 3. maddesinin ihlal edileceğine, ancak sınırdışı işlemi fiilen gerçekleştirilmediğinden 3. maddenin ihlalinden söz edilemeyeceğine; AİHS'in 5. maddesinin (1) ve (4). paragraflarının ihlal edildiğine; Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'ndeki idari gözetime ilişkin maddi koşullar yönünden AİHS'in 3. maddesinin ihlal edilmediğine; Türkiye'nin, başvurana, 20.000 Euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

*Charahili v. Türkiye*⁵⁴ davasında, AİHM, başvuranın sınırdışı etme usulü ve

⁵³ European Court of Human Rights Second Section, *Z.N.S. v. Turkey* (Application no. 21896/08), Judgment Strasbourg 19 January 2010 Final 28.06.2010.

⁵⁴ European Court of Human Rights Second Section, *Charahili v. Turkey* (Application no.

gözetim altında tutulmasına bağlı olarak tıbbi yardım alamadığı iddiasıyla 3. madde kapsamında yaptığı şikâyetlerin reddine; başvuranın, Tunus'a sınırdışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine; Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında ayrı bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına; *Charahili*'nin, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi ile Fatih Karakolu'nda tutulması sebebiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin (1). paragrafının ihlal edildiğine; *Charahili*'nin, Fatih Karakolu'nda tutulması sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine; *Charahili*'nin, 5, 6, 8 ve 13. maddeleri ile 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında diğer şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

AİHM, *Keshmiri v. Türkiye (No. 2)*⁵⁵, *M.B. ve Diğerleri v. Türkiye*⁵⁶; *D.B. v. Türkiye*⁵⁷; *Dbouba v. Türkiye*⁵⁸; *Ahmadpour v. Türkiye*⁵⁹ davalarında da idari gözetim sebebiyle AİHS'in 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, *Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye*⁶⁰ davasında başvuranlara, idari gözetim altında tutma sebeplerinin bildirilmemesi, idari gözetim altında tutmaya karşı adli yolların yeterli olmaması, sınırdışıdan önce diğer başvuruların özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları sebebiyle AİHS'in 5. maddesinin (1), (2) ve (4). paragraflarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye*⁶¹ davasında, AİHM, başvuruların, Didim'de idari gözetim altında tutuldukları yerdeki fiziksel koşullara ilişkin olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarının reddine;

46605/07), Judgment Strasbourg 13 April 2010.

⁵⁵ European Court of Human Rights Second Section, *Keshmiri v. Turkey (No. 2)* (Application no. 22426/10), Judgment Strasbourg 17 January 2012 Final 17.04.2012.

⁵⁶ European Court of Human Rights Second Section, *M.B. and Others v. Turkey*, (Application no. 36009/08) Judgment Strasbourg 15 June 2010 Final 15.9.2010.

⁵⁷ European Court of Human Rights Second Section, *D.B. v. Turkey* (Application no. 33526/08), Judgment Strasbourg 13 July 2010 Final 13.10.2010.

⁵⁸ European Court of Human Rights Second Section, *Dbouba v. Turkey* (Application no. 15916/09) Judgment Strasbourg 13 July 2010 Final 13.10.2010.

⁵⁹ European Court of Human Rights Second Section, *Ahmadpour v. Turkey* (Application no. 12717/08) Judgment Strasbourg 15 June 2010 Final 22.11.2010.

⁶⁰ European Court of Human Rights Second Section, *Ranjbar and Others v. Turkey* (Application no. 37040/07) Judgment Strasbourg 13 April 2010 Final 13.07.2010.

⁶¹ European Court of Human Rights Second Section, *Tehrani and Others v. Turkey* (Applications nos. 32940/08, 41626/08, 43616/08), Judgment Strasbourg 13 April 2010 Final 13.07.2010.

başvuranların, İran veya Irak'a fiilen sınırdışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine, ancak fiilen sınırdışı gerçekleşmediğinden 3. madde anlamında bir ihlalin bulunmadığına; AİHS'in 13. maddesinin ihlal edildiğine; Kırklareli İkamet Merkezi'ndeki tutma koşulları bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine; Tunca İkamet Merkezi'ndeki fiziksel şartlar bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine; AİHS'in 5. maddesinin (1) ve (4). paragraflarının ihlal edildiğine; idari gözetim koşullarına ilişkin olarak AİHS'in 13. maddesinin yanı sıra 8. maddesi ile 5. maddesinin (2). paragrafına istinaden yapılan şikâyetler için ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına; Türkiye'nin, halen Kırklareli İkamet Merkezi'nde tuttuğu iki başvurunu serbest bırakmasına ve önceden serbest bırakılan diğer iki başvuranının yeniden idari gözetim altına alınmalarının sağlanmasına karar vermiştir.

*Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye*⁶² davasına, AİHM, birinci başvurulanla ilgili olarak Sözleşme'nin 5(1). maddesinin ihlal edildiğine; Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'ndeki maddi koşullar açısından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine; Türkiye'nin, birinci başvurana, 9.000 Euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

*Moghaddas v. Türkiye*⁶³ davasında, AİHM, başvuranın, sınırdışı edilmeden önce yasadışı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması, idari gözetimle ilgili olarak kendisine bildirim yapılmaması ve idari gözetim kararına karşı etkin hukuki başvuru yollarının olmaması sebebiyle AİHS'in 5. maddesinin 1, 2 ve 4. paragrafları uyarınca yaptığı şikâyetlerin kabul edilmesine; AİHS'in 5. maddesinin 1, 2 ve 4. paragraflarının ihlal edildiğine; Türkiye'nin 9,000 Euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye davasında verdiği kararına⁶⁴ konu olan

⁶² European Court of Human Rights Second Section, *Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey* (Applications nos. 6909/08, 12792/08 and 28960/08), Judgment Strasbourg 13 July 2010 Final 22.11.2010.

⁶³ European Court of Human Rights Second Section, *Moghaddas v. Turkey* (Application no. 46134/08) Judgment Strasbourg 15 February 2011 Final 15.05.2011.

⁶⁴ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, AİHM'in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Sınırdışı ve İdari Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3. ve 5. Maddelerini

olayda, ondokuz Özbek vatandaşı, ulusal makamlarca İran’a sınırdışı edilmek için birkaç saatliğine idari gözetim altında tutulmuşlardır. AİHM’e göre, başvuruların idari gözetiminin kısa bir süre olması gerçeği, idari gözetimin “hukuka aykırı” niteliğini ortadan kaldırmaz. AİHM, Türkiye’nin, AİHS’in 5. maddesinin (1) ve (2). paragraflarını ihlal ettiğine karar vermiştir.

AİHM tarafından *Asalya v. Türkiye* davasına ilişkin olarak 15.4.2014 tarihinde verilen kararda⁶⁵ da Türkiye’den sınırdışı edilmesine karar verilen engelli Filistin vatandaşının yedi gün süreyle İstanbul Kumkapı Yabancılar Şube Müdürlüğü Geri Gönderme Merkezi’nde idari gözetim altında tutulmasıyla Türkiye’nin AİHS’in 5. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

3. İdari Gözetim Uygulamasının AİHS’in 5. Maddesine Aykırı Olduğuna İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Etkisi

AİHM kararları da dikkate alınarak, YUKK’un 57. maddesinde, idari gözetim sebepleri, süresi, idari gözetim kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru, idari gözetim altına alınan yabancılara hukuki yardımın yapılması, idari gözetim kararının ilgiliye veya avukatına bildirilmesi; 58. maddesinde, idari gözetim altına alınan yabancılardan, geri gönderme merkezlerinde tutulması; 59. maddesinde, geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler düzenlenmiştir.

C. İltica Talebi Reddedilerek Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların Sınırdışı İşlemlerine Karşı Etkin Başvuru Haklarının Olmamasının AİHS’in 13. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesi

AİHS’in 13. maddesinde, etkin başvuru hakkı teminat altına alınmıştır. Bu maddeye göre, AİHS’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen her-

İhlal Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi, 93-107.

⁶⁵ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, Engelli Filistinlinin Sınırdışı ve İdari Gözetim Altında Tutulması İşlemleriyle Türkiye’nin AİHS’in 3, 5, 8 ve 13. Maddelerini İhlal Ettiğine İlişkin Olarak *Asalya v. Türkiye* Davasında Verilen 15 Nisan 2014 Tarihli AİHM Kararının Tercümesi, 157-187.

kes, -ihlal fiili resmî görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış dahi olsa-, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir. AİHM, 13. maddeye istinaden yapılan bir şikâyetle ilgili olarak başka bir madde kapsamında değerlendirme yapılmışsa, kural olarak, aynı şikâyet için 13. madde kapsamında ayrıca değerlendirme yapılmaması gerektiği görüşündedir⁶⁶. Örneğin, iltica talebi reddedilerek Türkiye’den sınır dışı edilmesine karar verilen yabancının idari gözetim sebebiyle AİHM’e yaptığı başvuru, AİHS’in 5. maddesi kapsamında incelenmiş ve bu maddeye istinaden ihlal kararı verilmiş ise artık kural olarak 13. madde kapsamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur. Kural bu olmakla beraber, istisnai bazı hallerde hak ihlalinin diğer maddelerin yanı sıra 13. madde kapsamında da incelenmesi ve değerlendirilmesi zarureti ortaya çıkabilir.

2. AİHM Kararlarında Sınırdışı Kararının İptali Davasında Yürütmenin Kendiliğinden Durmamasının AİHS’in 13. Maddesinin İhlali Sayılması

İltica ve sığınma talepleri reddedilen yabancıların AİHM’de açtıkları davalarda, Türkiye’nin AİHS’in etkin başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesini ihlal ettiği öne sürülmüştür. AİHM, iltica ve sığınma talebi reddedilen yabancılar tarafından açılan davalarda, Türkiye’nin etkin başvuru hakkını ihlal ettiğine ilişkin ilk kararını 2000 yılında *Jabari v. Türkiye*⁶⁷ davasında vermiştir.

Jabari v. Türkiye kararına konu olan olayda, *Hoda Jabari*, İran yasalarına göre zina suçu işlediğinden ceza davası başlamadan önce İran’ı terk etmiştir. *Hoda Jabari*, İran’da kalsaydı hakkında ceza davası açılacaktı ve muhtemelen insanlık dışı bir ceza olan taşlanma cezasına çarptırılacaktı. *Hoda Jabari* yasa dışı yollardan Türkiye’ye girmiş; sahte pasaportla Fransa üzerinden Kanada’ya gitmek için İstanbul’a gelmiştir. *Hoda Jabari*, Paris Havaalanı’na geldiğinde, Fransız polisi tarafından sahte pasaport kullandığı tespit edilmiş;

⁶⁶ Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi, Kasım 2003, s. 289: http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf (14.7.2014). AİHS’in 13. maddesinin, özerk bir hak olup olmadığı sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Sezgin TANRIKULU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s. 113 vd..

⁶⁷ European Court of Human Rights Fourth Section, *Jabari v. Turkey* (Application No. 40035/98) Strasbourg 11 July 2000.

uçakla İstanbul'a geri gönderilmiştir. İstanbul'da havaalanına inmesinin ardından sahte pasaport kullandığı ve yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yaptığı gerekçesiyle polis tarafından gözaltına alınmıştır. Pasaportu incelemeye gönderilmiş ve Pasaport Kanunu'na muhalefetten dolayı hakkında Bakırköy Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmuştur. Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı, *Hoda Jabari*'nin canını kurtarmak amacıyla Türkiye'ye yasa dışı yollardan giriş yapmak zorunda kaldığını ve suç işleme kastının olmadığını belirterek serbest bırakılmasına karar vermiştir. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi, *Hoda Jabari*'nin Irak'a sınırdışı edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine *Hoda Jabari*, Hudut İltica ve Yabancılar Şubesine, İran vatandaşı olduğunu söyleyerek iltica talebinde bulunmuştur. Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi, *Hoda Jabari*'nin iltica başvurusunu, 1994 Yönetmeliği'nde öngörülen beş günlük süre içinde yapmamış olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁶⁸. Daha sonra devreye BMMYK girmiştir. BMMYK, *Hoda Jabari*'nin İstanbul'da bir otele yerleşmesini sağlamıştır. İran'a gönderildiği takdirde gerçek anlamda işkence ve ölüm tehlikesiyle karşılaşacağından BMMYK tarafından *Hoda Jabari*'ye mülteci statüsü verilmiştir. *Hoda Jabari*, sınırdışı edilme kararına karşı Ankara İdare Mahkemesi'ne başvurmuş ve yürütmenin durdurulmasını istemiştir. *Hoda Jabari*'ye, Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi tarafından ikamet izni verilmiştir. Ankara İdare Mahkemesi, sınırdışı etme kararında kanuna aykırı bir durum olmadığı için *Hoda Jabari*'nin talebini reddetmiş ve kararın uygulanması halinde onarılması mümkün olmayan zararların meydana gelmeyeceği gerekçesiyle de yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. *Hoda Jabari*, AİHM'e başvurmuştur. AİHM'e yaptığı başvuru sonuçlanıncaya kadar Türkiye'de ikametine izin verilmiştir. AİHM, Türkiye'nin, etkin başvuru hakkını düzenleyen 13. maddeyi ihlal ettiğine; Türkiye'nin, 3. maddeyi ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için sınırdışı kararının fiilen uygulanmış olması gerektiğine, fakat *Hoda Jabari*'nin İran'a sınırdışı edilmesine ilişkin kararın henüz uygulanmamış olması sebebiyle ihlalden söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

⁶⁸ 1994 Yönetmeliği yürürlüğe girdiği zaman yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelenlerin beş günlük süre içinde yetkili makamlara iltica başvurularını yapmalarını öngörüyordu.

AİHM, AİHS'in 13. maddesi uyarınca, İran'a sınırdışı edilirse *Jabari*'nin zulüm ve işkence göreceğine ilişkin iddialarının titiz bir şekilde incelenmesi ve ayrıca sınırdışı kararının uygulanmasının askıya alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak idare mahkemesinde, sınırdışı kararının iptali için dava açıldığında, sınırdışı kararının icrasının kendiliğinden durmaması ve Ankara İdare Mahkemesi'nin, *Jabari*'nin, yürütmenin durdurulmasına ilişkin talebini titiz bir şekilde incelememesi sebebiyle 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, *Keshmiri v. Türkiye*⁶⁹; *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*; *M.B. ve Diğerleri v. Türkiye*; *Dbouba v. Türkiye* davalarında, 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM verdiği kararında, AİHS'in 13. maddesi uyarınca hukuki yola başvurma imkânının etkin olması (effective) gerektiğini; somut olayda, başvuranların, sığınma ve geçici oturma izni taleplerinin dikkate alınmaması; taleplerinin kabul edilmediğinin bildirilmemesi; Hasköy polis merkezindeyken hukuki yardım verilmemesi; geçici sığınma iddialarını ileri sürme imkânından mahrum bırakılmaları; Irak'a veya İran'a sınırdışı edilme kararı kendilerine tebliğ edilmediğinden sınırdışı kararının iptal için idare mahkemesinde dava açamamaları; idare mahkemesinde dava açmış olsalardı bile yürütmeyi durdurma kararının verilmemesi halinde sınırdışı kararının icra edilebilir olması sebebiyle AİHS'in 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

3. Sınırdışı Kararlarına Karşı Etkin Başvuru Yolunun Olmamasının AİHS'in 13. Maddesinin İhlali Sayılmasına İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Etkisi

AİHM, sınırdışı kararı alınmaksızın fiilen yapılan sınırdışı işlemlerini ve sınırdışı kararının tebliğ edilmemesini, AİHS'in 13. maddesinde yer alan etkin başvuru hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. YUKK'un 53(1). maddesinde sınırdışı kararı ve bu kararın kimlere tebliğ edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca AİHM kararlarında, sınırdışı kararının iptali davasında yürüt-

⁶⁹ European Court of Human Rights Second Section, *Keshmiri v. Turkey* (Application no. 36370/08) Judgment Strasbourg 13 April 2010 Final 13.07.2012.

menin kendiliğinden durmaması da etkin başvuru ilkesine aykırı sayılmıştır.

AİHM kararları dikkate alınarak YUKK’un 53(3). maddesinde, İYUK’un 27. maddesi ile Anayasa’nın 125(5). maddesinden farklı bir düzenleme öngörülmüştür. YUKK’un 53(3). maddesine göre, yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınırdışı edilemez. YUKK’un 53(3). maddesinde öngörülen esaslar şunlardır:

(1) Hakkında sınırdışı kararı verilen yabancı dava açma süresi içinde yani YUKK’un 53(3). maddesinde belirtilen 15 günlük süre içinde sınırdışı edilemez.

(2) 15 günlük dava açma süresi içinde yabancı idari yargı yoluna başvurursa da sınırdışı kararı icra edilemez. Çünkü hakkında sınırdışı kararı verilen yabancının idare mahkemesinde dava açması halinde sınırdışı kararının icrası kendiliğinden durmaktadır. Yürütmenin durması için sınırdışı kararının iptali davasını açan yabancının talepte bulunması gerekmediği gibi idare mahkemesinin de bu yönde bir karar vermesi gerekli değildir.

(3) Yabancı, dava açma süresi içinde veya davayı açtıktan sonra kendi rızasıyla Türkiye’den ayrılabilir. Ama hiçbir şekilde dava açma süresi içinde veya idare mahkemesinde açtığı dava sonuçlanıncaya kadar Türkiye’den zorla sınırdışı edilemez.

D. İltica Talebi Reddedilen Yabancıların Sınırdışı Edilme Usulünün AİHS’in 3. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Yabancıların Sınırdışı Edilme Usulünü AİHS’in 3. Maddesinin İhlali Sayan AİHM Kararları

Türkiye’den sınırdışı edilme usulü bazı hallerde, AİHS’in 3. maddesi ile teminat altına alınan işkence ve kötü muamele yapma yasağına aykırı olabilir. Nitekim AİHM, *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* davasında verdiği kararında⁷⁰ Türkiye’nin, onkuz Özbek vatandaşını Türkiye’ye giriş yapıkları ülke olan

⁷⁰ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, AİHM’in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Sınırdışı ve İdarî Gözetim İşlemleriyle Türkiye’nin AİHS’in 3. ve 5. Maddelerini İhlâl Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi, 93-107.

İran'a sınırdışı etme usulünü, AİHS'in 3. maddesine aykırı bulmuştur. Ondokuz Özbek vatandaşı tarafından AİHM'e yapılan başvuruda İslami inançlar doğrultusunda yaşayan kişiler üzerinde devletin baskısının artması üzerine Özbekistan'ı terk etmeye karar verdiklerini; aile üyelerinden bazılarının, arkadaşlarının ve akrabalarının, Özbek makamlarınca sorgulandığını, hapse atıldığını ve kendi dinî inançlarını icra ettikleri için öldürüldüklerini öne sürmüşlerdir. AİHM'deki başvuruya ilişkin dosyada yer alan belgelere göre, sekiz başvuran aleyhine anayasal düzeni değiştirmeye teşebbüsten dolayı Özbekistan'da açılan ceza davaları derdesttir. Belirlenemeyen günlerde dört aile birbirlerinden ayrı olarak Özbekistan'ı terk etmiş ve 1997 yılında Tacikistan'da bir araya gelmiştir. Daha sonra Afganistan, Pakistan ve İran'a kaçmışlardır. İran'da, ilk önce Zahedan'da yerleşmiş ve 2001 yılından itibaren üç yıl burada yaşamışlardır. Bu esnada, BMMYK'dan mülteci statüsü talep etmişlerdir. Başvuranlar, Ağustos 2005'de Tahran'a gitmiş ve yabancılar polisine başvurmuşlardır. Başvuranlar bir mülteci kampına yerleştirilmiştir ve yaklaşık altı ay sonra başvuranlara, BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmiştir. Başvuranlar, mülteci kampında buldukları sırada kendi çocukları da dahil yaklaşık otuz mülteci çocuk için kamp içinde bir okul açılmasını istemişlerdir. Başvuranlar, taleplerinin İranlı makamlarca geri çevrildiğini ve Özbekistan'a sınırdışı edilmekle tehdit edildiklerini iddia etmişlerdir. Bu nedenle, başvuranlar, 21 Eylül 2007 tarihinde Türkiye'ye kaçmışlardır. Türkiye'den iki defa sınırdışı edilmelerine rağmen yasa dışı yollardan tekrar Türkiye'ye giriş yapmışlardır. AİHM'e başvurdukları esnada Türkiye'de saklanmaktaydılar.

Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye davasında verilen kararın bir özelliği de, iç hukuk yolları tüketilmeden AİHM'e başvurulmuş olmasıdır. Türk Hükümeti iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle AİHM'e başvurulamayacağını öne sürmüştü de AİHM, iç hukukta etkin başvuru yolunun olmaması sebebiyle doğrudan AİHM'e başvurulabileceğini ifade etmiştir. AİHM, aşağıda yer alan gerekçelerle ondokuz Özbek vatandaşının sınırdışı usulünü, 3. madde kapsamında işkence ve kötü muamele olarak kabul etmiştir. AİHM kararının ilgili paragrafları şöyledir:

“21. Hükümet, başvuruların, Anayasa'nın 125. maddesine istinaden idare mahkemelerine başvurabileceklerini ve başvurularının da gerektiğini ifade etmiştir. Hükümet, Türk hukukuna göre, sınırdışı edilecek yabancıların, sınırdışı kararının yürürlüğünün durdurulmasının yanı sıra idari kararın iptal edilmesi için idare mahkemelerinde dava açabileceklerini belirtmiştir. Eğer mahkeme yürütmeyi durdurma talebini kabul ederse, idari makamlar, sınırdışı işlemini askıya alacaklardır. Hükümet, Sözleşme'nin 35 § 1. maddesi uyarınca, başvuruların, kendileri için mevcut olan iç hukuk yollarını tüketmediğini belirtmiştir.

22. Başvuranlar cevap olarak, sınırdışı edilmeden önce, sınırdışı edileceklerine ilişkin kararların kendilerine tebliğ edilmediğini belirtmişlerdir. Ayrıca sınırdışı kararları kendilerine tebliğ edilse bile sınırdışı kararının iptal edilmesi için idare mahkemesinde dava açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durdurmadığını ve bu nedenle etkin bir yol olmadığını ifade etmişlerdir.

...

26. Hükümet, başvuruların, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği tarafından terörist örgütler listesine alınan Özbekistan İslami Hareketi olarak adlandırılan örgütün eski üyeleri olduğunu söylemiştir. Başvuranların sınırdışı kararı, kamu güvenliğini ve kamu sağlığını koruma düşüncesiyle verilmiştir. Hükümet, ayrıca, 12 Eylül 2008 tarihinde, ulusal mevzuat uyarınca başvuruların, Türkiye'ye gelmeden önce yedi yıl yaşadıkları güvenli üçüncü ülkeye sınırdışı edildiklerini belirtmiştir. Ancak, başvuranlar, yasadışı yollardan tekrar Türkiye'ye giriş yapmıştır ve 11 Kasım 2008 tarihinde yeniden sınırdışı edilmişlerdir.

27. Başvuranlar, sınırdışı kararı olmaksızın iki defa sınırdışı edildiklerini ve sınırdışı edilmelerinin ulusal mevzuata göre hukuka aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Başvuranlar, ayrıca, Türk yetkililerinin, İranlı makamlardan, İran'a kabul edileceklerine dair herhangi bir güvence almadıklarını iddia etmişlerdir. İranlı yetkililere teslim edilmeleri yerine Türk polis memurları tarafından İran topraklarına sokulmuşlardır. Üstelik, İran'ın bu bölgesinde iklim soğuk ve karlıydı, ayrıca kalacak yerleri de yoktu. Başvuranlar, her iki sınırdışı işleminde

de hayatlarından endişe duymuş ve işkence, gayriinsani ve küçültücü muamele derecesine varacak ölçüde umutsuzluğa kapılmışlardır.

...

33. Ayrıca, Mahkeme, ondokuz başvuru sahibinden onikisinin olay sırasında küçük olduğunu belirlemiştir. 2008 yılında çocukların en büyüğü 15 yaşındadır ve iki başvuran İran'a ilk sınırdışı işleminden birkaç ay önce doğmuşlardır. Başvuranlar, Türkiye'den zorla çıkarılmıştır, yetkili makamlar, tasarlayarak ve başvuranların mülteci statülerine veya çoğu çocuk olan ve Türkiye'de düzenli bir hayatı bulunan başvuranların kişisel durumlarına saygı duymaksızın sınırdışı işlemi gerçekleştirmişlerdir. Mahkeme, başvuranların ülkeden çıkarılmasına kadar olan olayların, başvuranların usuli güvencelerin olmaması sebebiyle ülkeden çıkarılmalarını önlemek için hiçbir adım atamalarının ve bebek ve çocuklarla birlikte bilinmeyene gönderilmelerinin yetişkinlerde korkuya ve ümitsizliğe yol açtığı kanaatindedir.

34. Üstelik, başvuru sahipleri, İran'da kış şartlarında ve kalacak bir yerleri olmaksızın yaklaşık oniki gün kaldıklarını öne sürmüşlerdir ve Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmamıştır.

35. Başvuranların sınırdışı edilme usulü dikkate alınarak ve çoğunun yaşının küçük olduğu göz önünde bulundurularak, Mahkeme, başvuranların ıstırapının, 3. madde kapsamında gayriinsanî muamele olarak nitelendirilmesi için yeterli olduğu sonucuna varmaktadır.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir⁷¹.

2. Yabancıların Sınırdışı Edilme Usulünü AIHS'in 3. Maddesinin İhlali Sayan AIHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi

YUKK'un 53. maddesinde sınırdışı kararı, sınırdışı kararında bulunması gereken bilgiler ve bu kararın sınırdışı edilecek yabancıya, avukatına veya

⁷¹ EKŞİ, AIHM'in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Sınırdışı ve İdarî Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AIHS'in 3. ve 5. Maddelerini İhlâl Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi, 98-102.

yasal temsilcisine tebliği; 56. maddesinde, sınırdışı edilen yabancılara tanıma süre; 57. maddesinde, sınırdışı edilecek yabancılardan hangi hallerde idari gözetim altına alınacağı, idari gözetim süresi ve idari gözetim kararına karşı başvuru yolları; 58. maddesinde, sınırdışı edilmek üzere idari gözetim altına alınan yabancılardan geri gönderme merkezlerine konulması; 59. maddesinde, geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler ve 60. maddesinde sınırdışı kararının yerine getirilmesi düzenlenmiştir. YUKK'un 53-60. maddelerinde, sınırdışı usulüne ilişkin şartlar belirlenerek idarenin keyfi muamele yapması engellenmeye çalışılmıştır.

E. İltica Talebi Kabul Edilmemekle Beraber Non-Refoulement İlkesi Uyarınca Türkiye'den Sınırdışı Edilmemesi Gereken Yabancıların Sınırdışı İşlemlerinin AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Non-Refoulement İlkesi Uyarınca Türkiye'den Sınırdışı Edilmemesi Gereken Yabancıların Sınırdışı Edilmesini AİHS'in 3. Maddesinin İhlali Sayan AİHM Kararları

Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalarda, mülteci veya sığınmacı olarak nitelendirilemeyen, ancak sınırdışı edilerek menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde zulüm, işkence ve kötü muameleyle karşılaşacak olan yabancılardan ülkelerine geri gönderilmemelerine, sınırdışı veya iade edilmemelerine ilişkin hükümler yer almaktadır⁷². Milletlerarası antlaşmalarla non-refoulement yasağı getirilmesine rağmen, sığınma ve mülteci statüsü alamayan ve non-refoulement yasağı kapsamına giren yabancılardan da sınırdışı edilmesine ilişkin kararlar verilmiştir. AİHM, mülteci veya sığınmacı olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde zulüm, işkence ve kötü muameleyle karşılaşacak olan yabancılardan sınırdışı edilmesini, AİHS'in 3. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

2. Non-Refoulement İlkesi Uyarınca Türkiye'den Sınırdışı Edilmemesi Gereken Yabancıların Sınırdışı Edilmesini AİHS'in 3. Maddesinin

⁷² Türkiye'nin taraf olduğu ve non-refoulement yasağına ilişkin hükümler içeren antlaşmalar hakkında bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 77-82.

İhlali Sayan AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi

AİHM kararlarında varılan bu sonuç, YUKK üzerinde etkili olmuş ve YUKK'un 63. maddesinde "ikincil koruma" başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir: "(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, ayırım 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".

Üstelik, non-refoulement, "geri gönderme yasağı" başlığı altında YUKK'un 4. maddesinde genel bir prensip olarak yerini almıştır. YUKK'un 4. maddesine göre, bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.

F. İltica Talebi Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların Tutma Koşullarının AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

1. İltica Talebi Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların Tutma Koşullarının AİHS'in 3. Maddesinin İhlali Sayan AİHM Kararları

a. Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye no. 2 Davası

YUKK'dan önce iltica ve sığınma talepleri reddedilen ve sınırdışı edilmesine karar verilen yabancılar, sınırdışı işlemleri süresince, Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği ile düzenlenen ve uygulamada "geri gönderme merkezi" (return centers) olarak anılan yerlerde ya da polis veya jandarma karakollarının

da tutulmaktaydılar. AİHM'de açılan davalarda, söz konusu yerlerdeki tutma koşullarının insan haklarına aykırı olduğu öne sürülmüştü.

Abdolkhani ve Karimnia, İsveç tarafından mülteci olarak kabul edilmişlerdi. İsveç'te yaşarken Hasköy Polis Merkezi ile Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezindeki tutma koşullarının insan haklarına aykırı olduğunu belirterek AİHM'de ikinci bir dava açmışlardı. *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye* (no. 2)⁷³ davasında, AİHM, Hasköy polis merkezindeki tutma şartlarıyla ilgili olarak başvuruların yaptıkları şikâyetlerin kabul edilmesine; Hasköy polis merkezindeki tutma koşullarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine; Türkiye'nin 9000 Euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

b. Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye Davası

AİHM, *Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye* kararında, Tunca İkamet Merkezi'ndeki fiziksel şartlar bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM'e göre, AİHS'in 3. maddesi uyarınca, devlet, idari gözetim altında olan kişinin insan onuruna yakışır koşullarda tutulmasını; uygulanan tedbirin usul ve yönteminin, gözetim altında olan kişiyi, tutmanın doğasından kaynaklananlardan daha fazla oranda strese veya zorluğa sokmamasını ve idari gözetim dolayısıyla kişinin sağlığına ve vücut bütünlüğüne zarar gelmemesini yeterli ölçüde temin etmekle yükümlüdür. AİHM, aşırı kalabalığın, tek başına Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin tespiti için yeterli olduğuna hükmetmiştir. AİHM kararının ilgili paragrafları şöyledir:

92. Mahkeme, Hükümet'in, Tunca İkamet Merkezi'ndeki bir odanın içini gösteren sadece tek fotoğraf ibraz ettiğini belirlemiştir; bu fotoğrafta, üzerlerinde, naylonları hala çıkarılmamış ve henüz kullanılmamış yataklar olan, çarşaf ve battaniyesi bulunmayan, birbirine yakın şekilde sıralanmış ranzalar yer almaktadır. Buna karşın, başvuranlar tarafından ibraz edilen fotoğraflar, battaniyelerin üzerinde oturan veya birbirine dokunma mesafesinde yerde uzanan sayısız insanı göstermektedir. Aynı şekilde, yemek sırasında çekilen fotoğraflar, diğerleri yemeklerini almak için kuyrukta beklerken, aynı kısımda kalan

⁷³ European Court of Human Rights Second Section, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (No. 2) (Application no. 50213/08) Judgment Strasbourg 27 July 2010 Final 27.10.2010.

ve dirsek dirseğe yerde oturarak yemek yiyen insanları göstermektedir. İkamet merkezine ilişkin fotoğraflardan edinilen genel izlenim, hijyen yokluğunu ve düzensizliği de beraberinde getiren aşırı kalabalıktır.

93. Mahkeme, Hükümet'in, başvuranlar tarafından ibraz edilen fotoğrafların, yeni gelenlerin, odalarına yerleştirilmelerinden önce, ön mülakat için toplandığı, mülakatlarının yapıldığı ve sağlık taramasından geçirildiği iki saatlik süre içinde çekildiğine ilişkin iddiasını göz önünde bulundurmaktadır. Bu iddianın doğru olduğu kabul edilse bile, Mahkeme, fotoğraflarda yansıtılan koşulların, özellikle aşırı kalabalığın, düzensizliğin ve hijyen yokluğunun, iki saat gibi kısa bir süre için bile olsa, insan yaşamına uygun olmadığı hususunda, İnsan Hakları İzleme tarafından hazırlanan raporda belirtilen görüşe katılmaktadır ve bu durum Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulama alanına girmektedir.

94. Tunca İkamet Merkezi'nin ebatları ve kapasitesi ile ilgili olarak başvuranlar tarafından farklı rakamlar verilmesine rağmen, şikâyetlere ilişkin olarak daha detaylı inceleme yapmadan yukarıda belirtilen maddî gerçekler, Tunca İkamet Merkezi'ndeki fiziksel şartlar sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinin Mahkemece kabulü için yeterli bulunmuştur⁷⁴.

2. Tutma Koşullarının AİHS'in 3. Maddesine Aykırı Olduğuna İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi

YUKK'un 58-59. maddelerinde, hakkında sınırdışı kararı verilen ve idari gözetim altına alınan yabancıların, sınırdışı işlemleri tamamlanıncaya kadar kalacakları geri gönderme merkezlerine (Return Centers) ilişkin esaslar yer almaktadır. Geri gönderme merkezlerinin kurulması ve işletilmesi 58. maddede; geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler 59. maddede düzenlenmiştir. YUKK'un 59. maddesine göre, geri gönderme merkezlerinde kalan yabancıların acil ve temel sağlık ihtiyaçları ücretsiz karşılanacak; yakınlarına,

⁷⁴ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Charahili v. Türkiye, Kesmiri v. Türkiye, Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye, Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye* Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümelemleri ve İngilizce Metinleri, 45-79.

notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı, sağlanacak; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, BMMYK görevlisiyle görüşebilme olanağı verilecek; geri gönderme merkezlerinde kalan çocukların yüksek yararları gözetilecek; aileler ve refakatsiz çocuklar ayrı yerlerde barındırılacak; çocukların zorunlu eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları sağlanacaktır.

YUKK'un 58. maddesinin (3). fıkrasına göre, geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, devri, denetimi ve sınırdışı edilmek amacıyla idari gözetimde bulunan yabancıların geri gönderme merkezlerine nakil işlemleriyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir. Ayrıca YUKK'un 95. maddesinin (9). fıkrasında kabul ve barınma merkezlerinin kurulması, yönetimi ve işletilmesiyle ilgili usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. YUKK'un 58(3) ve 95(9). maddelerine istinaden İçişleri Bakanlığı tarafından Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik hazırlanmış ve 22.4.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁵.

Yönetmelik, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne bağlı kabul ve barınma merkezleri ile geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, işlettirilmesi, işlettirilmeye ilişkin protokol esaslarının belirlenmesi, bu merkezlerde verilecek hizmetlerin çeşit ve niteliği, denetimi, kurumlararası işbirliği ile çalışanların görev ve sorumluluklarıyla, mali konulara ilişkin usul ve esasları belirlemektedir (md. 1). Yönetmeliğin, tanımlara ilişkin 3. maddesinde, merkezler:

- (1) geçici merkez,
- (2) kabul ve barınma merkezi,
- (3) geri gönderme merkezi

olmak üzere üç gruba ayrılmış ve her birinin tanımı yapılmıştır.

⁷⁵ İçişleri Bakanlığından: Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, RG 22.4.2014/28980.

Yönetmeliğin 3. maddesinin (b) bendine göre geçici merkez, olağanüstü veya acil durumların ortaya çıkması halinde kabul ve barınma veya geri gönderme merkezi olarak kurulan merkezleri ifade etmektedir.

Yönetmeliğin 3. maddesinin (ğ) bendinde tanımlanan kabul ve barınma merkezi, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin beslenme, barınma, sağlık, sosyal ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kurulan, il göç idaresi müdürlüğü tarafından doğrudan işletilen veya kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılarak işlettirilen merkezleri ifade eder. Kabul ve barınma merkezlerinde, sadece uluslararası koruma talep edenler ya da uluslararası koruma talepleri kabul edilenler kalabilir.

Geri gönderme merkezi ise Yönetmeliğin 3. maddesinin (c) bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, idari gözetim altına alınan yabancıların barındırılmaları ve kontrol altında tutulmaları amacıyla kurulan ve doğrudan işletilen veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılarak işlettirilen merkezler, geri gönderme merkezidirler. O halde bir merkezin geri gönderme merkezi olabilmesi için idari gözetim altında tutulan yabancıların kaldığı yer olması gerekir. Yönetmelikte yer alan bu tanımda yabancıların hangi sebeple idari gözetim altında tutulduklarından söz edilmemiştir. Bununla birlikte YUKK uyarınca sadece sınırdışı edilecek yabancılar (YUKK md. 57) ve uluslararası koruma talep eden yabancılar (YUKK md. 68) idari gözetim altında tutulabilir. YUKK'a paralel olarak Yönetmelikte geri gönderme merkezlerine ilişkin tanımın ilk tümcesinin "*uluslararası koruma başvuru sahiplerinin veya sınırdışı edilmek amacıyla idari gözetim altında tutulan yabancıların...*" şeklinde olması gerekirdi. Kural olarak Türkiye'den sınırdışı edilecek yabancılar, işlemleri tamamlanıncaya kadar geri gönderme merkezlerinde tutulabilirler. Ancak olağanüstü veya acil durumlarda, sınırdışı edilecek yabancılar, geçici merkez olarak adlandırılan yerlerde barındırılabilirler.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre, merkezlerinin kurulması, işletilmesi ve

işlettirilmesinde ve verilecek hizmetlerin yerine getirilmesinde (1) yaşam hakkının korunması, (2) insan odaklı yaklaşım, (3) refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, (4) özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması, (5) kişisel bilgilerin gizli tutulması, (6) yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi, (7) barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi, (8) barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi, (9) barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi göz önünde bulundurulur. Yönetmeliğin 14. maddesinde merkezlerde verilecek hizmetler belirlenmiştir. Bu maddeye göre merkezlerde verilecek hizmetler şunlardır: (1) barınma ve beslenme, (2) iç ve dış güvenlik, (3) yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri, (4) psikolojik ve sosyal destek faaliyetleri, (5) özel ihtiyaç sahiplerine uygun alanların tahsis edilmesi, (6) barınanların kıymetli eşyalarının emanete alınması, (7) merkezlerarası nakil ve sınır dışı nakil işlemleri, (8) Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce uygun görülen diğer hizmetler verilir.

YUKK'un 59-59. maddeleri ile Yönetmeliğin 4 ve 14. maddeleri, idari gözetim altına tutma koşullarını AİHS'in 3. maddesinin ihlali sayan ve daha önce incelenen AİHM kararlarında belirtilen olumsuzlukları giderecek niteliktedir.

Sonuç

Sığınma hakkı, bazı devletlerin anayasalarında temel bir hak olarak yer almasına rağmen Anayasamızda bu yönde bir hüküm yoktur. Üstelik AİHS'de ve ek protokollerinde sığınma hakkı, temel bir hak olarak düzenlenmemiştir. Ancak AİHS ve ek protokollerinde sığınma hakkı temel bir hak olarak düzenlenmese bile iltica hukukunun, insan haklarıyla iç içe örülmesi sebebiyle diğer temel haklara ilişkin hükümlere istinaden iltica alanına ilişkin meselelerde dahi AİHM'de davalar açılabilir. AİHM'e başvurulabilmesi için, AİHS'deki veya ek protokollerdeki bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Sığınma hakkı AİHS'de ve ek protokollerde düzenlenmemiş olsa bile AİHM, AİHS'de yer alan diğer hükümlerle sığınma ve iltica alanındaki meseleler arasındaki doğal bağlantıyı isabetli bir şekilde kurmuştur. Sığınma ve iltica alanında AİHM'e yapılan şikâyetlerin dayanağını, AİHS'in 2, 3, 5, 8, 13 ve

14. maddeleri oluşturmaktadır. Ayrıca gerek Anayasamız gerekse Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar, sığınma ve iltica alanında bazı temel güvenceler getirmektedir.

YUKK'un hazırlık çalışmaları sürecine etki eden birçok faktör olmasına rağmen AİHM kararları bu faktörler içinde belki de en önemli yere sahiptir. Sığınma ve iltica alanında gerek mevzuatımızda gerekse uygulamada insan haklarına aykırı olan hususlar, AİHM tarafından tespit edilmiştir. YUKK'da öngörülen idari yapı henüz bütün illeri kapsayacak şekilde teşekkül etmediğinden ve uluslararası korumaya ilişkin sistem 11.4.2014 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, AİHM tarafından tespit edilen ve YUKK'un hazırlanması sırasında dikkate alınarak yasal çözüm getirilen sorunlar, uygulamada henüz tamamen giderilebilmiş değildir. Ancak en azından YUKK ile birlikte mevzuatımız AİHM tarafından tespit edilen eksikliklere yanıt verecek duruma getirilmiş bulunmaktadır. Yeni bir yasal düzenlemenin tam olarak uygulamaya yansıtılması, gerek sığınma ve iltica alanında idari yapıdaki değişiklikler gerekse koruma türleri, başvuru usulü ve sağlanan haklar açısından radikal sayılabilecek hükümlerin getirilmesi; ikincil mevzuat hazırlıklarının yani YUKK'a ilişkin yönetmeliklerin henüz Resmî Gazete'de yayınlanmamış olması sebebiyle zaman alacak gibi gözükmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Rona AYBAY, Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme, (2003)2 MaltepeÜHFD.

Nicholas BLAKE/Raza HUSAIN, Immigration Asylum and Human Rights, Oxford 2003.

P. Van DIJK, Protection of “Integrated” Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Editors Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001.

Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi, Kasım 2003: http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf (14.7.2014).

Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), İstanbul 2013.

Nuray EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 4. bası, İstanbul 2012.

Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2014.

Nuray EKŞİ, Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Davası*, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Z.N.S. v. Türkiye Davası* (Başvuru no: 21896/08) Karar Strazburg 19 Ocak 2010 Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin *Charahili v. Türkiye, Kesmiri v. Türkiye, Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye, Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye* Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, *M.B. v. Türkiye, D.B. v. Türkiye, Dbouba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye* Davalarında 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Cox v. Türkiye* Davasında (Başvuru No. 2933/03) Verdiği 20 Mayıs 2010 Tarihli Kararın Türkçe Tercümesi, IX(2010)2 İKÜHFD.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye* Davasında (no. 2 Başvuru no. 50213/08) Verdiği 27 Temmuz 2010 Tarihli Kararın Türkçe Tercümesi, (2009)1-2 MHB.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Moghaddas v. Türkiye Davasında* (Başvuru No. 46134/08) Verdiği Kararın Türkçe Tercümesi, LXVI(2008)2 İHFD.

Nuray EKŞİ, AİHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AİHS'in 5. Maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi, 32(2012)1 MHB.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin '*Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*' Davasında Verdiği 22 Eylül 2009 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi, İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, Editörler: Özlen Çelebi/Saime Özçürümez/Şirin Türkay, BMMYK Yayını, Ankara 2011.

Nuray EKŞİ, AİHM'in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Sınırdışı ve İdarî Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3. ve 5. Maddelerini İhlal Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi, 11(2013)131 LHD.

Nuray EKŞİ, Engelli Filistinlinin Sınırdışı ve İdari Gözetim Altında Tutulması İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3, 5, 8 ve 13. Maddelerini İhlal Ettiğine İlişkin Olarak *Asalya v. Türkiye* Davasında Verilen 15 Nisan 2014 Tarihli AİHM Kararının Tercümesi, 12(2014)137 LHD.

Colin HARVEY, Promoting Insecurity: Public Order, Expulsion and the Euro-

pean Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Editors. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001.

Ahmet İÇDUYGU/Damla B. AKSEL, Türkiye'de Düzensiz Göç, IOM Yayını, Ankara 2012.

Matti PELLONPÄÄ, Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland, Helsinki 1984.

René PROVOST, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002.

M. Sezgin TANRIKULU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012.

KISALTMALAR

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ARC	: Ashraf Refugee Camp
bkz.	: Bakınız
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
IOM	: International Organization for Migration
IPFG	: Iranian People Fedaae Guerrillas
İHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KDPI	: Kurdish Democratic Party of Iran
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
MaltepeÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
md.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
PMOI	: People's Mojahedin Organisation of Iran
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TIPF	: Temporary Interview and Protection Facility
vd.	: Ve devamı
YİSHK	: Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

ULUSLARARASI BARIŞ VE GÜVENLİĞİN SÜRDÜRÜLMESİ KAPSAMINDA BARIŞ İÇİN BİRLİK KARARI'NIN UYGULANABİLİRLİĞİ

*The Applicability of Uniting for Peace Resolution in the Context
of Maintaining International Peace and Security*

Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL*

ÖZET

II. Dünya Savaşı'nın ardından kurulan Birleşmiş Milletlerde, savaşın galibi beş devletin daimî üye olarak yer aldığı Güvenlik Konseyi oldukça güçlü ve geniş yetkilerle donatılmış, buna mukabil tüm üye devletlerin eşit bir şekilde temsil edildiği Genel Kurul bir müzakere organı olarak şekillendirilmiştir. Ancak Güvenlik Konseyinin belirleyici ve hükmedici bir konuma sahip kılındığı bu sistemin, temel amaç olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması açısından başarısız olduğu ortaya çıkmıştır. Özellikle daimî üyelerin Birleşmiş Milletler Andlaşması ile kendilerine tanınan veto yetkilerini sıkça kullanmaları sebebiyle, Güvenlik Konseyinden karar almak neredeyse imkânsız hâle gelmiştir. Uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden veya ihlâl eden olaylar karşısında Güvenlik Konseyinin etkin bir şekilde harekete geçememesi, Güvenlik Konseyi özelinde Birleşmiş Milletleri haklı eleştirilerin hedefi haline getirmektedir. Birleşmiş Milletler sisteminin yaşanan bu tür sorunlar ve günümüz ihtiyaçları doğrultusunda yeniden şekillendirilmesi yönündeki çabaların sonuç vermediği dikkate alındığında, daimî üyelerin sahip oldukları veto yetkilerini kötüye kullanmaları karşısında, Genel Kurulun 1950 tarihli Barış İçin Birlik Kararı kapsamında harekete geçmesinin en uygun ve elverişli seçenek olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul, Uluslararası Barış ve Güvenlik, Daimî Üyeler, Veto Yetkisi, Barış İçin Birlik Kararı

ABSTRACT

The Security Council, being one of the main bodies of the United Nations established after the Second World War, is composed of five permanent members and

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
ahtopal@medipol.edu.tr

empowered with large and strong powers, in contrast with General Assembly designed just as negotiation organ although all member states are represented only in this body. However, it is obvious that the Security Council dominant UN system aiming international peace and security has not been successful. Especially due to frequent use of veto power by permanent members has blocked decision making. The inability and immobility of Security Council against the actions creating threats to international peace and security has made the UN system a target of rightful criticism. Taking into consideration these problems and futile reform efforts for restructuring the UN system, the most appropriate and convenient option to prevent abuses of veto powers by permanent members is to act according to Uniting for Peace Resolution of the General Assembly dated 1950.

Key Words: United Nations, Security Council, General Assembly, International Peace and Security, Permanent Members, Veto, Uniting for Peace Resolution



GİRİŞ

Arap Baharı'nın başlamasıyla birlikte Suriye'de de Baas rejimi aleyhine hürriyet ve demokrasi taleplerini dile getiren barışçıl gösteriler başlamış ve uluslararası toplumun dikkatini çekmeyi başarmıştır. Ancak 15 Mart 2011'de başlayan ve kısa bir sürede ülke çapına yayılan gösterilerin aşırı şiddet kullanılarak bastırılmak istenmesi karşısında çıkan çatışmalar, zamanla iç savaşa dönüşmüş, ülkede barış ve istikrar ortadan kalkmıştır. Yaşanan iç savaş nedeniyle çoğunluğu sivil olmak üzere 150.000'den fazla Suriyelinin hayatını kaybettiği, onbinlercesinin yaralandığı veya komşu ülkelere sığındığı, işkenceye ve cinsel saldırılara uğradığı ifade edilmektedir.¹ İnsan hakları ihlallerinin sistematik

¹ Bağımsız insan hakları kuruluşlarınca hazırlanan raporlarda, Suriye'de savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlendiği, yaygın insan hakları ihlallerinin gerçekleştirildiği, milyonlarca Suriyelinin ülke içinde ve dışında mülteci durumuna düştüğü belirtilmektedir. Savaş uçakları, kimyasal silâhlar, yangın ve msket bombaları ile ayırım gözetmeksizin meskûn alanlara ve sivillere saldırıldığı; sivil nüfusa karşı cinayet, işkence, tecavüz, zorla yerinden etme, zorla kaybetme ve diğer insanlık dışı suçların yaygın ve sistematik olarak işlendiği, gözaltına alınan binlerce kişiye işkence yapıldığı ve kötü muamelede bulunduğu, bu kişilerin çoğunun işkence sebebiyle öldüğü veya yargısız infaza uğradığı, özel mülke zarar ve yağma gibi savaş suçlarının işlendiği ifade edilmektedir. Söz konusu raporlarda, hükümet kuvvetleri ve milisler tarafından işlenen suçlar ve gerçekleştirilen ihlallerle mukayese edilmesi söz konusu olmamakla birlikte muhalif gruplar tarafından da işkence, rehin alma,

bir devlet politikası hâline geldiği Suriye’de iç savaşın neden olduğu can ve mal kaybı ile uluslararası barış ve güvenliğe yönelmiş olduğu tehdit, doğal olarak Birleşmiş Milletler (BM) önünde de gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Suriye’de yaşananlar, ilk olarak 21 Nisan 2011’de Filistin ile İsrail arasındaki müzakerelerin ele alındığı Güvenlik Konseyi toplantısında gündeme gelmiş; ABD, İngiltere, Fransa ve Almanya protestoculara yönelik şiddeti dile getirecek soruna bir çözüm bulunması çağrısında bulunmuşlardır. Ancak Rusya ve Çin, Suriye’nin içişlerine yönelik herhangi bir müdahalenin kabul edilemez olduğunu gerekçe göstererek konunun Güvenlik Konseyinde görüşülmesine karşı çıkmıştır.² Kısa bir süre sonra, Suriye’de yaşananlar bu kez özel olarak Güvenlik Konseyinin önüne gelmiş; ABD, Almanya ve Brezilya dâhil bazı devletler uygulanan şiddetin kınanması ve acilen sonlandırılması çağrısında bulunulmasını talep etmişlerdir. Yine Rusya, Suriye’deki durumun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil etmediğini ileri sürerek Çin ile birlikte konunun görüşülmesine mâni olmuştur.³ Güvenlik Konseyindeki diğer bir teşebbüs, 4 Şubat 2012’de gerçekleştirilmiştir. Bu kez Konseye üye on üç ülke, yaygın ve ağır insan hakları ihlallerinden dolayı Suriye yönetimini kınayan ve şiddete son verilerek taraflar arasında ateşkes ilan edilmesini öngören bir karar tasarısını Konseye sunmuşlardır. Ülkede giderek kötüleşen duruma ve binlerce insanın ölümüne dikkat çekilen ve Suriye halkının endişelerini gidermeyi amaçlayan bir siyasî sürecin başlatılması çağrısında bulunulan tasarı, önceki teşebbüslerde olduğu gibi yine Rusya ve Çin’in veto yetkilerini kullanmaları sebebiyle kabul edilmemiştir.⁴

yağma, yargısız infaz, cinayet gibi savaş suçlarının işlendiği belirtilmektedir. Suriye’deki iç savaş süreci ve yaşanan insan hakları ihlalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/IndependentInternationalCommission.aspx> (27 Nisan 2014); Yavuz Güçtürk, İnsanlığın Kaybı Suriye’deki İç Savaşın İnsan Hakları Boyutu, SETA, 2014, http://file.setav.org/Files/Pdf/20140206131417_insanligin-kaybi-suriye-pdf.pdf (27 Nisan 2014).

² UN SCOR 66th Sess. 6520th mtg. UN Doc. S/PV.6520 21 April 2011.

³ UN SCOR 66th Sess. 6524th mtg. UN Doc. S/PV.6524 27 April 2011.

⁴ UNSC 6711th mtg. S/2012/77 UN Doc. S/PV.6711 4 February 2012. Benzer şekilde Rusya ve Çin; 4 Ekim 2011, 4 Şubat 2012, 24 Temmuz 2012 tarihlerinde de Suriye’ye ilişkin karar tasarılarını veto ederek engellemiştir. BM’de Suriye’ye ilişkin gelişmelerin kronolojik seyri için bkz. Security Council Report, *Chronology of Events Syria*, <http://www.securitycouncil->

Suriye'deki şiddet sarmalının son bulmasına yönelik çabalar, bu kısa özetten de anlaşılacağı üzere uluslararası kamuoyunun bölünmüşlüğü ve Güvenlik Konseyinin sergilemiş olduğu başarısızlık nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Binlerce insanın ölümüne, yaralanmasına, evlerini terketmesine neden olan iç savaş ise, bütün şiddetiyle sürmekte ve Suriyelilerin yaşamış olduğu acılar birer istatistikî veri olarak kayda geçmeye devam etmektedir.

Suriye örneğinde de görüldüğü üzere, Güvenlik Konseyindeki daimî üyelerin sahip oldukları veto yetkilerini Konseyin çalışmasını önleyecek şekilde kullanmaları, temel amaç olan uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını engellemektedir. Daimî üyeler, II. Dünya Savaşı'nın ardından oluşan siyasî ve askerî şartların etkisiyle şekillenen BM Andlaşması'nda tanınan veto yetkisini kullanarak veya kullanma tehdidinde bulunarak Konseyin gündemini belirleyebilmekte, kendi istek ve menfaatleriyle çatışan bir kararın çıkmasına mâni olabilmektedirler.

Çalışmada, daimî üyelere tanınan veto yetkisinin neden olduğu sorunlar ve bu sorunlar karşısında Genel Kurulun konumu ele alınmaktadır. Bu bağlamda, mevcut BM sistemi değiştirilmediği sürece veto tehdidiyle karşı karşıya olan Güvenlik Konseyinin yerine getiremediği uluslararası barış ve güvenliği sağlama görevinin, yine BM sistemi içinde ve uluslararası toplumun çoğunluğunun arzusu doğrultusunda Genel Kurul tarafından yerine getirilebileceği üzerinde durulmaktadır. Güvenlik Konseyinin barışın tehdidi, ihlâli veya saldırı fiilinin vukuu hâlinde veto yetkisi sebebiyle karar alamaması ve uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini yerine getirememesi durumunda, Genel Kurulun 1950'de aldığı "Barış İçin Birlik Kararı" uyarınca bu görevi üstlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

I. GÜVENLİK KONSEYİNİN BAŞARISIZLIĞI VE MEVCUT SİSTEMİNİN SÜRDÜRÜLEMEZLİĞİ

II. Dünya Savaşı'nın galibi devletler arasında gerçekleştirilen sıkı pazarlıklarla birlikte şekillenen BM Andlaşması ile birlikte, galip devletlerin savaş

sonrasında elde etmiş oldukları avantajlı ve imtiyazlı konumlarını kalıcı hâle getirmeye imkân sağlayan bir sistem oluşturulmuştur. Söz konusu devletler, savaşla birlikte elde etmiş oldukları gücü muhafaza edebilmek kaygısıyla hareket etmişler ve BM sistemini buna göre şekillendirmişlerdir. Beş daimî üye ve her biri iki yıllığına coğrafî dağılım esasına göre seçilen on geçici üye olmak üzere toplam on beş üyeden oluşan Güvenlik Konseyinde, savaşın galibi beş büyük devlet daimî üye statüsüne sahip olduğu gibi yine her biri veto yetkisine sahip kılınmıştır.⁵ Teşkilat yapısı içinde kilit bir rol üstlenen Güvenlik Konseyi için öngörülen daimî üye statüsü ve daimî üyelere tanınan veto yetkisi, sistem içinde merkezî ve belirleyici bir yapının oluşmasına imkân sağlamıştır.⁶

Mevcut sistemde daimî üyelerin istemediği bir kararın Konseyden çıkması mümkün değildir.⁷ Uluslararası barış ve güvenliği koruma ortak amacı

⁵ BM Andlaşması'nın hazırlık görüşmelerinde bazı devletler veto yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması yönünde çaba sarfetmiş, ancak daimî üye olması beklenen devletler açık bir tavır ortaya koyarak veto yetkisi olmadığı takdirde BM'nin de olmayacağı şeklinde bir tutum sergilemişlerdir. Bu yüzden veto yetkisine yönelik muhalefete rağmen daimî üyelere veto yetkisinin tanınması yönündeki düzenleme metne girmiş ve kabul edilmiştir. Bkz. Saira Mohamed, *Shame in the Security Council*, Wash. U. L. Rev. 2013, Sayı 90, s. 1210.

⁶ Aslında BM Andlaşması'nda açıkça "veto" şeklinde bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak 27. maddede, usulle ilgili meseleler hariç Güvenlik Konseyinde diğer tüm meselelerde daimî üyelere herhangi birinin olumsuz oy kullanmaları şartıyla toplam dokuz üyenin oyu ile karar alınabileceği belirtilmek suretiyle daimî üyelere zimnen veto yetkisi tanınmıştır. Öte yandan Pazarcı'nın da işaret ettiği üzere madde 27/3, karar alınabilmesi için aranan dokuz olumlu oyun içinde tüm daimî üyelerin de yer alması gerektiği, daimî üyelere herhangi birinin oturuma katılmaması veya çekimser oy kullanması hâlinde bunun bir veto gibi değerlendirileceği ve Konseyin karar alamayacağı şeklinde bir izlenim vermektedir. Ancak daimî üyelere herhangi birinin oylamaya katılmaması veya çekimser oy kullanması, ilgili devletin veto yetkisini kullandığı anlamına gelmemektedir. Uygulamada, her iki durumda da alınan kararlar geçerli kabul edilmektedir. Kararın alınmasına engel olan daimî üye devletin oylamaya katılmaması veya oylamada çekimser oy kullanması değil, karar aleyhine oy kullanmasıdır. BM'nin kuruluşundan itibaren uygulama da bu yönde şekillenmiştir. Sovyetler Birliği'nin (SSCB) Konsey çalışmalarına katılmadığı dönemde alınan ve Kuzey Kore'ye karşı zorlayıcı nitelikte tedbirlere başvurulmasını öngören kararlar, SSCB'nin itirazına rağmen uygulanmıştır. Diğer bir husus, Konseyde görüşülen bir konunun usule mi yoksa esasa mı ait bir konu olduğu hususunda karar merciinin Konsey olduğudur. Konseyin önüne gelen bir konunun usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun tespiti, esasa ilişkin bir sorun kabul edilmiş ve daimî üyelere bu konuda da veto yetkisi tanınmıştır. Buna göre daimî üyeler, hem konunun niteliğinin tespiti aşamasında hem de esasa ilişkin karar aşamasında olmak üzere "çifte veto yetkisi" olarak adlandırılan iki ayrı veto yetkisine sahiptir. Bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 131-132.

⁷ Daimî üyelerin veto yetkisini kullanarak çıkarılmasına engel oldukları karar tasarıları hak-

doğrultusunda oluşturulan sistemin, daimî üye statüsüne sahip devletlere rağmen uygulanması fiilen imkânsızdır.⁸ Bu devletler, veto yetkisini kullanarak kendilerini BM Andlaşması'nda yer verilen ve tüm üyelerin uyması istenilen kurallardan bir anlamda muaf tutmaktadırlar. Daimî üyeler, Suriye ve İsrail örneklerinde görüldüğü gibi, sahip oldukları veto yetkisini yoluyla müttefiki olan devletlere de benzeri bir koruma sağlayarak bir anlamda herhangi bir müeyyideye maruz kalma endişesi olmaksızın uluslararası hukuk kurallarını ihlâl edebilme yetkisini diğer devletlere de sunabilmektedirler.

Aslında daimî üyelerin sahip oldukları bu yetkiyi, hukukun genel bir kadesi olan iyi niyet ilkesine uygun bir şekilde kullanmaları zorunludur. BM Andlaşması madde 2/2'de, "*Tüm üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve menfaatlardan tümünün yararlanmasını sağlamak için işbu Andlaşma gereğince üstlendikleri bütün yükümlülükleri iyi niyetle yerine getireceklerdir.*" hükmüne yer verilmektedir. Daimî üyelerin, ortak menfaatler doğrultusunda uluslararası barış ve güvenliği korumak için kullanmaları gereken bu hakkı kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmaları, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından da sorun teşkil eder niteliktedir.⁹ Oysa BM Andlaşması'nın hazırlık çalışmaları sürecinde toplanan Yalta Konferansı'nda veto yetkisinin Konseyin faaliyetlerini engelleyecek şekilde kullanılamayacağı açıkça ifade

kında bkz. *Security Council Veto List*, http://www.un.org/depts/dhl/resguide/scact_veto_en.shtml (27 Nisan 2014).

⁸ Veto yetkisiyle birlikte daimî üyeler adeta dokunulmaz bir statüye sahip olmuş ve bu devletlere karşı bir karar alınması neredeyse imkânsız hâle gelmiştir. Daimî üyelerin, kendileriyle ilgili bir uyuşmazlığın Konseyin önüne gelmesi hâlinde aleyhlerine alınacak kararları veto etmeleri neredeyse standart bir uygulamadır. Mesela, daimî üyeler arasında Rusya ile birlikte en fazla veto yetkisini kullanan devlet olarak öne çıkan ABD, 1989 yılında Panama'yı işgal etmiş, işgalin Güvenlik Konseyine gelmesi üzerine veto yetkisini kullanmaktan kaçınmamıştır. Keza Ukrayna'ya bağlı Kırım Özerk Cumhuriyeti'nde yaşanan son gelişmelerle ilgili olarak Rusya'nın kınanmasını öngören karar tasarısı ABD'nin desteğine rağmen Rusya tarafından veto edilmiştir. Daimî üyelere karşı siyasî, iktisadî veya askerî herhangi bir zorlayıcı yola başvurulmadığı, bu devletlerin herhangi bir sorumluluğun olmadığı bir yerde doğal olarak ilgili devletler kuralları ihlâl etmekte herhangi bir beis görmeyeceklerdir.

⁹ Veto yetkisinin kullanılması, her ne kadar BM Andlaşması'nda daimî üyelere tanınan yetki sınırları içinde kalsa da bu yetkinin kullanılmasından dolayı Konseyin üstlenmiş olduğu görevlerini yerine getirememesi hakkın kötüye kullanılması anlamına da gelmektedir. Bkz. Andrew J. Carswell, *Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution*, J. Conflict & Security L. Cilt. 18, Sayı 3, 2013, s. 470.

edilmiştir.¹⁰

Diğer taraftan, BM'nin kuruluş yıllarına hâkim askerî ve siyasî şartları yansıtan veto yetkisinin adalet ve çoğulculuk ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Beş büyük devlete tanınan daimî üye statüsü ve veto yetkisi, Konseyin işleyişi açısından demokratik bir karar alma mekanizmasına sahip olmadığı yönünde eleştirileri de beraberinde getirmektedir. ABD, Rusya, Çin, Fransa ve İngiltere'ye tanınan daimî üye statüsü ve veto yetkisinin, devletlerin eşitliği ilkesine aykırı olduğu ve bir temsil krizi oluşturduğu açıktır.

Öte yandan BM'nin kuruluşundan itibaren Güvenlik Konseyinin sergilemiş olduğu performans dikkate alındığında, Konseyin ilkeli ve istikrarlı bir politika takip etmediği, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerle mücadelede veya uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini ifa ederken seçici davrandığı görülmektedir. Güvenlik Konseyinin kimi olaylarda sessiz kalma veya esasa yönelik önem taşımayan kararlar alma veya geç müdahale etme yönünde istikrar arz eden bir tutum takındığı açıktır. Güvenlik Konseyinin kendisine tanınan yetkileri etkin bir şekilde kullanarak müdahil olduğu olaylarda ise, muhatap devletlerin umumiyetle başta ABD olmak üzere büyük devletlerin hedef tahtasına koyduğu ülkeler veya zayıf ülkeler olduğu görülmektedir. Aslında Konseyin benzer pek çok olayda farklı davrandığı ve çifte standardı bir kural haline getirdiği söylenebilir. Mesela Irak'ın Kuveyt'i işgalinde BM Andlaşması'nın kendisine tanıdığı tüm yetkileri kullanan ve son derece aktif bir tavır takınan Konsey, aynı yıllarda yaşanan Bosna Hersek ve Ruanda örneklerinde sessiz ya da etkisiz kalmıştır. Keza hâlen Suriye'de yaşananlar karşısında kayda değer herhangi bir adım atmayan Konseyin, yakın geçmişte benzer bir sürecin yaşandığı Libya ile ilgili önemli kararlar aldığı görülmektedir.¹¹ Yine ABD'nin en önemli müttefiklerinden biri olan İsrail'in kuruluşundan bu yana, gerek bölge devletlerine karşı gerçekleştirdiği saldırılar gerekse Filistin

¹⁰ Carswell, s. 471.

¹¹ Güvenlik Konseyi, rejim karşıtı muhalif gösterilerin şiddete dönüştüğü ve sivillere yönelik yaygın insan hakları ihlallerinin gerçekleştirildiği Libya'ya yönelik olarak uçuşa yasak bölge ilan edilmesi dâhil olmak üzere BM Andlaşması'nın VII. Bölümü kapsamında çeşitli kararlar almıştır. Bkz. UNSC Res. 1973, UN Doc. S/RES/1973, 17 March 2011; UNSC Res. 1970, UN Doc. S/RES/1970, 26 February 2011.

halkına yönelik katliam ve diğer uluslararası hukuk ihlallerine rağmen Güvenlik Konseyinin harekete geçmemesi, diğer bir önemli örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.¹² İsrail tarafından gerçekleştirilen ihlaller, Güvenlik Konseyinin gündemine gelmemiş, gelse de etkin bir müeyyide uygulanmamıştır.¹³ Öte yandan daimî üyelerin veto yetkisini kullanarak eleştirilerin hedefinde olmaktansa açıkça veya zımnen veto tehdidinde bulunmayı tercih ederek arzu etmedikleri bir karar tasarısının Konsey önüne gelmesine engel oldukları da görülmektedir. Uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren pek çok konu, daimî üyelerin veto yetkilerini kullanacağı gerekçesiyle ya Konsey önüne gelmemekte ya da veto endişesiyle bu konularda karar tasarısı sunulmamaktadır.¹⁴ Böylece daimî üyeler, kendi istekleri doğrultusunda bir kararın çıkmasını veya çıkmamasını ya da Konseyin gündeminin belirlenmesini sağlayabilmektedir.

Aslında Soğuk Savaşın sona ermesiyle birlikte Doğu ve Batı Blokları arasında yaşanan ideolojik rekabetin neden olduğu çatışmanın ortadan kalktığı, Güvenlik Konseyinin BM Andlaşması'nda üstlenmiş olduğu sorumluluklarını gerektiği şekilde yerine getireceği ve Konseyin geçmişte sergilediği başarısızlığın sona ereceği düşünülmüştür. Hatta Kuveyt'in Irak tarafından işgâlinin ardından Konseyin sergilemiş olduğu kararlı tavır, bu konudaki iyimser beklentileri daha da artırmıştır. Ancak daimî üyelerin veto yetkisini uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması yönündeki ortak amacın dışında kendi millî

¹² ABD, İsrail aleyhine gündeme getirilen karar tasarılarını kategorik olarak veto etme eğilimindedir. 2002 yılında ABD'nin BM temsilcisi John Negroponte; İsrail-Filistin sorunuyla ilgili olarak sunulan karar tasarısı karşısında, ülkesinin bu konuda Konsey önüne getirilecek her tasarını, İsrail vatandaşlarına yönelik terörist eylemler ve intihar saldırılarından sorumlu tutulan El-Aksa Şehitleri Tugayı, İslami Cihat ve Hamas'ı **kınamaması ve sorunun siyasi çözümü için tüm taraflara çağrıda bulunmaması** hâlinde veto edeceğini açıklamıştır. İsrail'i koruyucu ve kollayıcı bir politika takip eden ABD açısından bakıldığında, yönetimlerin değişmesine mukabil millî bir mesele gibi algılanan bu konuda yeknesak bir tavrın sürdürüldüğü görülmektedir. Bkz. Sahar Okhovat, *The United Nations Security Council: Its Veto Power and Its Reform*, CPACS Working Paper No. 15/1, 2011, s. 14.

¹³ Güvenlik Konseyi tarafından İsrail aleyhine alınan kararlar İsrail tarafından yerine getirilmemesine rağmen Konseyin kararların yerine getirilmesine yönelik olarak İsrail'i zorlayıcı herhangi bir adım atmaktan kaçındığı görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Jeremy R. Hammond, *Rogue State: Israeli Violations of U.N. Security Council Resolutions*, 27 January 2010, <http://www.foreignpolicyjournal.com/2010/01/27/rogue-state-israeli-violations-of-u-n-security-council-resolutions/view-all/> (27 Nisan 2014).

¹⁴ Örnek olaylar için bkz. Okhovat, s. 16-19.

menfaatleri doğrultusunda kullanmaya devam etmeleri, beklentilerin hayal kırıklığıyla neticelenmesine yol açmıştır. İstisnâî bir kaç durum dışında, Güvenlik Konseyinin temel görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında başarılı olduğunu söyleyebilmek maalesef mümkün değildir. 1990'lı yıllardan itibaren Bosna Hersek, Ruanda, Somali, Çeçenistan, Kosova, Sudan, Irak başta olmak üzere dünyanın farklı coğrafyalarında yaşanan ve insanlığın ortak vicdanında derin izler bırakan olaylarda Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması ile üstlendiği görevlerini geçmişte olduğu gibi yine istenildiği şekliyle yerine getirememiştir. Günümüzde de Suriye, Orta Afrika Cumhuriyeti ve son olarak Ukrayna'da yaşananlar Güvenlik Konseyinin başarısızlık hanesine eklenen yeni örneklerdir. Güvenlik Konseyinin sivillere yönelik saldırılar ve uluslararası hukuk ihlalleri karşısında sergilediği bu başarısızlık, tepkileri ve hayal kırıklığını artırdığı gibi Konseyin mevcut hâliyle uluslararası toplumun beklentilerini karşılayamayacağını da açık bir göstergesidir.

BM Andlaşması ile üstlenmiş olduğu görevleri yerine getiremeyen Güvenlik Konseyi, uluslararası toplum nezdinde inandırıcılığını büyük ölçüde kaybetmiştir. Yaşanan bu olumsuz tablo, Aral'ın haklı olarak gündeme getirdiği üzere, Konseyin uluslararası barış ve güvenliğin garantörü mü olduğu yoksa uluslararası barışın sağlanmasını engelleyen bir aktör mü olduğu sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.¹⁵ Aslında bu tablonun ortaya koyduğu gerçek, mevcut BM sistemi içinde uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerle mücadele etmenin mümkün olmadığıdır. II. Dünya Savaşı'nın galibi devletlerin istek ve arzuları doğrultusunda hazırlanan BM sisteminin aynen muhafaza edilerek değiştirilmemesi, sistemin hem sağlıklı bir şekilde işlemesine hem de BM'nin temel amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına mâni olmaktadır. BM'nin gerek yapısal sorunları gerekse işleyişinde karşılaşılan sorunlar dikkate alındığında, BM sisteminin yeniden düzenlenmesinin bir zorunluluk olduğu açıktır. Konseyin üye yapılanması ile çalışma usul ve esasları, yaşanan başarısızlık ve BM'nin kuruluşundan bu yana uluslararası toplumun geçirdiği değişim dikkate alınarak adil, demokratik ve etkin bir yapıya dönüştürülmeli-

¹⁵ Berdal Aral, *Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik*, SETA Analiz, Sayı 72, 2013, s. 18.

dir.

II. VETO YETKİSİ KARŞISINDA REFORM TEKLİFLERİ VE BU TEKLİFLERİN GERÇEKLEŞTİRİLEBİLİRLİĞİ

BM'deki yapısal problemler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, BM'nin yeniden yapılandırılması yönündeki taleplerin devamlılık arz eder bir şekilde gündeme taşınmasına sebep olmaktadır.¹⁶ Reform tekliflerinde ağırlıklı olarak Güvenlik Konseyinin üye yapılanması ile daimî üyelere tanınan veto yetkisi üzerinde durulduğu görülmektedir.

BM'nin yeniden yapılandırılması çabaları kapsamında, Konseyin demokratik ve adil temsil ilkesi doğrultusunda hem daimî hem de geçici üye sayısının artırılması gündeme gelmektedir. Hakikaten Konseyin mevcut yapısı, üye sayısındaki artışı yansıtmadığı gibi BM Andlaşması madde 2/1'de ifade edilen BM'nin tüm üyelerinin egemen eşitliği üzerine kurulduğu ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Öte yandan kurulduğunda 51 üyeye sahip BM, bugün itibarıyla 193 üyeye sahiptir. Üye sayısındaki bu artışa rağmen önemli bir değişikliğe gidilmemiş ve mevcut üye yapılanması büyük ölçüde muhafaza edilmiştir.¹⁷ Üye sayısındaki artışta, BM kurulduğunda sömürge idaresi altında bulunan ve zamanla bağımsızlıklarını kazanan Afrika ve Asya devletleri etkili olmuştur. Bu devletler, kuruluşunda yer almadıkları BM içinde Güvenlik Konseyi başta

¹⁶ BM'de reform arayışlarına dair son dönemde yapılan bazı akademik çalışmalar için bkz. Anna Spain, *The U.N. Security Council's Duty to Decide*, Harv. Nat'l Sec. J. Sayı 4, 2013, s. 320-384; Brian Cox, *United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences*, S. C. J. Int'l. L. & Bus. Cilt 6, Sayı 1, 2009, s. 89-127; Kamrul Hossain, *The Challenge and Prospect of Security Council Reform*, Regent J. Int'l L. 7, 2010, s. 299-319; Bart Szewczyk, *Variable Multipolarity and UN Security Council Reform*, Harv. Int'l L. J. Cilt 53, Sayı 2, 2012, s. 451-500; Kenneth Anderson, *United Nations Collective Security and the United States Security Guarantee in an Age of Rising Multipolarity: The Security Council as the Talking Shop of the Nations*, Chi. J. Int'l L. Cilt 10, Sayı 1, 2009, s. 55-91; Yehuda Z. Blum, *Proposals for UN Security Council Reform*, Am. J. Int'l L. Cilt 99, Sayı 3, 2005, s. 632-649; Emilio J. Cardenas, *The United Nations Security Council's Quest for Effectiveness*, Mich. J. Int'l L. Cilt 25, Sayı 4, 2004, s. 1341-1348; Selman Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

¹⁷ Kuruluşta 51 olan üye devlet sayısının 1963 yılında 113'e çıkması karşısında, 6 olan geçici üye sayısı 10'a çıkarılmış ve böylece Konseyin üye sayısı 11'den 15'e yükseltilmiştir. Bkz. A. Res. 1991 (XVIII) U.N. Doc. A/RES/1991 17 December 1963.

olmak üzere coğrafi ve kültürel bakımdan adil bir şekilde temsil talep etmektedirler.¹⁸ Bu durum BM sistemi içinde özel bir konumu haiz Güvenlik Konseyinin coğrafi temsil açısından adil bir yapılanmaya sahip olmadığı şeklinde eleştirileri beraberinde getirmektedir.

Uluslararası güç dengelerinin değişmesi de, üye sayısının artırılması yönündeki taleplerde önemli bir rol oynamaktadır. Daimî üyeler arasında yer alan Fransa ve İngiltere'nin uluslararası alandaki etkinliklerinin BM'nin kuruluş yıllarına nazaran azalmasına mukabil, İkinci Dünya Savaşı'nın mağlup devletleri arasında yer alan Almanya ile Japonya'nın giderek güç kazandıkları ve birer küresel aktör haline geldikleri görülmektedir. Keza Hindistan ve Brezilya gibi bölgesel düzeyde öne çıkan devletlerin, uluslararası alanda etkinlikleri ve ağırlıkları artmaktadır. Bu bağlamda Japonya, Almanya, Brezilya ve Hindistan gibi teknolojik, siyasi ve iktisadi yönden uluslararası alanda öne çıkan gelişmiş diğer devletlerin de daimî üye olma talebinde buldukları görülmektedir.

Uluslararası alanda yaşanan bu gelişmelere mukabil, daimî üyelerin sayısının artırılarak coğrafi veya kültürel özellikler çerçevesinde yeni üyeler belirlenmesi, sorunun çözüme kavuşturulması anlamına gelmemektedir. Veto yetkisi devam ettiği sürece, Konseyde yaşanan sorunların ortadan kalkacağını düşünmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Aksine daimî üyelerin sayısının artırılması, Konseyin çalışma ve karar alma sürecini olumsuz yönde etkileyebilecektir. Daimî üye olan beş devlet arasında mutabakata varılabilmesi daha kolay iken sayısının artırılmasıyla birlikte daimî üyeler arasında mutabakat varılması daha da güçleşebilecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, veto yetkisi muhafaza edildiği sürece temsilde adalet ilkesi doğrultusunda yeni daimî üye seçilmesi, karar alma sürecini daha da içinden çıkılmaz hâle getirecektir.

¹⁸ Öte yandan daimî üye olması muhtemel söz konusu ülkelere aralarında rekabet veya geçmişlerinde husumet bulunan kimi devletlerin karşı çıktıkları dikkat çekmektedir. Bu kapsamda Çin Japonya'nın, Pakistan Hindistan'ın, Arjantin ve Meksika Brezilya'nın daimî üyeliğine karşı çıkmaktadır. Benzer şekilde daimî üyelerden İngiltere ve Fransa'nın Almanya'nın daimî üyeliğini desteklemediği, Rusya ve Çin'in de yeni daimî üyelere karşı çıktığı ifade edilmektedir. Daimî üyeler dâhil üye devletlerin bu konudaki yaklaşımları için bkz. Thomas G. Weiss, *Overcoming the Security Council Reform Impasse the Implausible versus the Plausible*, Dialogue on Globalization, Occasional Papers, No 14, 2005, s. 24.

BM Andlaşması çerçevesinde mevcut sistemin işleyişinde karşılaşılan sorunları ortadan kaldıran bir reformun yapılabilmesi aslında neredeyse imkânsızdır. BM sisteminde kapsamlı bir reform yapılması yönünde genel bir kabul olmakla birlikte, üye devletler arasındaki görüş farklılıkları bu konuda bir sonuca varılmasını engellemektedir. Özellikle daimî üyelerin, kendileriyle aynı yetkiye sahip yeni daimî üyelerin varlığını kabul ederek sahip oldukları imtiyazlı konumu paylaşımları ya da veto yetkisinin kaldırılması yahut sınırlandırılması yönündeki teklifleri kabul edeceklerini beklemek oldukça iyimser bir yaklaşım olacaktır.¹⁹ Bu durumda sistem içinde alternatif yolların araştırılması, bir zorunluluğa dönüşmektedir. Hiç şüphesiz sistemin aksayan yönlerinin giderilmesi ve günümüz şartları dikkate alınarak yeniden yapılandırılması arzu edilen bir durumdur. Ancak söz konusu tekliflerin özellikle de daimî üyelere tanınan veto yetkisinin kaldırılması yönündeki tekliflerin gerçekleştirme şanslarının olmadığını söylemek gerekir.²⁰

Soruna mevcut BM sistemi üzerinden bir çözüm bulunması amacıyla daha önceden de tecrübe edilmiş ve netice vermiş bulunan Barış İçin Birlik Kararı kapsamında Genel Kurulun devreye girmesi, gerek meşruiyet gerekse yerinde-lik açısından makul bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Reform tekliflerine nazaran daha gerçekçi olan bu yol, Güvenlik Konseyinin veto yetkisinin kötüye kullanılmasından dolayı harekete geçememesi ve BM Andlaşması'yla üstlenmiş olduğu uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini yerine getirememesi karşısında, tüm üyelerin eşit bir şekilde temsil edildiği Genel Kurulun inisiyatif olarak harekete geçmesini öngörmektedir.

¹⁹ BM Andlaşması'nın 108-109 maddelerine göre, daimî üyelerin muvafakati olmadan herhangi bir reform teklifinin kabulü söz konusu değildir. Mevcut daimî üyelerinin sahip oldukları bu imtiyazlı konumu sürdürmek isteyecekleri ve yeni üyelerle paylaşmak istemeyecekleri açıktır. Bu durumda, daimî üyelere tanınan veto yetkisinin reform çabalarının başarıya ulaşmasının önündeki en önemli engel olduğu söylenebilir. Bkz. Okhovat, s. 44-45.

²⁰ Güvenlik Konseyi, üye yapılanmasının adil olmadığı, günümüz gerçekleriyle bağdaşmadığı ve temsili nitelikte olmadığı şeklinde haklı pek çok eleştiriye muhatap olmuştur. Bununla birlikte, 2004 yılında BM bünyesinde dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın teşebbüsüyle hazırlanan ve "Daha Güvenli Bir Dünya: Ortak Sorumluluğumuz" başlığıyla yayımlanan raporda, güçlü devletlerin veto yetkisine sahip olmasının ortak güvenliği sağlanması bakımından gerçekçi bir sistem şeklinde değerlendirilmesi dikkat çekicidir. Rapor için bkz. Ögüt, s. 212-227.

III. BARIŞ İÇİN BİRLİK KARARI'NIN ALINIŞI VE KARARIN KAPSAMI

1945 yılında kurulan ve kendisinden uluslararası barışın sağlanması adına çok şey beklenen BM, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümünü öngörmüş ve kuvvet kullanma yetkisini merkezîleştirerek üye devletlerin meşru müdafaa haricinde kuvvete başvurmalarını yasaklamıştır. Ancak, BM Andlaşması ile oluşturulan bu yeni sistemin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında etkili olamayacağı, BM faaliyete geçtikten kısa bir süre sonra anlaşılmış ve BM'nin ilk büyük sınavını verdiği Kore olayında kendini göstermiştir.

Bilindiği üzere Japonya'nın işgâli altındaki Kore, II. Dünya Savaşı'nın bitiminde el değiştirmiş, ülkenin güney kısmı ABD'nin kuzey kısmı da SSCB'nin kontrolüne geçmiştir. Savaş sonrasında ülkeyi tekrar birleştirme yönündeki çabalar, iki ülke arasındaki ideolojik çekişmeden kaynaklanan görüş farklılıklarından dolayı netice vermemiş, ülke Kuzey ve Güney Kore olmak üzere fiilen ikiye bölünmüştür. Kısa bir süre sonra Güney Kore, Kore Cumhuriyeti ismiyle bağımsızlığını ilan etmiş ve BM Genel Kurulu tarafından da bağımsız bir devlet olarak tanınmıştır. Ancak Kuzey Kore'nin bu gelişmeye cevabı, 25 Haziran 1950'de 38. paraleli geçerek Güney Kore'yi işgâl etmek şeklinde olmuştur.

İşgalin ardından ABD acil önlemler alınması talebiyle konuyu 25 Haziran 1950'de Konseye taşımıştır. Daimî üyelerden SSCB'nin protesto amacıyla Konsey çalışmalarına katılmamasından yararlanan Güvenlik Konseyi²¹, Güney Kore'nin işgâlini barışın ihlâli şeklinde değerlendirerek Kuzey Kore'yi

²¹ Çin'de Komünist Partisi taraftarlarının ülkedeki iç savaşı kazanmasının ardından Çin Halk Cumhuriyeti kurulmuştur. Savaşı kaybeden Chiang Kai-Shek ise, Tayvan'a giderek Çin Cumhuriyeti'nin Tayvan'da devam ettiğini ileri sürmüştür. Komünist Parti Çin'de iktidarı ele geçirmesine rağmen BM, Tayvan'da kurulan yönetimi Çin'in meşru yönetimi olarak tanımaya devam etmiştir. SSCB de, bu durumu protesto ederek Güvenlik Konseyinin çalışmalarına katılmamaya başlamıştır. Çin Halk Cumhuriyeti'nin daimî üye koltuğuna oturması, Genel Kurulun 2758 sayılı ve 25 Ekim 1971 tarihli kararıyla olmuştur. Bkz. Jean Krasno & Mitushi Das, *The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council*, in *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Ed. Bruce Cronin & Ian Hurd, Routledge, London, 2008, s. 178.

kınayan ve üye devletlerden Kuzey Kore'ye yardım yapmamaları çağrısında bulunan üç ayrı karar almıştır.²² Konseyin bu kararlı tavrı karşısında SSCB toplantılara katılmama kararından vazgeçmiş ve veto yetkisini kullanarak yeni kararlar alınmasına engel olmaya başlamıştır.²³ SSCB'nin yokluğunda alınan kararların gereğini yerine getirmek üzere ABD öncülüğündeki bazı devletlerin çabaları, SSCB'nin Konsey çalışmalarına katılmamakla yaptığı hatayı fark ederek toplantılara katılmaya başlaması ve alınmak istenen diğer kararları veto yetkisini kullanarak sonuçsuz bırakması üzerine başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Güvenlik Konseyinden istediği kararları artık çıkaramayacağını anlayan ABD ve diğer batılı devletler, bu kez alternatif olarak Genel Kurula yönelmişlerdir. ABD Dışişleri Başkanı Dean Acheson başkanlığındaki ABD delegasyonu tarafından, Genel Kurulun Eylül ayında gerçekleştirilen yıllık toplantısında, veto yetkisinin kullanılması sebebiyle işlemez hâle gelen Güvenlik Konseyinin yerine Genel Kurulun harekete geçebileceği düşüncesiyle Genel Kurulun yirmi dört saat içinde acil bir toplantı yapmak üzere hazırlık yapması teklifinde bulunulmuştur. 12. maddenin geniş yorumuna dayanan bu teklif, BM Andlaşması uyarınca Genel Kurulun uluslararası barış ve güvenlikle ilgili her tür sorunu müzakere etme ve tavsiye gücünde karar alma yetkisine sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

Teklif karşı çıkan SSCB ve diğer devletler, Genel Kurulun böyle bir yetkisi olmadığını belirterek teklifin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşler ve yapılması gerekenin BM Andlaşma'sının 108 ve 109. maddeleri doğrultusunda Andlaşma'da bir değişikliğe gidilmesi olduğunu ifade etmişlerdir. Söz konusu

²² 25 Haziran 1950'de alınan 82 sayılı ilk kararda, Kore'nin meşru idaresi olarak kabul edilen Kore Cumhuriyeti'nin (Güney Kore) işgâli kınanarak Kuzey Kore kuvvetlerinin Kore Cumhuriyeti topraklarını terketmeleri çağrısında bulunulmuş ve üye devletlerden Kuzey Kore'ye yardım etmemeleri istenmiştir. 27 Haziran 1950'de alınan 83 sayılı ikinci kararda ise, BM üyesi devletlere Kore Cumhuriyeti'ne yönelik bu saldırıyı sonlandırmak üzere yardımda bulunmaları çağrısında bulunulmuştur. Son olarak 7 Temmuz 1950'de alınan 84 sayılı kararda, bir önceki karar doğrultusunda üye devletlerce sağlanan birliklerin komutası ve diğer yardımların idaresinin ABD'ye verilmesi öngörülmüştür. Bkz. UNSC Res. 82 UN Doc. S/RES/82 25 June 1950; UNSC Res. 83 UN Doc. S/RES/83 27 June 1950; UNSC Res. 84 UN Doc. S/RES/84 7 July 1950.

²³ Bu dönemde Tayvan tarafından temsil edilen Çin dâhil Konsey üyesi diğer devletlerle açık bir ideolojik farklılık içindeki SSCB, 1946-1949 yılları arasında tam 26 kez olumsuz oy kullanmış ve Konseyin karar almasına mâni olmuştur. Bkz. Carswell, s. 457.

muhalefete rağmen 3 Kasım 1950 tarih ve 377A(V) sayılı Barış İçin Birlik Kararı, 52 kabul oyuna karşılık 5 ret ve 2 çekimser oyla Genel Kurulda kabul edilmiştir.²⁴

Barış İçin Birlik Kararı; A, B ve C şeklinde üç ayrı karardan müteşekkildir.²⁵ Asıl önemli kısım, A üst başlığı altında yer almakta olup bu kısım da uzun bir giriş ile A, B, C, D ve E şeklinde beş alt bölümden oluşmaktadır. Kararın giriş kısmında; Güvenlik Konseyine verilen uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması temel görevinin önemi teyit edilmiş ve daimî üyeler arasında oybirliği ile hareket edilmesi yükümlülüğü ve veto yetkisinin kullanılmasının sınırlandırılması üzerinde durulmuştur. Ayrıca, Konseyin kendisine verilen bu görevi üye devletler adına yerine getirmekte başarısız kalması hâlinde, üye devletlerin veya BM'nin Andlaşma çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliği sağlama ve sürdürme yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ifade edilmiştir.

Bu kapsamda daimî üyeler arasında mutabakata varılamaması sebebiyle Konseyin uluslararası barış ve güvenliğin korunması yönündeki aslî sorumluluğunu yerine getirememesi hâlinde, Genel Kurulun harekete geçerek konuyu gündemine alabileceği öngörülmüştür:

“... Güvenlik Konseyi; barışın tehdidi, ihlâli veya saldırı fiilinin mevcut görüldüğü herhangi bir durumda, daimî üyeleri arasında oybirliği olmadığından dolayı uluslararası barış ve güvenliği korumaya yönelik aslî sorumluluğunun gereğini yerine getirmekte başarısız olduğu takdirde, Genel Kurul uluslararası barış ve güvenliği muhafaza etmek veya tekrar tesis etmek için, barışın ihlâli

²⁴ Uniting for Peace, UNGA Res 377 (V) 3 November 1950.

²⁵ A başlığında, Genel Kurulun harekete geçmesine imkân tanınırken B başlığında ise, uzaması uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlıklarla ilgili olarak on dört üyeden oluşan bir Barış Gözlem Komisyonu kurulması ve Komisyonun bu tür gerginlikleri gözetleyerek raporlar hazırlaması kararlaştırılmıştır. C başlığında, üye devletlerin kurulması öngörülen BM kuvvetlerinde yer almak üzere kendi silâhlı kuvvetleri içinde eğitilmiş ve teçhiz edilmiş unsurları bulundurmaları öngörülmektedir. D başlığında da, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve kuvvetlendirilmesi adına kullanılacak yöntemleri incelemesi ve Genel Kurul ile Güvenlik Konseyine rapor vermesi için yine on dört üyeden müteşekkil bir Müşterek Tedbirler Komitesi kurulması kararlaştırılmıştır. E başlığında ise, barışın devamlılığının BM Andlaşması'nda yer alan ilke amaçlara riayet edilmesi ve insan haklarına saygı gösterilmesi ile mümkün olduğu ifade edilmektedir.

veya saldırı fiilinin varlığı hâlinde, silâhli kuvvet kullanılması dâhil üye devletlere müşterek tedbirlerin alınmasına yönelik uygun tavsiyeleri belirlemek üzere konuyu derhal ele alacağını kararlaştırır. Genel Kurul toplantı hâlinde değilse, söz konusu talebi takiben yirmi dört saat içinde olağanüstü toplanabilir. Bu tür bir olağanüstü toplantı, Güvenlik Konseyinin herhangi bir yedi üyesinin oyu veya BM üyelerinin çoğunluğu tarafından talep edildiği takdirde yapılacaktır...”²⁶

Buna göre barışın tehdidi, ihlâli veya saldırı eylemi gerçekleşmesine rağmen, Konseyin uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile ilgili görevlerini veto hakkının kötüye kullanılması nedeniyle yerine getirememesi hâlinde, somut konu yirmi dört saat içinde Genel Kurula getirilecektir. Genel Kurul da, 2/3 oyçokluğuyla silâhli kuvvetlerin kullanılması dâhil olmak üzere BM Andlaşması VII. Bölüm kapsamında üye devletlere uygun önlemleri tavsiye etmek üzere harekete geçecektir. Ancak metne bakıldığında, Genel Kurulun bu yolla olağanüstü toplanabilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesinin zorunlu olduğu görülür: Barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlâli veya bir saldırı fiilinin gerçekleşmiş olması; daimî üyeler arasında görüş birliğinin bulunmaması ve Konseyin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına yönelik aslî sorumluluğunu yerine getirememesi.

Tatbikata bakıldığında da Genel Kurulun, Barış İçin Birlik Kararı kapsamında farklı tarihlerde olağanüstü toplanarak uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla yönelik çeşitli kararlar aldığı görülmektedir.²⁷ Genel Kurulun müteaddit kereler gerçekleştirdiği söz konusu toplantılar ve almış olduğu kararlar, bu usulün artık BM sisteminin bir parçası haline geldiği şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte, Barış İçin Birlik Kararı'nın 12. madde kapsamında Güvenlik Konseyinin münhasıran yetkisi altında bulunan alana müdahale teşkil ettiği ve bu yüzden de söz konusu hükmü ihlâl ettiği düşünülebilir. Nitekim doktrinde de Güvenlik Konseyinin veto yetkisinin kullanılması

²⁶ Yedi üye şartı, üye sayısının artırılmasıyla birlikte 1963 yılından itibaren dokuz olarak uygulanmaya başlanmıştır.

²⁷ Söz konusu kararlar için bkz. Bruce Cronin & Ian Hurd, *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, 2008, Routledge, New York, s. 193-194.

yüzünden karar alamadığı her durumda Genel Kurulun harekete geçerek karar almasının BM Andlaşması ile bağdaşmadığı yönünde görüşlerle karşılaşmaktadır. Genel Kurulun uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla harekete geçmesinin, BM Andlaşması'nın emredici hükümleriyle bağdaşmadığı ve yetki alanını genişletmesinin Güvenlik Konseyinin yetkilerine müdahale olacağı şeklinde çeşitli argümanların ileri sürüldüğü görülmektedir.²⁸ Bu durumda, söz konusu uygulamanın BM Andlaşması çerçevesinde hukukî dayanaklarının ve meşruiyetinin ortaya koyulması bir zorunluluğa dönüşmektedir.

IV. BMANDLAŞMASI UYARINCA BARIŞ İÇİN BİRLİK KARARI'NIN HUKUKÎ MEŞRUIYETİ

BM sisteminde uluslararası barış ve güvenliğin korunması bağlamında asıl yetkili ve sorumlu organ Güvenlik Konseyidir. Temel amacı uluslararası barış ve güvenliği korumak olan BM, kurucu belgesi olan BM Andlaşması'nda bu görevi madde 24/1 uyarınca Güvenlik Konseyine tevdi etmiştir. *“Teşkilatın hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için, Üyeleri, uluslararası barış ve güvenliğinin muhafazasının başlıca sorumluluğunu Güvenlik Konseyine verirler ve Güvenlik Konseyinin bu sorumluluğun kendisine yüklediği görevleri yerine getirirken kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler.”*²⁹ Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından başlıca sorumlu organ olan Güvenlik Konseyi, 25. madde ile birlikte bağlayıcı değerinde kararlar alabilme yetkisine sahip kılınmıştır. Nitekim söz konusu maddede, *“Teşkilat üyeleri işbu Andlaşma gereğince, Güvenlik Konseyinin kararlarını kabul etmek ve uygulamak hususunda mutabıktırlar.”* hükmüne yer verilmiştir. Diğer yandan uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümüne dair BM Andlaşması VI. Bölüm kapsamında Genel Kurula paralel yetkilere sahip kılınan Güvenlik Konseyi, uluslararası barışın tehdidi,

²⁸ Ögüt, s. 88-89. Genel Kurulun Barış İçin Birlik Kararı ile kendi yetki sahasını genişlettiğini ileri süren yazara göre, Güvenlik Konseyinin incelediği bir konu ile ilgili Genel Kurulun inisiyatif olarak müdahil olması BM Andlaşması'na aykırıdır. Güvenlik Konseyi kendisinden beklenen görevleri ifa ettiği sürece, Genel Kurulun ilgili konuda tavsiyede bulunması, sadece kendisinden tavsiye istenmesi hâlinde söz konusu olabilir.

²⁹ Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğun Güvenlik Konseyine verilmesinin temel sebebi, BM'nin hızlı ve etkili bir şekilde hareket etmesini sağlamaktır. Zira Güvenlik Konseyi, Genel Kuruldan farklı olarak her zaman toplanabilecek bir şekilde teşkilatlandırılmıştır.

ihlâli veya saldırı fiilinin vukuu hâlinde BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde barışın korunması veya yeniden tesisi hususunda karar verme ve cebrî yollara başvurma tekeline de sahiptir.

Üye devletlerin her birinin eşit bir şekilde temsil edilmesi sebebiyle temsili niteliği Güvenlik Konseyinden çok daha fazla olan Genel Kurulun görev ve yetkileri, Andlaşma'nın 10-18 maddelerinde düzenlenmiştir. BM'nin faaliyet sahasına giren tüm konularda genel yetkili kılınan Genel Kurul; "uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasını ilgilendiren her konuyu görüşme" (madde 11/2), "uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürmesi muhtemel durumlarda Güvenlik Konseyinin dikkatini çekme" (madde 11/3), "herhangi bir durumun barış yoluyla düzeltilmesine yönelik tedbirler tavsiye etme" (madde 14) yetkilerine sahiptir. Bu kapsamda uyuşmazlıkların çözümü dâhil uluslararası barış ve güvenlikle ilgili konuları müzakere edebilir ve tavsiye niteliğinde kararlar alabilir. Öte yandan 10. maddede, 12. madde mahfuz kalmak şartıyla Genel Kurulun Andlaşma kapsamına giren ya da diğer organların görev ve yetkilerini ilgilendiren her tür meseleyi görüşerek karara bağlayabileceği hükme bağlanmaktadır.³⁰ Yılda bir kez toplanan Genel Kurul, üye devletlerin çoğunluğu veya Güvenlik Konseyinin talebi üzerine olağanüstü toplanmak suretiyle görevlerini yerine getirebilir, yetkilerini kullanabilir.

BM Andlaşması ile oluşturulan ve kısaca özetlenmeye çalışılan bu sistem, Güvenlik Konseyi ile Genel Kurul arasında bir görev bölümü ve yetki paylaşımı öngörmektedir. Esasında bu iki organ, birbirinin alternatifi değil birbirinin tamamlayıcısıdır. Ancak daha önceden de işaret edildiği üzere, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında önceliğe sahiptir.

Söz konusu hükümlerden hareketle Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması'nın kendisine yüklediği görevleri yerine getirdiği sürece ve bu yönde bir talepte bulunmadıkça, Genel Kurulun Güvenlik Konseyince ele alınan konulara doğrudan müdahil olması mümkün değildir. Bununla birlikte, daimî üyelerden

³⁰ Mezûr hükme göre, Genel Kurul, BM Andlaşması kapsamına giren veya BM Andlaşması'nda yer alan organlardan herhangi birinin yetki ve görev sahasına giren tüm konuları görüşebilir, 12. madde hükümleri saklı kalmak şartıyla bu tür konu ve işlerde BM üyelerine veya Güvenlik Konseyine ve üyelerine tavsiyelerde bulunabilir.

herhangi birinin veto yetkisini kullanması neticesinde, Güvenlik Konseyinin karar alamaması ve Suriye örneğinde görüldüğü gibi bu durumun ısrarlı bir şekilde devam etmesi, Konseyin madde 12/1’de kendisine yüklenen görevleri yerine getiremediği anlamına gelmektedir. Güvenlik Konseyinin bu aslî sorumluluğunun gereğini yerine getirememesi, BM’nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması yönündeki sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır. Başlıca sorumlu olan Güvenlik Konseyi bu görevi ifa edemediği takdirde, bu kez BM Andlaşması madde 10-14 doğrultusunda Genel Kurul gündeme gelecektir. Ancak söz konusu hükümlerin, BM’nin temel amaç ve hedefleri esas alınarak yorumlanması gerektiği açıktır.

Burada sorun veto yetkisinin kullanılması değildir. Veto yetkisi zaten sistemin bir parçasıdır, zira madde 27/3 daimî üyelerin veto yetkisini açık bir şekilde tanımıştır. Dolayısıyla veto yetkisinin kullanılmış olması, doğrudan Konseyin kendisine verilen görevleri yerine getiremediği şeklinde yorumlanamaz. O hâlde sorun, veto sebebiyle Konseyin aslî görevi olan uluslararası barış ve güvenliği sağlayamamasıdır. Her ne kadar madde 27/3’te daimî üyelere veto yetkisi tanınmış olsa da, bu yetkinin Güvenlik Konseyinin görevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde kullanılması, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ortak amacıyla bağdaşmamaktadır. Kaldı ki Güvenlik Konseyinin BM üyesi tüm devletler adına hareket ettiği belirtilen 24. maddede, söz konusu görevlerin ifasında BM’nin amaç ve ilkelerine uygun hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Barış için Birlik Kararı’nın metnine bakıldığında da, Güvenlik Konseyinin aslî sorumluluğunu yerine getirmekte başarısız olduğu takdirde Genel Kurulun inisiyatif üstlenebileceği ifade edilmektedir.

Dikkate alınması gereken diğer bir husus, BM Andlaşması’nın uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyine verdiğidir. Ancak Hossain’in de işaret ettiği üzere bu durum, söz konusu sorumluluğun münhasıran Konseye verildiği anlamına gelmemekte olup tâlî sorumluluğu gündeme getirmektedir.³¹ Bu yönüyle Genel Kurulun tamamlayıcı

³¹ Kamrul Hossain, *The Complementary Role of the United Nations General Assembly in Peace Management*, USAK Yearbook of International Politics and Law, Sayı 2, 2009, s. 69.

bir role sahip olduğu söylenebilir. Milletlerarası Adalet Divanı 20 Temmuz 1962 tarihli “Birleşmiş Milletlerin Bazı Giderleri” hakkındaki istişari mütalaa-sında, her ne kadar Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlan-ması ve korunması görevini üstlenmişse de bu sorumluluğun Konseyle sınırlı olmadığını ve Genel Kurulun da aynı kapsamda tâli sorumluluğa sahip oldu-ğunu ifade etmiştir.³² Benzer şekilde 2000 yılında düzenlenen BM Milenyum Toplantısında “Koruma Sorumluluğu” kavramını açıklığa kavuşturmak üzere görevlendirilen Müdahale ve Devlet Egemenliği Komisyonunca kaleme alın-an raporda da, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında Güvenlik Kon-seyinin öncelikli sorumlu kabul edildiği, ancak yegâne sorumlu olarak kabul edilmediği vurgulanmaktadır.³³ Genel Kurulun uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında üstlenmiş olduğu tâli sorumluluk, Barış İçin Birlik Kararı'n-da öngörülen şartlar gerçekleştiğinde artık asli sorumluluğa dönüşmektedir. Bu nedenle Barış İçin Birlik Kararı, BM Andlaşması'nın fiilen değiştirildiği, Güvenlik Konseyinin yetkilerinin azaltıldığı veya Genel Kurulun bu yetkileri hukuka aykırı bir şekilde kullandığı anlamına gelmemektedir, aksine BM And-laşması kapsamında Genel Kurulun üstlenmiş olduğu yükümlüklerini yerine getirmesini ifade etmektedir. Karar, Genel Kurulun BM Andlaşması kapsamın-da saklı bulunan yetkisini ortaya çıkarmakta ve bu yetkinin kullanılmasına yö-nelik usulî çerçeveyi oluşturmaktadır. Genel Kurula BM Andlaşması'nda ön-görülme-yen yeni bir yetki tanınması söz konusu değildir, aksine üstü örtülü bir şekilde ifade edilen yetkinin kullanılması söz konusudur.³⁴ Nitekim Barış İçin

³² International Court of Justice, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*, I.C.J. Reports 1962, s. 163. Kararın metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf> (8 Mayıs 2014).

³³ Raporda askerî müdahalelerde Güvenlik Konseyinin karar vermesi gerektiği, ancak Kon-seyin BM Andlaşması'nda üstlendiği sorumluluklarını yerine getiremeyerek başarısız ol-ması hâlinde Barış İçin Birlik Kararı uyarınca Genel Kurulun olağanüstü toplanarak askerî müdahale seçeneğini ele alabileceği belirtilmektedir. Bkz. International Commission on In-tervention & State Sovereignty, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, P 6.7, 6.29-30. Rapor için bkz. <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (8 Mayıs 2014).

³⁴ BM Andlaşması'nın 14. maddesinden hareketle uluslararası barış ve güvenlikle ilgili konu-larda Genel Kurulun tâli sorumluluğunun bulunduğu düşüncesiyle hareket eden ABD, Ame-rikan Yüksek Mahkemesinin *McCulloch v Maryland* davasında verdiği kararı esas almıştır. Hükümetin saklı anayasal yetkileri konusunda eskiden bu yana var olan soruna ilişkin bu kararda, “Living Tree” olarak bilinen kavrama atıf yapılarak anayasanın hükümete açıkça

Birlik Kararı'na göre de, Güvenlik Konseyinin yetkisi devam etmekte, veto yetkisinin kullanılmasından dolayı Konseyin sorumluluklarını yerine getirememesi hâlinde, gerektiğinde silâhlı kuvvetlerin kullanılmasına karar verilmesi de dâhil barış ve güvenliğin sağlanması için Genel Kurula harekete geçme izni verilmektedir. Diğer taraftan Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmaması yönünden bir sorun bulunmamaktadır, önemli olan alınan kararın sağlamış olduğu meşruiyettir. Burada meşruiyetten kastedilen, hem hukukî meşruiyet hem de kararın BM'ye üye tüm devletlerin eşit bir şekilde temsil edildiği Genel Kuruldan asgarî 2/3 oyçokluğuyla alınmış olmasıdır.³⁵

Tüm bu hükümler dikkate alındığında, üye devletler arasında görüş birliğinin sağlanamaması veya üye devletlerin isteksizlikleri sebebiyle Konseyin başlıca sorumluluğu olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması görevini yerine getirememesi hâlinde, Genel Kurulun uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacına yönelik olarak harekete geçmesinin BM Andlaşması uyarınca meşru olduğu görülmektedir. Amaç, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumun bir an önce sonlandırılarak barış ve güvenliği yeniden tesisidir.

SONUÇ

II. Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla büyük beklentiler eşliğinde kurulan BM, arzu edilen başarıyı yakalayamamıştır. Uluslararası ilişkilerin giderek iç içe geçtiği günümüzde, uluslararası barış ve güvenliğin korunması doğrultusunda kararlı bir tavır sergilemesi ve etkin adımlar atması beklenen BM, beklentileri karşılayamamaktadır. Güvenlik Konseyinin daimî üyelerine tanınan imtiyazlı konum, son olarak Kırım

verdiği yetkilerin dışında zımnen de yetkiler verdiği savunulmaktadır. Bkz. Carswell, s. 458.

³⁵ Sahip olduğu bu meşruiyete rağmen mevcut sorunlar karşısında Barış İçin Birlik Kararı'na başvurulmaması, hukukî bir endişeden değil devletlerin bu konudaki isteksizliklerinden kaynaklanmaktadır. Daimî üyeler açısından bakıldığında, sahip oldukları imtiyazlı statüyü etkisiz kılan bu yolu gündeme getirmemeleri anlaşılabilir bir durumdur. Barış İçin Birlik Kararı'nın alınmasına öncülük eden ABD ve diğer daimî üyeler, aynı yöntemin kendi rızaları dışında kullanılabileceği ihtimalini görmüşler ve bu yolu olabildiğince az kullanmaya dikkat göstermişlerdir. Diğer devletler açısından bakıldığında ise, uluslararası ilişkilerdeki denge ve bağımlılık ilişkisinin belirleyici olduğu söylenebilir. Devletlerin büyük bir çoğunluğu, maruz kalabilecekleri siyasî ve iktisadî baskıları dikkate alarak bu yola başvurmadan kaçınmaktadır.

örneğinde de görüldüğü üzere uluslararası barış ve güvenliği koruma ortak amacı doğrultusunda oluşturulan sistemin söz konusu devletlere karşı uygulanmasını fiilen imkânsız hâle getirmektedir. Bu başarısızlıkta, BM sisteminin yapısından kaynaklanan sorunların yanı sıra daimî üyeler arasındaki ideolojik farklılıklar veya menfaat çatışmalarından kaynaklanan sorunlar da etkili olmaktadır. Bilhassa daimî üyelerin sahip oldukları veto yetkisini, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının dışında kendi çıkar ve istekleri doğrultusunda kullanmaları önemli rol oynamaktadır. Güvenlik Konseyinin, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasından çok daimî üyelerin istek ve menfaatleri doğrultusunda hareket ettiği görülmektedir.

Yaşanan bu ve benzeri sorunlar karşısında daimî üyelere tanınan bu imtiyazın kaldırılması ve üye yapılanmasının yeniden ele alınması gerektiği başta olmak üzere BM teşkilatının çalışma usul ve esaslarının gözden geçirilmesine yönelik reform arayışları gündeme gelmektedir. Hiç şüphesiz olması gereken, Teşkilatın temel amacı olarak öngörülen uluslararası barış ve güvenliğe ulaşmasına engel teşkil eden sistemin günün ihtiyaçları ve uluslararası toplumun değişen yapısı dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesidir. Ancak BM'nin kuruluşundan itibaren dile getirilen ve son yıllarda giderek somut çalışmalara konu olan reform arayışlarının neticeye ulaşması oldukça güçtür. BM Andlaşması madde 108-109'a göre, Andlaşma'da yapılacak değişiklikler için Genel Kurul üyelerinin 2/3 çoğunluğu tarafından kabul edilen teklifin daimî üyelerin tümü dâhil üye devletlerin 2/3 çoğunluğu tarafından kendi anayasal sistemleri uyarınca onanması şarttır. Daimî üyelerin sahip oldukları imtiyaz ve statüyü kaldıran veya olumsuz yönde etkileyen bir değişikliğe sıcak bakmayacakları açıktır, dolayısıyla bu tür bir değişikliğin gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsızdır. Bu durumda sistem içinde bir çözüm bulunması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

BM'nin kuruluşundan kısa bir süre sonra yaşanan benzer bir sıkıntıyı aşabilmek amacıyla harekete geçen Genel Kurul tarafından alınan Barış İçin Birlik Kararı, bu anlamda önemli bir alternatiftir. Güvenlik Konseyinin egemen konumu ve Konsey üyelerine tanınan imtiyazlı statü devam ettiği sürece, Barış İçin Birlik Kararı, BM'nin üstlenmiş olduğu temel görevlerin yerine getiril-

mesi açısından elverişli bir seçenek sunmaktadır. Genel Kurula yeni bir yetki vermeyen, sadece barış ve güvenlik konusunda Andlaşma kapsamında sahip olduğu yetkiyi teyit eden Barış İçin Birlik Kararı, daimî üyeleri harekete geçirmek anlamında stratejik bir araç olduğu gibi uluslararası barış ve güvenliği koruma adına meşru bir yöntem niteliğine sahiptir. Buna göre Güvenlik Konseyinin barışın bozulması, tehdidi ya da saldırı hâlinde veto yüzünden çalışmaması durumunda Genel Kurul, üye devletlere silâhlı kuvvet kullanma dâhil uygun tedbirleri tavsiye etmek üzere harekete geçerek konuyu inceleyebilecek ve kararlar alabilecektir. BM'ye üye tüm devletlerin eşit bir şekilde temsil edildiği ve eşit oy hakkına sahip olduğu Genel Kurulun 2/3 oyçokluğuyla alacağı kararlar, BM'nin aslî vazifesi olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına imkân sağlayacaktır. Andlaşma hükümlerinin, ortak ve öncelikli amaç olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması doğrultusunda yorumlanması sayesinde Genel Kuruldan alınacak bu tür bir kararın, daha geniş bir mutabakatı yansıtacağı ve meşruiyete sahip olacağı açıktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Andrew J. Carswell, *Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution*, J. Conflict & Security L. Cilt. 18, Sayı 3, 2013, s. 453-480.

Anna Spain, *The U.N. Security Council's Duty to Decide*, Harv. Nat'l Sec. J. Sayı 4, 2013, s. 320-384.

Bart Szewczyk, *Variable Multipolarity and UN Security Council Reform*, Harv. Int'l L. J. Cilt 53, Sayı 2, 2012, s. 451-500.

Berdal Aral, *Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik*, SETA Analiz, Sayı 72, s.1-28, 2013.

Brian Cox, *United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences*, S. C. J. Int'l. L. & Bus. Cilt 6, Sayı 1, 2009, s. 89-127.

Bruce Cronin & Ian Hurd, *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Routledge, New York, 2008.

Emilio J. Cardenas, *The United Nations Security Council's Quest for Effectiveness*, Mich. J. Int'l L. Cilt 25, Sayı 4, 2004, s. 1341-1348.

Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

International Commission on Intervention & State Sovereignty, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (8 Mayıs 2014).

International Court of Justice, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962*, I.C.J. Reports 1962, <http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf> (8 Mayıs 2014).

Jean Krasno & Mitushi Das, *The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council*, in *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Ed. Bruce Cronin & Ian Hurd, Routledge, London, 2008, s. 173-195.

Jeremy R. Hammond, *Rogue State: Israeli Violations of U.N. Security Council Resolutions*, 27 January 2010, <http://www.foreignpolicyjournal.com/2010/01/27/rogue-state-israeli-violations-of-u-n-security-council-resolutions/view-all/> (27 Nisan 2014).

Kamrul Hossain, *The Challenge and Prospect of Security Council Reform*, Regent J. Int'l L. 7, 2010, s. 299-319.

Kamrul Hossain, *The Complementary Role of the United Nations General Assembly in Peace Management*, USAK Yearbook of International Politics and Law, Sayı 2, 2009, s. 69-87.

Kenneth Anderson, *United Nations Collective Security and the United States Security Guarantee in an Age of Rising Multipolarity: The Security Council as the Talking Shop of the Nations*, Chi. J. Intl'l L. Cilt 10, Sayı 1, 2009, s. 55-91.

Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/IndependentInternationalCommission.aspx> (27 Nisan 2014).

Sahar Okhovat, *The United Nations Security Council: Its Veto Power and Its Reform*, CPACS Working Paper No. 15/1, 2011, s. 1-75.

Saira Mohamed, *Shame in the Security Council*, Wash. U. L. Rev. 2013, Sayı 90, s. 1210.

Security Council Report, *Chronology of Events Syria*, <http://www.security-councilreport.org/chronology/syria.php?page=all&print=true> (27 Nisan 2014).

Security Council Veto List, http://www.un.org/depts/dhl/resguide/scact_veto_en.shtml (27 Nisan 2014).

Selman Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Thomas G. Weiss, *Over coming the Security Council Reform Impasse the Implausible versus the Plausible*, Dialogue on Globalization, Occasional Papers, No 14, 2005, s. 1-48.

Yavuz Güçtürk, *İnsanlığın Kaybı Suriye'deki İç Savaşın İnsan Hakları Bo-*

yutu, SETA, 2014, [http://file.setav.org/Files/Pdf/20140206131417_insanli-
gin-kaybi-suriye-pdf.pdf](http://file.setav.org/Files/Pdf/20140206131417_insanli-
gin-kaybi-suriye-pdf.pdf) (27 Nisan 2014).

Yehuda Z. Blum, *Proposals for UN Security Council Reform*, Am. J. Int'l L.
Cilt 99, Sayı 3, 2005, s. 632-649.

BİR ULUSLARARASI HUKUK SÜJESİ OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ

European Union as a Subject of International Law

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M. (Münster)*

ÖZET

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin uluslararası sùjeliğe sahip olduğu açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. Avrupa Birliği'nin uluslararası sùjeliğini farklı açılardan ele almayı amaçlayan bu çalışmamızda, öncelikle uluslararası sùjelik konusunda temel bazı açıklamalara yer verilmiştir. Bunun devamında, uluslararası bir sùje olarak Avrupa Birliği'nin niteliklerine ve bu konudaki temel hukuki düzenlemelere değinilmiştir. Bunların akabinde, uluslararası sùjeliğinin sonucu olarak Avrupa Birliği'nin elde ettiği hak ve yetkiler ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Birliği, Uluslararası Sùjelik, Uluslararası Hukuk, AB Hukuku

ABSTRACT

It is obviously concluded by the Lisbon Treaty that the European Union is the subject of international law. In this study, with the aim of discussing the position of European Union with regard to its status of being the subject of International Law, it is initially pointed out the basic explanations of the issue of subjects of international law. Afterwards, the characteristics of European Union as a subject of international law, and the basic legal arrangements in this subject has been referred accordingly. Subsequently, the rights and the obligations of European Union as a conclusion of being a subject of international law has been elaborated.

Key Words: European Union, Subjectivity in International Law, International Law, EU Law

◆◆◆◆

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

1. Giriş

Ulusalüstü bir siyasal yapılanma niteliğinde olan Avrupa Birliği, üye devletleri esas alarak esasen bölgesel düzeyde faaliyette bulunmaktadır. Ancak siyasi ve ekonomik vizyonunun genişliği, Avrupa Birliği'nin faaliyetlerinin üye devletlerle sınırlanmamasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin öteden beri üçüncü devletlerle ve değişik uluslararası örgütlerle ilişkiler geliştirdiği dikkat çekmektedir. Uluslararası alanda gösterdiği etkinlikler, Avrupa Birliği'nin uluslararası hukuka tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Zira uluslararası düzeyde gerçekleştirilen faaliyetlerin genel hukuki çerçevesi günümüzde uluslararası hukuk tarafından belirlenmektedir. Öte taraftan, tüm özgün niteliklerine rağmen uluslararası hukukta kabul gören genel eğilim Avrupa Birliği'nin bir uluslararası örgüt niteliğinde olduğu yönündedir. Bu noktada, uluslararası hukukun temel kavramlarından biri olan uluslararası sijeliğin Avrupa Birliği bakımından da önem arz ettiği belirtilmelidir.

Uluslararası kişilik terimi ile de ifade edilen uluslararası sijelik, genel olarak uluslararası hukuk çerçevesinde hak ve yükümlülöklere sahip olma yeteneğini tanımlamaktadır. Uluslararası hukuk anlamında sijelik bu bağlamda, ulusal hukuk düzenlerinden aşına olduğumuz gerçek ve tüzel kişilerin tam ve sağ doğumla elde ettiği hak ehliyetine benzemektedir. Uluslararası hukuk sijeneleri ise, uluslararası hukuk düzeninin hak ve yükümlülöklere tanıdığı ve aralarındaki ilişkileri düzenlediği birimlerdir. Dolayısıyla, uluslararası sijelik uluslararası düzeyde etkinliklerde bulunma ve muhatap alınmanın en önemli şartlarından birini oluşturmaktadır. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da hak ehliyetinin fiil ehliyetinin önkoşulu olduğudur. Bu nedenle, uluslararası sijeliğe sahip olmayan birimlerin uluslararası antlaşmaların akdedilmesi veya uluslararası örgütlere katılma gibi hukuki tasarrufları gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Tarihsel açıdan bakıldığında, 1950'lerde Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun kurulması ile Avrupa Birliği'nin kurulmasına yönelik ilk adımlar atılmıştır. 1992 yılında kabul edilen Maastricht Antlaşması ise, üç sütunlu bir yapı üzerine Av-

rupa Birliği'nin kuruluşunu sağlamıştır. Avrupa Birliği'nin kuruluşuna kadar Avrupa Toplulukları kendi faaliyet alanları içinde birçok uluslararası antlaşma akdetmenin yanı sıra değişik uluslararası örgütlere üye olmuştur. Kurucu antlaşmalarda tüzel kişiliğe sahip olduğunu belirten hükümlerin öngörülmesi, Avrupa Toplulukları'nın bir uluslararası hukuk süjesi olarak uluslararası düzeyde faaliyette bulunmasına önemli bir dayanak oluşturmuştur. Nitekim Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nda yer verilen bu tarz düzenlemeler Amsterdam Antlaşması ile de varlığını sürdürmüştür. Avrupa Birliği'nin topluluklardan ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğinin söz konusu olup olmadığı ise, Maastricht Anlaşması ile ortaya çıkan temel tartışmalardan biri olmuştur. Bu soruya farklı kesimlerce değişik yanıtlar verilmiştir. 2007 yılında imzalanmakla birlikte 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, bu konudaki tartışmaları nihai bir şekilde sonlandırmıştır. Bu bağlamda, üç sütunlu yapı tasfiye edilerek tüm topluluk ve sütunlar tek çatı altında birleştirilmek suretiyle Avrupa Birliği adı altında tek bir kurumsal çerçeve oluşturulmuş ve Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliğinin olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Lizbon Antlaşması ile ayrıca Avrupa Birliği'nin dışsal yetki kullanabileceği faaliyet alanlarının artırıldığı ve kurumsal bazda da bazı yeniliklere yer verildiği ifade edilmelidir.

Avrupa Birliği'nin uluslararası hukuk süjeliğini farklı yönlerden ele almayı amaçlayan bu çalışmamızda, öncelikle uluslararası hukuk süjeliği konusunda bazı temel bilgiler verilecektir. Bunun akabinde, Avrupa Birliği'nin hukuki niteliği ve Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğine ilişkin bazı temel tartışmalara yer verilecektir. Bunların ardından, Avrupa Birliği'nin sahip olduğu uluslararası hukuk süjeliğinin muhtevası ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda bilhassa, uluslararası antlaşma yapma, diplomatik temsil ilişkileri kurma, diplomatik himaye, ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanma, uluslararası uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma, uluslararası sorumluluğa sahip olma ve öteki uluslararası hukuk süjelerinin sorumluluğunu ileri sürebilme gibi uluslararası süjeliğin bir sonucu olarak Avrupa Birliği'nin sahip olduğu hak ve yetkilere değinilecektir.

2. Uluslararası Sijelik Kavramı

Sijelik, genel olarak bir hukuk düzeni kapsamında hak ve yükümlülöklere sahip olma kabiliyetini tanımlamaktadır. Gerçek veya tüzel kişiler, bu bağlamda ulusal hukuk düzenlerinin sijeleri olarak hak ve yükümlülöklere muhatabıdır. Sijelik uluslararası hukukta da benzer bir işleve sahiptir. Buna göre uluslararası hukukta sijelik, uluslararası düzeyde hak ve yükümlülöklere sahip olabilmeyi ifade etmektedir. Günümüzde uluslararası sijeliğin özellikle iki neticesine vurgu yapıldığı dikkat çekmektedir. Bunlar, uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülöklere sahip olabilmek kabiliyeti ve uluslararası hukuktan doğan hakları uluslararası düzeyde doğrudan koruyabilme yeteneğidir.¹ Uluslararası hukukun esasen uluslararası sijeler arasındaki münasebetleri düzenlediği düşünöldüğünde, uluslararası sijelerin uluslararası hukukun temel aktörleri olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk kurallarının yöneldiği her birimin otomatikman uluslararası sije olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira uluslararası sijeliğin kabulü bakımından ayrıca uluslararası hukuk kurallarından doğrudan doğruya yararlanma yeteneğine sahip olmak gerekmektedir.

Geçmişte geleneksel görüş taraftarlarınca yalnızca bağımsız devletlerin uluslararası hukukun sijesi olduğu ileri sürölmüşse de, bu görüşün uzun zamandan beri aşıldığı belirtilmelidir. Günümüzde artık bağımsız devletlerin yanı sıra uluslararası örgütlerin, sui generis bazı toplulukların (Papalık, Kızıllaç v.s.) ve uluslararası hukukun çerçevesini çizdiği koruma alanları içinde özel kişilerin de uluslararası sijeliğinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.² Bununla birlikte, bu birimlerin sahip olduğu uluslararası hukuk sijeliğinin farklılık gösterdiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda, uluslararası hukukun asli aktörleri olarak devletlerin tam ve sınırsız bir uluslararası sijeliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Devletler, kuruluşlarının tamamlanması ile birlikte bir bakıma doğuştan uluslararası sijeliğe sahip olmaktadır. Bu nedenle, dev-

¹ *Pazarıcı*, Uluslararası Hukuk, 3. Bası, Ankara 2005, s. 137; *Doehring*, Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, s. 24 vd.

² *Herdegen*, Völkerrecht, 10. Auflage, München 2011, s. 65 vd.; *Bozkurt/Kütükçü/Poyraz*, Devletler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004, s. 7 vd.; *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, s. 55 vd.

letlerin uluslararası süjeliği hakiki uluslararası sjelik olarak nitelenmektedir. Bunun dışında, tüm uluslararası süjeler bakımından etki doğurmasından dolayı devletlerin uluslararası süjeliğinin mutlak olduğunu belirtmek gerekir.³

Devletler tarafından oluşturulan uluslararası oğgtlerin süjeliği ise türevsel ve sınırlı niteliktedir. Zira uluslararası oğgtler, kurucu devletler tarafından tüzük veya kurucu antlaşmalar ile kendilerine verilenler osnde uluslararası hak ve ykmllklerde elde etmektedir. Başka bir deyişle, uluslararası oğgtler yalnızca kurucu devletler tarafından kendilerine aktarılan uluslararası hak ve ykmllklere sahiptir. Ayrıca uluslararası oğgtlerin süjeliğinin kural olarak yalnızca tüye devletler bakımından etki doğurduğu ifade edilmelidir. Uluslararası oğgtlerin süjeliğin üçüncü devletler bakımından etki doğurması ancak usulüne uygun tanımanın gerçekleşmesinden sonra söz konusu olabilir.⁴ Uluslararası süjeliğin kapsamının belirlenmesinde ilgili uluslararası oğgtn tüzük veya kurucu antlaşması belirleyici olsa da, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1949 yılında verdiği bir karardan beri uluslararası oğgtlerin süjeliğinin kapsamının tayininde oğgtlerin amaç ve görevlerinin de dikkate alındığını belirtmek gerekir.⁵ Dolayısıyla, uluslararası oğgtlerin sahip olduğu hak ve yetkilerin belirlenmesinde bu oğgtlerin kuruluşunu sağlayan hukuki metinlerin yanı sıra bu oğgtlerin amaç ve görevlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir.⁶

Uluslararası fiil ehliyeti, uluslararası sjelik ile yakından ilişkili diğer bir kavramdır.⁷ Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, hak ehliyeti kavramı uluslararası sjelik kavramının ulusal hukuk düzenlerindeki karşılığıdır. Bu bakımdan, uluslararası sjelik uluslararası düzeyde hak ve yükümlülüklerin sahibi olacak biçimde kişiliğe sahip olmayı ifade etmektedir. Uluslararası hukuk anlamında fiil ehliyeti ise, uluslararası kişilik elde etmiş süjelerin başka bir süjeye ge-

³ *Nawparwar*, Die AuŐenbeziehungen der Europischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, Halle (Saale) 2009, s. 8.

⁴ *Herdegen*, s. 69; *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 13. Nitekim 2009 yılına kadar 150'den fazla devletin Avrupa Topluluğu'nu tanıdığı bilinmektedir.

⁵ ICJ Reports 1949, s. 174 vd.

⁶ Bu konuda bkz. *Pazarcı*, s. 139; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 11. Auflage, Köln 2005, s. 134; *Lorenzmeier*, Völkerrecht, 2. Auflage, Berlin 2011, s. 86 vd.

⁷ Bu konuda bkz. *Stein/von Buttlar*, s. 134 vd.; *von Liszt/Fleischmann*, Völkerrecht, 12. Auflage, Berlin 1925, s. 94 vd.; *Hobe/Müller-Sartori*, JuS 2002, s. 9 vd.

reksinin duymadan kendi fiilleri ile hak kazanması ve yükümlülük altına girebilmesini tanımlamaktadır. Uluslararası fiil ehliyeti, bir bakıma uluslararası düzeyde hak veya yükümlülük doğuracak şekilde işlem ve eylemde bulunma kabiliyetidir. Buradan hareketle, ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da süjeliğin fiil ehliyetinin önkoşulu olduğu belirtilmelidir. Bunun dışında, uluslararası süjeliğin pasif bir ehliyet iken uluslararası fiil ehliyetinin aktif bir ehliyet olduğu dikkat çekmektedir. Uluslararası fiil ehliyeti, uluslararası hukukta süjeliğin elde edilmesiyle kazanılmaktadır. Bununla birlikte uluslararası fiil ehliyetinin kapsamının belirlenmesinde devletler ve uluslararası örgütler arasında ayrıma gidildiği görülmektedir. Devletler işgal gibi bazı istisnai haller dışında sınırsız bir uluslararası fiil ehliyetine sahip iken, uluslararası örgütlerin fiil ehliyetinin tayininde bu örgütlerin kurucu antlaşmaları veya tüzüklerine bakmak gerekir.⁸ Başka bir ifadeyle, uluslararası örgütler ancak kurucu devletlerin ilgili kurucu metinlerinde öngördükleri konularda işlem ve eylemde bulunabilirler. İlgili kurucu metinde uluslararası alanda faaliyette bulunulabileceğine ilişkin yetkiye yer verilmekle birlikte bu yetkinin kapsamı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiş olması durumunda ise, söz konusu uluslararası örgütün amaç ve hedeflerini gerçekleştirmeye uygun dışsal zımni yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir.

3. Uluslararası Bir Örgüt Olarak Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nin hukuki niteliğine ilişkin öteden beri birçok tartışma söz konusu olmuştur. Bu tartışmalara geçmeden önce, uluslararası hukukta baskın eğilimin Avrupa Birliği'nin bir uluslararası örgüt olarak ele alınması gerektiği olduğuna işaret etmeliyiz.⁹ Daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, henüz Avrupa Birliği'nin kurulmadığı dönemlerde Avrupa Toplulukları kurucu antlaşmalarından elde ettiği yetkiler ile uluslararası düzeyde faaliyette bulunmuştur. Avrupa Toplulukları da aynı şekilde uluslararası örgüt olarak görülmekte idi. Bu bağlamda, uluslararası örgüt kavramına ilişkin olarak bazı açıklamalarda bulunmak faydalı görünmektedir.

⁸ *Nawparwar*, s. 9; *Stein/von Buttlar*, s. 134.

⁹ Bu konuda bkz. *Pazarıcı*, s. 196 vd.; *Herdegen*, s. 84 vd.; *Lorenzmeier*, s. 86 vd.; *Vitzthum*, *Völkerrecht*, 5. Auflage, Berlin 2010, s. 381 vd.

Uluslararası örgütler, uluslararası etkinlik ve etkilerinin önemi bakımından devletlerden sonra ikinci sırada yer almaktadır. Başka bir deyişle, uluslararası örgütler günümüzde uluslararası hukuk ve politikada devletlerden sonra en önemli aktörlerdir. Uluslararası örgüt terimi, bir uluslararası antlaşma ile oluşturulan fakat devlet niteliği taşımayan, belli bir amaca yönelik olarak uluslararası düzeyde faaliyet gösteren belli bir sürekliliğe sahip birleşmeleri tanımlamaktadır.¹⁰ Buna göre, uluslararası örgütler uluslararası hukuk sükjeleri tarafından bir uluslararası antlaşma akdedilmek suretiyle kurulmaktadır. Her ne kadar uluslararası örgütler genellikle devletler tarafından kurulmakta ise de, uluslararası sükjeliği haiz olan örgütlerin de uluslararası örgütlerin kuruluşuna katılması mümkündür. Uluslararası örgütlerin ayrıca kurumsal bir yapıya sahip olması gerekir. Bu bağlamda, uluslararası örgütlerin en azından daimi bir sekreteryaya veya karar, yürütme veyahut yargı organı niteliğinde bir organa sahip olması gerekmektedir. Belirsiz bir müddet için kurulması ise, uluslararası örgütlerin süreklilik koşulu bakımından yeterlidir. Bunun haricinde, uluslararası örgütlerin yöneldiği amaçların farklılık gösterebileceği belirtilmelidir. Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin kuruluşunu siyasi, askeri ve ekonomik amaçlarla sınırlamak mümkün değildir.

Bir örgütün uluslararası sükjeliği sahip olup olmadığının tespitinde genellikle iki teoriye başvurulduğu belirtilmelidir.¹¹ Objektif teori, uluslararası alanda faaliyet gösteren örgütlerin uluslararası sükjeliğinin tayininde bu örgüte üye olan devletlerin iradesinin değil aksine objektif kriterlerin esas alınmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk uygulamasında bu teorinin yerine sükjektif teorinin benimsendiği ifade edilmelidir. Sükjektif teori, uluslararası sükjeliğin tespitinde objektif teoriden farklı olarak üye devletlerin iradesinin esas alınmasının gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tarz bir irade, zımni veya sarıh bir biçimde ortaya konabilir. İlgili örgütün kurucu hukuki metninde uluslararası sükjeliğe ilişkin hükümlere yer verilmesi bu iradenin sarıh bir biçimde

¹⁰ Bu hususta bkz. *Nawparwar*, s. 6 vd.; *Schweitzer*, Staatsrecht III, 9. Auflage, Heidelberg 2008, N. 684 vd.; *Vitzthum*, s. 282 vd.; *Schroeder*, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer/Schweitzer (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996, s. 8 vd.

¹¹ Bu konuda bkz. *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 13 vd.

ortaya konduğunu gösterirken, bu örgütün gerçekleşmek istediği amaçlar ve uluslararası alanda yürüttüğü faaliyetler ise üye devletlerin bu konudaki zımnı iradesine delil oluşturmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın da bu konuda sübjektif teoriyi esas aldığı dikkat çekmektedir.

Uluslararası örgütler, yöneldikleri amaç, esas aldıkları örgütlenme biçimi, sahip oldukları yetki ve kendilerini oluşturan üyeler gibi değişik faktörlere bağlı olarak farklı biçimde tasnif edilmektedir. Bununla birlikte, örgütlenme alanı, amaç ve bütünleşme düzeyinin uluslararası örgütlerin tasnifinde en sık başvurulan kriterler olduğu ifade edilmelidir.¹² Öncelikle örgütlenme alanına göre, uluslararası örgütler küresel ve bölgesel uluslararası örgütler başlıkları altında ele alınmaktadır. İlk kategoride yer alan Birleşmiş Milletler gibi örgütlerde tüm dünya esas alınarak ve tüm devletlere açık bir teşkilatlanma söz konusu iken, ikinci kategoride bulunan Avrupa Birliği gibi örgütlere yalnızca Avrupa kıtasında yer alan devletlerin katılması mümkündür. Diğer bir ayırım, uluslararası örgütlerin gerçekleştirmek istediği amacı esas almaktadır. Buna göre, Birleşmiş Milletler politik, Dünya Ticaret Örgütü ekonomik, NATO askeri, Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu ise teknik amaçlı uluslararası örgütlere örnek oluşturmaktadır. Bu açıdan karma bir niteliğe sahip olan Avrupa Birliği ise, ekonomik ve siyasi bir uluslararası örgütlenme olarak değerlendirilmektedir. Bütünleşme düzeyi esas alınarak yapılan ayırmada ise, uluslararası örgütlerin genel olarak uluslararasılık ve ulusalüstülük açısından ele alındığı görülmektedir. Uluslararası niteliği ağır basan örgütlerde, farklı devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları bir yapılanma söz konusu olup üye devlet ve ilgili örgüt arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler söz konusudur. Uluslararası niteliği ağır basan örgütlerde ayrıca özellikle bazı üyeler aleyhine neticeler doğurabilecek kararların genellikle oybirliği ile alınması esastır. Avrupa Toplulukları veya Avrupa Birliği gibi ulusalüstü yapılanmalarda ise farklı bir durum söz konusudur. Ulusalüstü örgütlerde, kural olarak üye devletlerin karşılıklı olarak egemenlik yetkilerinin bir kısmını bir üst yapıya devretmesi söz konusudur. Ulusalüstülük bu bağlamda, belli bazı politik veya ekonomik amaçların

¹² Bkz. *Nawparwar*, s. 7.

gerçekleştirilmesine yönelik olarak ulus devletlerin belli bazı yetkilerini uluslararası örgütlere devrini öngörmektedir. Ulusalüstü niteliğinin bir sonucu olarak, bu örgütlerde kararların oybirliği yerine oyçokluğu ile alınması esastır.

Uluslararası örgütlerin temel özellikleri ortaya konduktan sonra, Avrupa Birliği'nin nitelikleri konusunda bazı açıklamalara yer vermek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Avrupa kıtasında bir birliğin oluşturulmasına yönelik olarak 1950'lerden günümüze kesintisiz şekilde devam eden bir bütünleşme süreci söz konusudur. Avrupa Birliği, dinamik nitelikteki bu bütünleşme süreci içinde farklı aşamalardan geçerek günümüzdeki biçimini almıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Avrupa Birliği'nin oluşturulmasına yönelik ilk adımlar Avrupa Toplulukları'nın kurulması ile atılmıştır. Avrupa bütünleşmesinin temelinde yatan düşünce başlangıçta ekonomik olsa da, özellikle seksenli yıllardan itibaren ekonomik nedenlerin yanında politik nedenlerin de önem kazandığını ifade etmek gerekir. Hatta günümüzde Avrupa bütünleşmesinde politik nedenlerin artık ekonomik nedenlerin önüne geçtiği ifade edilmektedir. Bunun haricinde, kurucu antlaşmalarda farklı zamanlarda gerçekleştirilen değişikliklerin de temelde Avrupa bütünleşme sürecini ileri taşımayı amaçladığı belirtilmelidir. Tüm bu değişiklikler neticede Avrupa Birliği'nin yapı, işlev ve görünümünün farklılaşması sonucunu getirmiştir.

Örgütsel niteliklerine temas etmeden önce Avrupa Birliği'nin tarihsel gelişimine kısaca değinmekte yarar vardır.¹³ Daha evvel de belirttiğimiz üzere 1950'lerde farklı sahalarda faaliyet gösteren üç Avrupa Topluluğu'nun kurulması Avrupa Birliği'ne giden yolda ilk girişimleri oluşturmaktadır. Bütünleşme sürecinin geliştirilmesine yönelik olarak zamanla özellikle Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun faaliyet alanının genişletildiği ve Toplulukların tek bir çatı altında toplanmasına ilişkin çabaların yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Füzyon Antlaşması (1965), Avrupa Tek Senedi (1986), Maastricht Antlaşması (1992), Amsterdam Antlaşması (1997), Nice Antlaşması (2001) ve Lizbon Antlaşması (2007), bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik en önemli adımlar olmuştur.

¹³ Bu konuda ayrıca bkz. *Güneş*, Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, İstanbul 2013, s. 1 vd.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. Auflage, Tübingen 2012, s. 3 vd.; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg 2012, N. 9 vd.

Bu bağlamda Maastricht Antlaşması, üç sütunlu bir yapı olarak Avrupa Birliği'nin kuruluşunu sağlamıştır. İlk sütun olan topluluklar sütununda üç Avrupa Topluluğu yer almakta iken, ortak dış güvenlik politikası (ODGP) ve cezai alanda polisiye ve adli işbirliği diğer iki sütunu oluşturmuştur. Topluluklar sütunu ulusalüstü nitelikte iken, diğer iki sütun hükümetlerarası niteliğe sahip idi. Dolayısıyla, son iki sütunda düşük düzeyde bir bütünleşmenin söz konusu olduğu belirtilmelidir. Bunun dışında, kuruluşlarından beri Avrupa Toplulukları'nın tüzel kişiliğe sahip olduğu öngörölmüş ve böylelikle Avrupa Toplulukları uluslararası düzeyde çeşitli etkinliklerde bulunmuştur. Avrupa Birliği'ne yeni bir görünüm kazandıran Lizbon Antlaşması ise, üç sütunlu yapıyı ortadan kaldırarak tek bir kurumsal çerçeve olarak tüzel kişiliğe sahip Avrupa Birliği'ne yer vermiştir. Böylece, tüm sütunlar ulusalüstü bir çatı altında birleştirilmiştir.

Kendine has bir örgütlenme modeli olarak Avrupa Birliği'nin hukuki niteliğine ilişkin değişik görüşler ileri sürölmüştür.¹⁴ Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin hukuki niteliğinin net biçimde ortaya konmasının esasen zor olduğu ifade edilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği federal bir devlet veya devletler birliği değildir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin farklı zamanlarda verdiği kararlarda da işaret ettiği üzere Avrupa Birliği'nin daha ziyade bir devletler topluluğu niteliğinde olduğunun kabulü makul görünmektedir.¹⁵ Devletlerin uluslararası süjellik, bağımsızlık ve eşitliklerinden vazgeçmeden belli bazı amaçların gerçekleştirilmesine yönelik birleşerek oluşturdukları yapılar devletler birliği olarak nitelenmektedir. Federal devlet ise, kendi içlerinde belli bir özerkliğe sahip birden çok devletin aynı merkezi iktidara tabi olmak suretiyle oluşturduğu bir devlet modelidir. Federal devletlerde, sadece federasyonun uluslararası süjeliği söz konusu olup, federe devletlerin bu niteliğinden bahsetmek mümkün değildir. Avrupa Birliği bilhassa ulusalüstü yönüyle bu iki devlet modelinden ayrılmaktadır. Günümüzde Avrupa Birliği'nin en karakteristik özelliği olan ulusalüstülük, kurucu antlaşmalar çerçevesinde üye devlet-

¹⁴ Bu hususta ayrıca bkz. *Frenz*, Handbuch Europarecht-5, Berlin 2010, s. 23 vd.; *Nawparwar*, s. 10 vd.; *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 9 vd.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, s. 22 vd.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, München 2014, EUV Art. 47, N. 3 vd.

¹⁵ BVerfGE 89, s. 175; BVerfGE 123, s. 267.

lerin kendi egemenlik yetkilerinden kaynaklanan haklarının bir kısmını kendi rızaları ile Avrupa Birliği'ne devrettiğini ifade etmektedir. Avrupa Birliği, böylelikle üye devletlerin ulusal otoritelerinden bağımsız olarak kendi organları vasıtasıyla yasama, yürütme ve yargı alanında yetkilerini kullanabilmektedir. Ulusalüstülüğün bir sonucu olarak, Avrupa Birliği'nin kendi yetki alanında kabul ettiği düzenlemeler üye devletlerin ulusal düzenlemelerinden özerk ve üstün niteliğe sahiptir. Yetki yetkisi (*Kompetenz-Kompetenz*) tarzında hakiki bir egemenliğe sahip olmayıp sadece üye devletlerce kendilerine devredilen yetkilere sahip olma, ulusalüstü yapılanmaları ulus devletlerden ayıran önemli bir noktadır. Bunun haricinde ulusalüstü yapılanmalar, bilhassa egemenliğin devri noktasında federal devlet yapılanmalarını andırmaktadır. Ancak özellikle yetki yetkisine sahip olmaması, üye devletlerin uluslararası süljeliğinin devam etmesi ve bir ulustan yoksun olması nedeniyle Avrupa Birliği'nin federal bir yapı olarak nitelenmesi mümkün görünmemektedir.

4. Lizbon Antlaşması'ndan Önceki Durum

Avrupa Birliği'nin uluslararası süljeliğine ilişkin açık bir hükme ilk defa Lizbon Antlaşması ile yer verildiğine daha önce değinmiş idik. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 47. maddesinde Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, Avrupa Toplulukları'nın tüzel kişiliğine atıfta bulunan benzer düzenlemelerin Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'ndan Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar varlığını istikrarlı bir biçimde koruduğu ifade edilmelidir. Açık bir biçimde tüzel kişilik tanınması ise, uluslararası süljeliğini tasdik ederek Avrupa Birliği'nin uluslararası düzeyde yürüteceği faaliyetlere önemli bir hukuki dayanak sağlamıştır.

Tüzel kişiliğe sahip olduğunun açık bir biçimde öngörülmesi, Avrupa Birliği'nin uluslararası süljeliğine dair tartışmaları da sonlandırmıştır. Zira Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren Avrupa Birliği'nin hukuki niteliği ve tüzel kişiliğine ilişkin tartışmalar yoğunluk kazanmıştır. Bu tartışmalarda, özellikle üç sütunlu yapıda Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği arasındaki ilişkinin ortaya konmaya çalışıldığı belirtilmelidir. Söz konusu tar-

tışmalarda esasen dört temel görüş ileri sürülmüştür.¹⁶ Özerk bir kuruluş veya bir hukuk süjesi olduğunu reddeden ilk görüş, Avrupa Birliği'nin üye devletlerin ulusal politikalarının eşgüdümünün sağlanmasına yönelik hükümetlerarası bir platform olduğunu ileri sürmekte idi. Buna göre, Avrupa Birliği'nin öncelikli amacı Topluluklar ve üye devletler arasında uyumlu bir ilişkinin sağlanması idi. İkinci bir görüş, Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği'ni farklı antlaşma hükümlerine tabi tek bir hukuk süjesi olduğundan hareket eden kaynaşma tezini benimsemekte idi. Diğer bir görüş, Avrupa Birliği'ni uluslararası örgütler olarak tüzel kişiliği olan Avrupa Toplulukları'nın yanı sıra ortak dış ve güvenlik politikası ile cezai alanda polisiye ve adli işbirliği alanını kapsayan bir çerçeve olarak görmekte ve Avrupa Birliği'nin türdeş bir isnat süjesi (*Zurechnungssubjekt*) olarak kendine ait bir tüzel kişiliğinin bulunmadığını iddia etmekte idi. Bu görüş bir bakıma, Avrupa Birliği tarafından alınan tüm tedbirlerin esas isnat süjeleri olarak üye devletlere atfedilmesi gerektiğinden hareket etmekte idi. Dördüncü ve en makul görüş ise, Avrupa Birliği'ni üye devletlerden ve Topluluklardan ayrı bağımsız bir kurumsal birlik olarak nitelemekte ve kurucu antlaşmalarla kendisine verilen açık yetkilerin Avrupa Birliği'ni bir uluslararası süje niteliği kazandığını belirtmekte idi.

Maastricht Antlaşması'nın kabulünden itibaren bizzat üçüncü devletlerle ve uluslararası örgütlerle antlaşmalar akdetmesi, birçok düzenlemede uluslararası hukuk normları ile bağlı olduğunun öngörülmesi ve birçok uluslararası hukuk süjesinin kendisini uluslararası bir aktör olarak tanıması, Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğini tasdik etmektedir.¹⁷ Amsterdam Antlaşması ile Konsey'e Topluluk organlarını ve üye devletleri bağlayacak şekilde ortak dış ve güvenlik politikası ile cezai alanda polisiye ve adli işbirliği konularında da uluslararası antlaşmalar akdetme yetkisinin verilmesi, bir Avrupa Birliği organı olarak Konsey'in bu antlaşmaları uluslararası süjeliğini esas alarak Avrupa Birliği adına akdettiği sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden evvel de zımnî nitelikte bir uluslararası

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı olarak *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 3. Ayrıca bkz. *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 15 vd.; *Streinz*, N. 139 vd.; *Oppermann*, Europarecht, 3. Auflage, München 2005, s. 639 vd.

¹⁷ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 3; *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 16.

süjeliğe sahip olduğu belirtilmelidir. Ancak Avrupa Birliği'ne tanınan uluslararası süjeliğin ortak dış ve güvenlik politikası ile cezai alanda polisiye ve adli işbirliği sütunlarıyla sınırlandırıldığı belirtilmelidir. Topluluklar sütununda ise, uluslararası süjeler olarak Avrupa Toplulukları yetkili idi.

5. Temel Hukuki Çerçeve

Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğine ilişkin temel düzenleme ABA'nın 47. maddesinde yer almaktadır. Burada kısa bir şekilde, Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliğe sahip olduğunun açıkça hükme bağlanması, Lizbon Antlaşması ile getirilen en önemli yeniliklerden biridir. Tüzel kişilik konusunda bir düzenlemeye yer verilmesi, Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğinin de artık tartışmasız bir şekilde kabul edilmesini gerekli kılmıştır. Özellikle Amsterdam Antlaşması'ndan itibaren uluslararası alandaki bazı faaliyetlerin Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğinin kabulünü zaten zorunlu kıldığı gerekçesiyle ABA'nın 47. maddesinin esasen gereksiz olduğu ileri sürülmüşse de, kurucu antlaşmalarda bu tarz bir düzenlemeye yer verilmesinin bilhassa hukuki güveliğin sağlanması ve Lizbon Antlaşması'ndan önce söz konusu olan hukuki durumun resmen onaylanması anlamında önem taşıdığı ifade edilmelidir.¹⁸ Öncelikle bu düzenleme, yasal bir dayanak sağlamak suretiyle Avrupa Birliği'nin uluslararası alanda yürüttüğü faaliyetlere hukuki güvenlik kazandıracaktır. Bunun dışında, bu konuda daha önce söz konusu belirsizliğin gerek uluslararası antlaşmaların müzakerelerinde, gerekse uluslararası örgüt veya platformlarda temsilinde Avrupa Birliği'nin pozisyonunu zayıflattığı bilinmekte idi. ABA'nın 47. maddesinde öngörülen düzenlemenin Avrupa Birliği'nin aleyhine olan bu tür durumları kısmen de olsa engelleyebileceği öngörülebilir.

Öte taraftan, ABA'nın 47. maddesinin Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğine ilişkin olarak kurucu antlaşmalarda öngörülen tek düzenleme olmadığı'nın altı çizilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ABA'nın 47. maddesi bir yetki normu olmayıp sadece Avrupa Birliği'nin tüzel kişiliğe ve dolayısıyla

¹⁸ *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 17; *Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit und Rechtsnachfolge, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2009, s. 127 vd.

uluslararası süjeliğe sahip olduğunu öngörmektedir. Bir uluslararası süje olarak Avrupa Birliği'nin hangi alanlarda ne gibi faaliyetlerde bulunacağını ortaya koyan yetki normları ise kurucu antlaşmalarında dağınık bir Şekilde yer almaktadır. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesinin 2. fıkrası (AİHS'ye katılım), 8. maddesinin 2. fıkrası (komşu devletlerle antlaşmalar yapma), 37. maddesi (ODGB kapsamında üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerle antlaşmalar yapma) ile Avrupa Birliği'nin alıŐma Usulüne İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 79. maddesinin 3. fıkrası (geri kabul antlaşması yapma), 186. maddesinin 2. fıkrası (araştırma ve teknoloji konularında antlaşma yapma), 191. maddesinin 4. fıkrası (evresel konularda üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerle işbirliği), 207. maddesi (ortak ticaret alanında antlaşmalar yapma), 209. maddesinin 2. fıkrası (kalkınma işbirliği alanında antlaşma yapma), 212. maddesinin 3. fıkrası (çnc devletlerle ekonomik, mali ve teknik işbirliği), 214. maddenin 4. fıkrası (insani yardım konusunda üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerle antlaşma yapma), 217. maddesi (ortaklık antlaşması yapma), 219. maddesi (para ve kambiyo rejimi konusunda antlaşmalar yapma), bu bağlamda önem arz eden yetki normlarından'dır. Bunların haricinde, Avrupa Birliği'nin uluslararası antlaşma yapmasına ilişkin genel yetki normu olan ABİA'nın 216. maddesinin 1. fıkrası ile Avrupa Birliği'nin yapacağı uluslararası antlaşmalarda geçerli olan usul kurallarını içeren ABİA'nın 218. maddesinin de önem taşıdığı belirtilmelidir. Son olarak, ABA'nın 50. maddesinin 2. fıkrasında Avrupa Birliği'nden ayrılmak isteyen ye devletlerle yapılması gereken uluslararası antlaşmaya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

6. Avrupa Birliği Kapsamındaki Diğer Uluslararası Süjeler

Avrupa'nın bütünleŐmesini amaçlayan yapı içinde yalnızca Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğe sahip olduğunu ileri sürmek doğru olmayacaktır. Bu bağlamda öncelikle, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun uluslararası süjeliğinin Lizbon Antlaşması'ndan sonra da devam ettiği belirtilmelidir. Topluluklar sütünün ilk topluluğu olan Avrupa Kömür ve elik Topluluğu, Lizbon Antlaşması'ndan çok önce henüz 2002 yürürlükten kaldırılarak kömür ve elik ile ilgili konular Avrupa Birliği politikaları kapsamına alınmış idi. Avrupa Atom

Enerjisi Topluluğu ise, ulusalüstü bağımsız bir kuruluş olarak Lizbon Antlaşması ile gerçekleştirilen bütünleşmenin dışında tutulmuştur. Bununla birlikte Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun Kuruluşuna Dair Antlaşma'yı değiştiren 2 numaralı protokol ile kurumsal bakımdan Avrupa Birliği'ne bağlı hale getirilmiştir. Ancak buna rağmen, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması'nın 184. maddesi uyarınca Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun tüzel kişiliği ve dolayısıyla uluslararası süjeliği devam etmektedir.¹⁹ Bu bağlamda, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun yetkili olduğu konularda uluslararası düzeyde faaliyetlerde bulunması mümkündür. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu bu kapsamda uluslararası antlaşmalar akdedebileceği gibi uluslararası örgütlere de taraf olabilir. Dolayısıyla, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce geçerli olduğu gibi günümüzde de Avrupa Birliği ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu uluslararası düzeyde varlıklarını yan yana sürdürmektedir.

Birincil veya ikincil hukuk düzenlemeleri ile kurulmuş olup tüzel kişiliği haiz Avrupa Birliği'nin bazı kurum ve kuruluşları da uluslararası süjeliğe sahiptir.²⁰ Avrupa Yatırım Bankası ve Avrupa Merkez Bankası, tüzel kişilikleri birincil hukuk düzenlemeleri ile öngörölmüş Avrupa Birliği kurumlarına örnek teşkil etmektedir. Ancak bu iki kurumun uluslararası süjeliğine ilişkin hususların kurucu antlaşmalar ve ilgili protokollerde yer aldığı belirtilmelidir. Bu bağlamda örneğin, Avrupa Merkez Bankası'nın uluslararası para teşkilatlarına katılabileceği, üçüncü devletlerin merkez bankaları ve mali kuruluşları ve uluslararası örgütlerle ilişkiler kurabileceği belirtilmiştir. Benzer düzenlemelere, Avrupa Yatırım Bankası bakımından da yer verilmiştir. Bunun dışında, ikincil hukuk düzenlemeleri ile oluşturulmuş olup tüzel kişiliğe sahip bazı kuruluşların da uluslararası süjeliğinin söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda, Europol ve Eurojust'a değinmek gerekir. Bu iki kuruluşla ilişkin hükümlere esasen kurucu antlaşmalarda yer verilmiştir. Ancak tüzel kişiliklerine ilişkin hükümler bu kuruluşların içtüzüklerinde yer almaktadır. Bu kapsamda, Europol'e üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerle antlaşmalar yapma yetki-

¹⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 7.

²⁰ Bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 8 vd.

si verilmiştir. Benzer şekilde, Eurojust'a veri değişimi ve irtibat görevlilerinin geçici görevlendirmeleri konularında üçüncü devlet ve uluslararası örgütlerle antlaşma yapma yetkisi tanınmıştır.

7. Avrupa Topluluğu'nun Halefi Olarak Avrupa Birliği

Lizbon Antlaşması, üç sütunlu yapıyı tasfiye etmenin yanı sıra eski yapının yerini artık tek bir kurumsal çerçeve olarak Avrupa Birliği'nin alacağını öngörmüştür. Bu doğrultuda, Avrupa Topluluğu'nun yerini Avrupa Birliği almıştır. Nitekim ABA'nın 1. maddesinin 3. fıkrasında, Avrupa Birliği'nin Avrupa Topluluğu'nun yerine geçerek bu topluluğun hukuki halefi olacağı açık bir şekilde hükme bağlanmıştır.²¹ Buradan hareketle, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girişine kadar Avrupa Topluluğu'nun uluslararası süjeliğini devam ettirdiği belirtilmelidir. Buna karşın bu tarihten sonra, Avrupa Topluluğu üye devletlerin iradesi uyarınca ortadan kalkmıştır. Burada yalnızca bir isim değişikliğinin söz konusu olduğunu belirtmek yanlış olacaktır. Aksine Avrupa Topluluğu'na kurucu antlaşmalarla verilen işlevlerin Avrupa Birliği'ne geçişi söz konusudur. Dolayısıyla, burada iki uluslararası örgüt arasında bir uluslararası antlaşmaya dayanılarak gerçekleşen bir halefiyetten bahsedilmelidir. Benzer bir durum, Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü'nün (OEEC) yerini alan Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD) kuruluşunda yaşanmıştır. Avrupa Birliği'nin Lizbon Antlaşması'ndan önce zımni de olsa bir uluslararası süjeliğinin bulunduğundan hareket edilecek olursa, Avrupa Topluluğu'nun Avrupa Birliği ile kaynaşmak suretiyle sonlandığı kabul edilmelidir.²² Avrupa Birliği bir bakıma, Avrupa Topluluğu'nu içine alıp sindirmek suretiyle bünyesine katmıştır. Uluslararası Patent Enstitüsü'nün 1978 yılında Avrupa Patent Örgütüne dâhil olması bu duruma benzer bir örnek olarak gösterilmektedir.

Uluslararası örgütler arasında gerçekleşen halefiyetlerin ne tür hukuki sonuçlar doğuracağı konusu, uluslararası hukukun halen tam anlamıyla aydınlatılmamış konuları arasında yer almaktadır.²³ Bu durumun nedenlerinden biri,

²¹ Bu konuda ayrıca bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 31 vd.

²² *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 31.

²³ Bu konuda bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 32; *Vitzthum*, s. 290 vd.; *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 20 vd.

uluslararası örgütlerin halefiyeti konusundaki somut örneklerin azlığının bu alanda bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşmasını engellemiş olmasındır. Bunun dışında, bu konudaki örneklerin farklılığı uluslararası örgütlerin halefiyetinin hukuki sonuçları konusunda genel çıkarsamalar yapılmasına engel oluşturmaktadır. Buna rağmen, sona erdirilecek bir uluslararası örgütün işlev ve hukuki ilişkilerinin yeni bir uluslararası örgüte devri için uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca üye devletlerin tümünün onayının alındığı bir uluslararası antlaşmaya ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.²⁴ Bu bağlamda, halefiyete ilişkin hususların ayrıntılı bir biçimde ele alındığı kurucu nitelikte bir uluslararası antlaşma gereklidir. Bunun dışında, selef niteliğindeki örgütün daha önce kurduğu hukuki ilişkilerin yeni örgüte devrinin bu ilişkilerin kurulduğu süjeler bakımından etkili olabilmesi için ilişkinin karşı tarafı olan süjelerin açık bir biçimde onayının alınması gerekmektedir. ABA'nın 1. maddesinin 3. fıkrasında, “*Avrupa Birliği, Avrupa Topluluğu'nun yerini alır ve halefi olur*” hükmüne yer verilmek suretiyle üye devletler Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği arasında külli bir halefiyetin gerçekleşmesi konusunda uzlaşmaya varmıştır. Böylelikle, Avrupa Topluluğu'nun tüm içsel ve dışsal hukuki ilişkileri Avrupa Birliği'ne geçmiştir. Dolayısıyla, Avrupa Topluluğu'nun daha önce kabul ettiği tüzük, yönerge ve benzeri hukuki tasarruflar ile akdettiği uluslararası antlaşmalar doğrudan Avrupa Birliği'nin hukuku haline gelmiştir. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Aralık 2009 tarihinde Konsey ve Komisyon, Avrupa Topluluğu'nun hukuki ilişki kurduğu tüm üçüncü devlet ve uluslararası örgütlere ortak bir diplomatik nota ileterek bunları Avrupa Birliği'nin halefiyeti ve Komisyon delegasyonlarının Avrupa Birliği delegasyonları içindeki değişimi konusunda bilgilendirmiştir. Bu devlet ve uluslararası örgütlerden herhangi bir itiraz gelmediğinden Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği arasındaki halefiyetin sorunsuz bir biçimde gerçekleştiği kabul edilmektedir.

8. Uluslararası Süjeliğin Sonuçları

Uluslararası düzeyde hak ve yükümlüklerin muhatabı olmak, Avrupa Birliği'nin uluslararası süjeliğinin ortaya çıkardığı en önemli sonuçtur. Nitekim

²⁴ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 32; *Schroeder*, EuR-Beiheft 2012, s. 21.

uluslararası hukuk, birincil hukuk ve ikincil hukukun yanında Avrupa Birliği hukukunun beslendiği üçüncü bir kaynağı oluşturmaktadır.²⁵ Dolayısıyla, içerdiği hak ve yükümlülükleri ile uluslararası hukuk Avrupa Birliği'ni kendi oluşturduğu birincil ve ikincil hukuk gibi bağlamaktadır. Bu bakımdan, uluslararası hukuka kaynaklık eden uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül kuralları ve hukukun genel ilkelerinin uluslararası örgütlere uygulanabildiği ölçüde Avrupa Birliği'ni de bağlayacağı ifade edilmelidir. Avrupa Birliği ayrıca, bir uluslararası süje olarak uluslararası hukuk normlarının oluşma ve oluşturulma sürecine katılma olanağına sahiptir. Avrupa Birliği'nin üçüncü devlet ve uluslararası örgütlerle antlaşmalar akdedebilmesi ise, uluslararası düzeyde hak ve yükümlülüklerin muhatabı olmasının getirdiği en önemli hukuki netice olarak görülebilir. Uluslararası sijeliğin bir sonucu olarak Avrupa Birliği'nin ayrıca, temsil ilişkileri kurma, diplomatik himaye sunma, ayrıcalık ve dokünlmazlıklardan yararlanma, uluslararası uyuşmazlıklar bakımından öngörülen çözüm yollarında taraf olma, uluslararası sorumluluğa tabi olma gibi hak ve yetkileri söz konusudur.

8.1. Uluslararası Antlaşma Akdetme

Uluslararası antlaşma yapma yetkisi, uluslararası sijeliğin Avrupa Birliği'ne sağladığı en önemli kazanç olarak görülebilir. Avrupa Birliği, bu şekilde uluslararası düzeyde farklı alanlarda aktif bir biçimde faaliyette bulunma olanağı elde etmektedir. Avrupa Birliği, uluslararası antlaşmalar yapmak suretiyle uluslararası düzeyde hak ve yükümlülüklerin muhatabı olmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği, taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükleri bizzat ileri sürme hakkına sahiptir. Belirilmesi gereken diğer bir husus, uluslararası antlaşmaların tabi olacağı kuralları kodifiye etmiş olan 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinin Avrupa Birliği'nin yaptığı antlaşmalar bakımından da önem arz ettiğidir. Bu bağlamda, gerek antlaşmaların kuruluşu gerekse antlaşmaların geçerlilik ve yorumu konusunda bu sözleşme hükümlerine riayet edilmesi gerekmektedir.

Yanıtlanması gereken diğer bir soru, Avrupa Birliği'nin hangi konularda

²⁵ Bkz. Güneş, s. 158 vd.

uluslararası antlaşmalar yapabileceğidir. Bu sorunun sınırlı yetki ilkesi esas alınarak yanıtlanması gerekmektedir. ABA'nın 5. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen bu ilke uyarınca, Avrupa Birliği üye devletler tarafından ancak kurucu antlaşmalar ile kendisine verilen yetkilerin sınırları dâhilinde faaliyette bulunabilir. Kurucu antlaşmalarda Avrupa Birliği'ne tanınmamış yetkiler ise kural olarak üye devletlere aittir. Bu bakımdan, Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarda ancak kendisine açıkça yetki verilen hallerde uluslararası alanda faaliyette bulunabilir. Avrupa Birliği'ne açıkça yetki tanınmayan hallerde ise, uluslararası düzeyde etkinliklerde bulunma yetkisi üye devletlerde olacaktır.

ABİA'nın 216. maddesinin 1. fıkrası, Avrupa Birliği'ne uluslararası antlaşmalar akdetme konusunda yetki veren temel normdur. Burada, "*Avrupa Birliği; kurucu antlaşmalarda öngörüldüğünde veya bir anlaşmanın akdedilmesi, Birliğin politikaları çerçevesinde, antlaşmalarda belirlenen hedeflerden birine ulaşılması için gerekli olduğunda veya Birliğin hukuken bağlayıcı bir tasarrufunda öngörüldüğünde veya Birliğin ortak kurallarını etkileme ya da kapsamalarını değiştirme ihtimali taşıdığı anda, bir veya daha çok üçüncü ülkeyle ya da uluslararası örgütle antlaşmalar akdedebilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Avrupa Birliği öncelikle kurucu antlaşmalarda öngörülen açık yetki hallerinde uluslararası antlaşmalar yapabilecektir. AİHS'ye katılım (ABA md. 6, f. 2), komşuluk politikası (ABA md. 8, f. 2), ortak dış ve güvenlik politikası (ABA md. 37), çevre politikası (ABAİA md. 191, f. 4) ve ticaret politikası (ABAİA md. 207, f. 3), uluslararası antlaşmalar yapma konusunda Avrupa Birliği'ne açık yetki tanınan alanlara örnek oluşturmaktadır.²⁶

ABA'nın 216. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Avrupa Birliği açık yetki halleri haricinde de uluslararası antlaşmalar yapma konusunda yetkiye sahiptir. Kurucu antlaşmalarda öngörülen hedeflerin gerçekleştirilmesi gerekliliği, yetkilendirici ikincil hukuk düzenlemelerinin varlığı ve ortak kurallarının etkilenme veya kapsamlarının değişme ihtimali, Avrupa Birliği'nin zımni yetkisinin söz konusu olacağı bu halleri oluşturmaktadır.²⁷ Öte yandan Lizbon Antlaşma-

²⁶ Ayrıca bkz. *Obwexer*, EuR-Beiheft 2012, s. 52 vd.; *Hobe/Müller-Sartori*, JuS 2002, s. 9 vd.

²⁷ Bu konuda daha detaylı olarak bkz. *Obwexer*, EuR-Beiheft 2012, s. 56 vd.

sı'nın kabulünden önce kurucu antlaşmalarda Avrupa Birliği'nin zımni yetkilerine ilişkin bir hüküm bulunmamakta idi. Bununla birlikte, Adalet Divanı içtihatlarından hareketle kurucu antlaşmalarda öngörülen açık yetki halleri dışında zımni yetkinin söz konusu edildiği bazı hallerde de Avrupa Birliği'nin dışsal yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmekte idi. Nitekim Adalet Divanı, bu bağlamda zımni yetkiler (*implied powers*) doktrinini geliştirmiştir.²⁸ Bu doktrin, Avrupa Birliği organlarına tanınan açık yetkilerin mantıklı ve amaca uygun kullanımı için gerekli olan tamamlayıcı nitelikteki tüm yan yetkilerin zımni olarak Avrupa Birliği'ne tanındığından hareket etmekte idi. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarda yer alan açık bir yetkinin kullanılabilir hale gelmesini sağlayan ve varlığı açık yetkinin varlığına dayanan türev nitelikteki zımni yetkilere de sahip olduğu kabul edilmekte idi. Sonuç olarak, ABİA'nın 216. maddesinin 1. fıkrasının kabulü ile zımni yetkiler doktrini kurucu antlaşmalara girmiştir.

ABA'nın 216. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Avrupa Birliği üçüncü devletler veya uluslararası örgütlerle antlaşma yapma yetkisine sahiptir. Avrupa Birliği'nin uluslararası örgütlerle antlaşmalar akdettiği birçok durumda ayrıca bu örgütlere katıldığı dikkat çekmektedir. Uluslararası örgütlere katılmanın bir sonucu olarak, Avrupa Birliği'nin farklı nitelikteki üyelik hakları elde ettiği belirtilmelidir. Avrupa Birliği, bu şekilde üyesi olduğu uluslararası örgütlerin yasama ve yönetim süreçlerine katılma imkânı elde etmektedir. Bunun dışında, Avrupa Birliği'nin uluslararası örgütlere katılımını sağlayan uluslararası antlaşmaların bir kısmının aynı zamanda bu örgütlerin kuruluş antlaşmaları olduğu dikkat çekmektedir. Gıda ve Tarım Örgütü (FAO), Avrupa Topluluğu'nun 1991 yılında tam üyelik elde ettiği ilk uluslararası örgüttür. Avrupa Topluluğu, ayrıca Dünya Ticaret Örgütü'nün (WTO) kurucu üyeleri arasında yer almaktadır. Üye olduğu diğer uluslararası örgütlerde ise, Avrupa Birliği'nin Avrupa Topluluğu'nun halefi olarak genellikle yalnızca gözlemci statüsüne sahip olduğu ifade edilmelidir.²⁹

²⁸ Bu konuda ayrıca bkz. *Obwexer*, EuR-Beiheft 2012, s. 56 vd.; *Nawparwar*, s. 16 vd.

²⁹ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 46.

Avrupa Birliği'nin uluslararası antlaşmalar kabul ederken takip etmesi gereken usule ilişkin hükümler genel olarak ABİA'nın 218. maddesinde yer almaktadır.³⁰ Buna karşın, ticaret antlaşmaları ve kur sistemine ilişkin antlaşmalarda ABİA'nın 207 ve 219. maddelerinde öngörülen usuller uygulanmalıdır. Diğer taraftan, Avrupa Birliği ile üçüncü devletler veya uluslararası örgütler arasında uluslararası antlaşmaların akdedilmesinde ABİA'nın 218. maddesinin yanı sıra ayrıca Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. ABİA'nın 218. maddesinin 2-10. fıkralarında, antlaşmaların müzakere ve bağıtlanmasına ilişkin oldukça ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Öncelikle, uluslararası antlaşmaların kabul edilmesi sürecinde Avrupa Birliği organları arasından Konsey'e belirleyici bir rol verildiği belirtilmelidir. Konsey, müzakerelerin açılması, müzakere talimatlarının kabul edilmesi ve antlaşmaların imzalanması için yetki verme konusunda yetkili organ olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda Konsey, müzakerelerin yürütülmesi amacıyla bir müzakereci görevlendirir, bu müzakereciye talimatlar verir ve müzakerelerin istişare edilerek yürütülmesi için özel bir komite tayin eder. Söz konusu uluslararası antlaşmaya ilişkin müzakereler sona erdikten sonra, Konsey müzakerecinin önerisi üzerine bu antlaşmanın imzalanması ve gerektiğinde yürürlüğe girmeden önce geçici olarak uygulanması konusunda yetki veren bir karar kabul eder. Bunun akabinde Konsey, gerekli hallerde Avrupa Parlamentosu'nun onay veya görüşü alındıktan sonra, söz konusu antlaşmanın akdedilmesine ilişkin bir karar alır. Akdedilme ile birlikte uluslararası antlaşmaların yapımına ilişkin süreç sona ermekte ve böylelikle bu antlaşmalar yürürlük kazanmaktadır. Uluslararası antlaşmaların kabul edilmesi sürecinde müzakereci rolü ise, ilgili uluslararası antlaşmanın konusunun bütünleşik veya hükümetlerarası bir dış politika alanı olmasına göre Komisyon veya Avrupa Birliği Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi tarafından üstlenilmektedir. Diğer taraftan, Konsey'e müzakerelere girişme konusunda tavsiyede bulunmayı içeren inisiyatif hakkının Komisyon ve Yüksek Temsilci'ye tanındığı belirtilmelidir. Bunların haricinde, uluslararası antlaşmaların kabul edilmesi sürecinin tüm

³⁰ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. *Nawparwar*, s. 27 vd.; *Obwexer*, EuR-Beiheft 2012, s. 61 vd.; *Streinz./Ohler/ Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon, 3. Auflage, München 2010, s. 42 vd.; *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon, Berlin 2009, s. 88 vd.

aşamalarında Avrupa Parlamentosu'nun ivedilikle ve tam olarak bilgilendirileceği öngörölmüştür. Ayrıca uluslararası antlaşmaların yapılmasının her aşamasında Konsey'in nitelikli çoğunlukla karar alması gerektiği belirtilmelidir. Ortaklık antlaşmaları veya ortak dış ve güvenlik politikası gibi durumlarda ise, istisnaen Konsey'in oybirliği ile karar alması gerekmektedir. 218. maddenin 8. fıkrasında da, AİHS'ye katılım için Konsey'in oybirliği ile alacağı bir kararın gerekli olduğu belirtilmiştir. Son olarak 218. maddenin 11. fıkrasında, bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon'un bir uluslararası antlaşmanın kurucu antlaşmaların hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'nın görüşünü alabileceği ve bu görüşün olumsuz olması halinde bu uluslararası antlaşmanın yürürlüğe giremeyeceği düzenlenmiştir. Bu suretle, Adalet Divanı'na Avrupa Birliği'nin akdettiği uluslararası antlaşmaların yargısal denetimini yapma olanağı sağlanmıştır.

8.2. Diplomatik Temsil

Avrupa Birliği, uluslararası sşjeliğinin doğal bir sonucu olarak uluslararası hukukun diğer sşjeleri ile ilişkiler kurmaktadır. Bu ilişkilerin etkin bir biçimde yürütölmesi açısından Avrupa Birliği'nin bu sşjeler nezdinde daimi şekilde temsil edilmesi önem arz etmektedir. Aynı şekilde Avrupa Birliği ile ilişki kurana diğer sşjelerin de Birlik nezdinde daimi biçimde temsil edilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Diplomatik temsil bu bağlamda, uluslararası düzeyde ilişkileri söz konusu olan tarafların çıkarlarının ülke dışında daha iyi bir şekilde temsil edilmesini amaçlamaktadır.

Avrupa Birliği bakımından diplomatik temsilin esasen iki şekilde gerçekleştiği belirtilmelidir.³¹ Pasif temsilde üye devletler, üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerin Avrupa Birliği nezdinde temsili söz konusu iken, aktif temsil Avrupa Birliği'nin uluslararası hukukun bu sşjeleri nezdinde temsil edilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda öncelikle, Avrupa'da bir birlik oluşturulmasına ilişkin ilk adımların atıldığı 1950'lerden beri Avrupa Toplulukları nezdinde pasif temsilin yaygın olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda, üye devletlerin yanı sıra üçüncü devlet ve uluslararası örgütlerin bilhassa Brüksel'de daimi

³¹ Bu konuda bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 57 vd.

diplomatik temsilciliklere sahip olduğu belirtilmelidir. Üye devletlerin, Avrupa Birliği nezdinde daimi temsilciliklere ihtiyaç duymasının başlıca nedeni ise, değişik terkiplerde toplanmasından dolayı üye devletlerin Konsey’de aynı kişilerle temsil edilememesidir. Avrupa Birliği nezdinde pasif diplomatik temsile ilişkin hükümlere, Avrupa Birliği’nin Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Protokol’ün özellikle 10 ve 16. maddelerinde yer verilmiştir. Bu protokolün 10. maddesinde, üye devlet temsilcilerinden Avrupa Birliği organlarının çalışmalarına katılanların faaliyetlerini yürütürken ve seyahat ederken uluslararası hukukta öngörülen ayrıcalık, dokunulmazlık ve kolaylıklardan istifade edeceği öngörülmüştür. Burada sözü geçen ayrıcalık, dokunulmazlık ve kolaylıklardan ne anlaşılması gerektiği konusunda ise, 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetler Sözleşmesi ve 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk belgelerine başvurulmalıdır. Bunun haricinde Avrupa Birliği’nin kapsamlı ve hakiki bir egemenlik yetkisinin söz konusu olmaması nedeniyle, 10. maddenin uygulandığı hallerde diğer üye devlet temsilcilerinin gerçekte Belçika’nın egemenlik yetkisi bakımından ayrıcalıklar elde ettiği ifade edilmelidir.³²

Üçüncü devletlerin Avrupa Birliği nezdinde temsilinin söz konusu olduğu hallerde ise, Avrupa Birliği’nin Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Protokolü’nün 16. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Burada, sınırları içinde Avrupa Birliği’nin bir kurumunu barındıran üye devletlerin üçüncü devletlerin onaylı temsilciliklerine uluslararası hukukta öngörülen ayrıcalık ve dokunulmazlıkları sağlayacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle, bahse konu ayrıcalık ve dokunulmazlıkların yalnızca Avrupa Birliği tarafından onaylanmış yani akredite edilmiş temsilciliklere tanınacağı belirtilmelidir. Nitekim günümüzde Avrupa Birliği çapında 180’e yakın devlet veya bölgenin ve 20’yi aşkın uluslararası örgütün diplomatik temsilciliğinin akredite edildiği bilinmektedir.³³ Bu dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kapsamının belirlenmesinde aynı şekilde burada da bu alanda kabul edilmiş uluslararası düzenlemelere bakılacaktır. Bu-

³² Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 47, N. 57.

³³ Bkz. http://ec.europa.eu/external_relations/repdel/edelhrm/index.cfm?fuseaction=crepdel.europa&lang=EN

nun dışında, Avrupa Birliği'nin kapsamlı ve hakiki bir egemenlik yetkisinin söz konusu olmaması nedeniyle, 16. maddenin uygulandığı hallerde bu ayrıcalık ve dokunulmazlıkların ilgili Avrupa Birliği kurumlarının bulunduğu üye devlet tarafından sağlanması gerekmektedir.

Öte taraftan, Avrupa Birliği'nin aktif temsilinin önem kazanması ancak Lizbon Antlaşması ile mümkün olmuştur.³⁴ Zira Lizbon Antlaşması'na kadar Avrupa Birliği'nin üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerde diplomatik temsil söz konusu olmamıştır. Bunun yerine Komisyon, birçok hükümet ve uluslararası örgüt nezdinde delegasyonlar kurmuştu. Komisyon, bu delegasyonları bir tür dış temsil makamı olarak kullanmakta idi. Bunun dışında, buldukları üçüncü devletlerin bu delegasyonlara birtakım diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlıklar tanıdığı belirtilmelidir. Delegasyon başkanları ise, diplomatik statüye sahip olmakla birlikte büyükelçi seviyesinde olmayıp buldukları devletin devlet başkanları tarafından değil de hükümetler tarafından akredite edilmekteydiler. Lizbon Antlaşması'nın yürürlük kazanmasıyla birlikte sayıları 140'a yaklaşan bu delegasyonlar bizzat Avrupa Birliği'nin delegasyonu haline gelmiştir. Nitekim ABİA'nın 221. maddesinin 1. fıkrasında, üçüncü ülkelerdeki ve uluslararası örgütler nezdindeki Avrupa Birliği delegasyonlarının Avrupa Birliği'ni temsil edeceği öngörülmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrasında ayrıca, bu delegasyonların Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'ne tabi olduğu ve üye devletlerin diplomatik temsilcilikleri ve konsolosluk temsilcilikleriyle sıkı işbirliği içinde hareket edeceği ifade edilmiştir. Lizbon Antlaşması ile getirilen diğer bir yenilik, Avrupa Dış Faaliyetler Servisi'nin kurulmasıdır. ABA'nın 27. maddesinin 3. fıkrasında, Yüksek Temsilci'nin görevlerini yerine getirirken bir Avrupa Dış Faaliyetler Servisi tarafından destekleneceği öngörüldükten sonra, bu servisin ulusal diplomatik servislerinin personeli dâhil olmak üzere Komisyon ve Konsey'in genel sekreterliğinin yetkili servislerinin memurlarından oluşacağı ve üye devletlerin diplomatik servisleriyle işbirliği halinde çalışacağı düzenlenmiştir.

³⁴ Bu konuda ayrıca bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 59 vd.; *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Kommentar, 4. Auflage, München 2011, EUV Art. 47, N. 13.

8.3. Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklar

Bazı dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanma, uluslararası hukuk süjeliğinin kendisiyle birlikte getirdiği diğer bir sonuçtur. Bu bağlamda, uluslararası süjeliği haiz olan Avrupa Birliği'nin de bu dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanabileceği belirtilmelidir. Dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, buldukları yabancı devletlerin ulusal yargılama yetkisi ve hukuki düzenlemeleri bakımından bazı muafiyetler öngörmek suretiyle uluslararası hukuk süjelerine birtakım kolaylıklar sağlanmasını amaçlamaktadır. Dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, uluslararası ilişkilerin karşılıklı güven anlayışı içinde sağlam bir zeminde yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir. Günümüzde uluslararası hukukta dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, yabancı devlet temsilcilikleri ve uluslararası örgütlerle bunların çalışanları bakımından geçerli olmaktadır.

ABİA'nın 343. maddesinin 1. fıkrasında, Avrupa Birliği'nin üye devletlerde ne tür dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Burada Avrupa Birliği'nin, 1965 tarihli Avrupa Birliği'nin Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Protokol'de belirlenen koşullar çerçevesinde üye devletlerin topraklarında görevlerini yerine getirmek için gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanacağı ve bu ayrıcalıkların Avrupa Merkez Bankası ile Avrupa Yatırım Bankası içinde geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Avrupa Birliği'ne ait bina, alan ile mali servet ve değerlerin dokunulmazlığı (md. 1), arşivlerin masuniyeti (md. 2), vergi muafiyeti (md. 3), gümrük muafiyeti (md. 4), resmi iletişimin dokunulmazlığı (md. 5), seyahat özgürlüğünün sınırlanamaması (md. 7), ifade ettiği görüş veya kullandığı oydan dolayı cezai takibata uğramama (md. 8) ve seyahat ederken sağlanması gereken dokunulmazlık, ayrıcalık ve kolaylıklar (md. 10) sözü geçen protokolde yer verilen dokunulmazlık ve ayrıcalıklara örnek oluşturmaktadır. Avrupa Birliği organ ve kurumları ile buralarda görevli olan kişilerin üye devletlerde yararlanacağı dokunulmazlık ve ayrıcalıkların bu protokolde öngörülenlerle sınırlı olduğu belirtilmelidir.³⁵ Dolayısıyla Avrupa Birliği organ, kurum veya çalışanlarının uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde belli bazı suçlar bakımından üye

³⁵ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 63.

devletlerin mahkemelerinde açılacak davalara karşı bağışıklığa sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Son olarak, Avrupa Birliği organ, kurum veya görevlilerinin topraklarında buldukları üçüncü devletlerde bazı dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanabilmesinin koşulunun iki taraf arasında akdedilen uluslararası antlaşmalara bağlı olduğu ifade edilmelidir. Bu nedenle, bu konuda henüz bir uluslararası antlaşmanın söz konusu olmadığı hallerde Avrupa Birliği'nin üçüncü devletlerde dokunulmazlık ve ayrıcalıklar elde etmesi mümkün değildir.

8.4. Uluslararası Sorumluluk

Uluslararası sorumluluk, uluslararası süjeliğe sahip olmanın doğurduğu diğer bir sonuçtur. Uluslararası sorumluluk, günümüzde uluslararası süjelerin uluslararası hukuka aykırı fiilleri ile neden oldukları zararların giderilmesini amaçlayan bir uluslararası hukuk kurumudur.³⁶ Burada kullandığımız anlamda uluslararası sorumluluk, ceza hukuku sorumluluğunu dışarıda bırakacak biçimde uluslararası düzeyde sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğu tanımlamaktadır. Bu bakımdan, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün uluslararası süjeler tarafından ihmali veya icrai bir biçimde ihlali uluslararası sorumluluğun ortaya çıkışı bakımından yeterlidir. Uluslararası sorumluluk çerçevesinde bir zarara neden olduğu hallerde ise, maddi tazminat, manevi tazminat veya eski hale getirme gibi yaptırımların uygulanması gündeme gelecektir. Genel kabul, uluslararası sorumluluğun iki cephesinin söz konusu olduğudur.³⁷ Aktif sorumluluk diğer uluslararası süjeler bakımından neden olunan zararların giderimini gerektirirken, pasif sorumluluk öteki uluslararası süjelerinin sorumluluğunu ileri sürebilme yeteneğini tanımlamaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin gerek aktif gerekse pasif uluslararası sorumluluğunun söz konusu olduğu belirtilmelidir.

Bir uluslararası hukuk süjesi olan Avrupa Birliği de eylem veya ihmalleriyle neden olduğu zararları giderme yükümlülüğu altındadır. Bu bakımdan, organ, kurum veya buralarda yetki kullanan görevlilerinin uluslararası hukuk kuralla-

³⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Pazarıcı*, s. 401 vd.; *Herdegen*, s. 401 vd.

³⁷ *Calliess/Ruffert*, EUV Art. 47, N. 15 vd.

rını ihlal etmek suretiyle neden olduğu zararların Avrupa Birliği tarafından karşılanması gerekmektedir. Bir organ veya kurumunun yetki aşımı (*ultra vires*) ile zararlara neden olduğu hallerde de Avrupa Birliği'nin sorumluluğu söz konusu olacaktır.³⁸ Diğer taraftan, üye devletlerin bazı hallerde kendileri tarafından oluşturulan bir süje olan Avrupa Birliği'nin neden olduğu uluslararası zararlardan Avrupa Birliği ile birlikte paralel biçimde sorumlu tutulması düşünülebilir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin organ ve kurumlarının üye devletlerin doğrudan katılımı söz konusu olmadan gerçekleşen özerk fiil veya ihmalleriyle neden oldukları zararlardan üye devletlerin sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir.³⁹ Bunların dışında, Avrupa Birliği'nin kendisini henüz tanımamış olan uluslararası süjelere karşı neden olduğu zararlardan kural olarak üye devletlerin sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.⁴⁰ Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, Avrupa Birliği'nin uluslararası düzeyde akdi veya akit dışı sorumluluğunun söz konusu olduğudur. Taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda Avrupa Birliği'nin akdi sorumluluğundan bahsedilmektedir. Sorumluluğun bir uluslararası antlaşmadan kaynaklandığı hallerde, karşı tarafın uğradığı zararların tazminini yalnızca Avrupa Birliği'nden talep edebileceği belirtilmektedir. Ancak konusu itibarıyla Avrupa Birliği ve üye devletlerin ortak yetki alanına giren karma antlaşmalar (*gemischte Abkommen*) olarak nitelenen uluslararası antlaşmaların söz konusu olduğu hallerde, Avrupa Birliği ve üye devletlerin paralel sorumluluğundan bahsedilebilecektir.⁴¹ Haksız fiil niteliğinde eylemleri ve yüksek düzeydeki riskli faaliyetleri ile başka bir uluslararası süjenin zarar görmesine neden olduğu hallerde ise, Avrupa Birliği'nin sözleşme dışı uluslararası sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu bağlamda, uluslararası teamül hukukunun sözleşme dışı sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturduğu ifade edilmelidir. Belirtilmesi gereken diğer bir husus, sözleşme dışı sorumluluk hallerinde üye devletlerin paralel sorumluluğuna gidilebilmesinin oldukça sıkı koşullara bağlanmasıdır.⁴²

³⁸ Herdegen, s. 403; Pazarcı, s. 409.

³⁹ Karş. Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 47, N. 19 vd.; Ruffert/Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht, München 2009, N. 229 vd.

⁴⁰ Ruffert/Walter, N. 231; Vitzthum, s. 287.

⁴¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 47, N. 66.

⁴² Bu bağlamda bkz. Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 47, N. 67; Herdegen, s. 403 vd.

Avrupa Birliği ayrıca zarara uğradığı hallerde öteki uluslararası hukuk süjelerinin sorumluluğunu ileri sürebilme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle, diğer uluslararası süjeler gibi Avrupa Birliği'nin de uluslararası düzeyde ortaya çıkan hak ihlallerinin mağduru olması ve bu ihlallere neden olan uluslararası süjeye karşı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmek suretiyle mağduriyetini giderme imkânı bulunmaktadır. Uluslararası düzeyde başka süjelerin sorumluluğunu ileri sürebilmenin en önemli şartı, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir hakkın ihlal edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin tarafı olduğu uluslararası bir sözleşmenin bir hükmünün başka bir akit tarafça ihlal edildiği hallerde bu tür bir ihlalden söz edilebilir. Bilhassa dış ticaret alanında yapılan sözleşmelerin bu tür ihlallerle gündeme geldiği dikkat çekmektedir. Ancak deniz hukuku ve çevre hukuku alanında yapılan uluslararası antlaşmalar nedeniyle de bu tür ihlallerin sıkça ortaya çıktığı ifade edilmelidir.⁴³ Uluslararası antlaşmalar dışında uluslararası teamül hukuku kuralları veya hukukun genel ilkelerinin bir uluslararası süje tarafından Avrupa Birliği aleyhine çiğnendiği hallerde de bu tür bir ihlalden bahsetmek mümkündür. Bunun yanı sıra kuvvet kullanma yasağı veya evrensel insan hakları ihlalleri gibi erga omnes yükümlülük doğuran uluslararası hukuk ihlallerinin ileri sürülebilmesinin doğrudan bir mağduriyet gerektirmemesi nedeniyle, doğrudan bir hak ihlaline uğramadığı hallerde de Avrupa Birliği'nin bu ihlallere müdahil olabileceği belirtilmektedir.⁴⁴

8.5. Diplomatik Himaye

Diplomatik himaye, genel olarak bir devletin yabancı bir devletin haksız eyleminden zarara uğrayan vatandaşını diplomatik yollar aracılığıyla koruma altına almasını tanımlamaktadır. Genel kabul gören görüş, üçüncü bir devlet tarafından haksız bir eylem ile zarara maruz kaldığı hallerde Avrupa Birliği'nin Birlik vatandaşları lehine bir diplomatik himaye sağlayamayacağı yönündedir. Zira uluslararası hukuk uyarınca diplomatik himaye kişiler üzerinde kurulan egemenlikten kaynaklandığından, bu tür bir koruma uyrukluk bağından dolayı kural olarak

⁴³ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 68.

⁴⁴ *Calliess/Ruffert*, EUV Art. 47, N. 16; *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 70.

üye devletler tarafından sağlanabilir.⁴⁵ Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin üçüncü devletlerin neden olduğu zararlara karşı Birlik vatandaşlarına diplomatik himaye sunamayacağı belirtilmelidir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği vatandaşlığının bir neticesi olarak ABİA'nın 23. maddesinin 1. fıkrasında her Birlik vatandaşının uyruğu olduğu üye devletin temsil edilmediği bir üçüncü ülkenin topraklarında üye devletlerden herhangi birinin diplomatik veya konsolosluk makamlarınca o üye devletin uyruklarıyla aynı şartlarda korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buna benzer bir düzenlemeye, Temel Haklar Şartı'nın *Diplomatik Koruma* başlıklı 46. maddesinde de rastlamak mümkündür. Bunların haricinde, Avrupa Birliği vatandaşlarına Avrupa Birliği eliyle diplomatik koruma sağlamanın tek yolunun uluslararası antlaşmalar akdetmek olduğu ifade edilmelidir. Zira yaptığı uluslararası antlaşmalara ayrıca Birlik vatandaşlarının korunmasına ilişkin hükümleri eklediği hallerde, ilgili uluslararası antlaşmanın vatandaşlarının menfaatlerini koruyan hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda Avrupa Birliği'nin harekete geçerek bu ihlalleri ileri sürmesi mümkündür. İhlal edilen haklarının karşı tarafa ileri sürülmesi suretiyle Avrupa Birliği kendi vatandaşları için bir tür diplomatik himaye imkânı oluşturmaktadır.

8.6. Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Taraf Olma

Uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen hukuki başvuru yollarında taraf olma olanağı, Avrupa Birliği'nin sahip olduğu uluslararası süjeliğin diğer bir sonucudur.⁴⁶ Başka bir deyişle Avrupa Birliği, uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için geliştirilen hukuki yöntemler bakımından davacı ve davalı olma kabiliyetine sahiptir. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak günümüzde birçok yöntem söz konusu olup, bu yöntemler bakımından davalı veya davacı olmanın hangi koşullara bağlandığı esasen ilgili yöntemlerin düzenlendiği hukuki metinlerde gösterilmiştir. Bununla birlikte genel olarak, uluslararası düzeyde bir hak ihlaline sebebiyet vermenin davalı olma ve uluslararası düzeyde bir hak ihlaline uğramanın davacı olmanın önkoşulu olduğu belirtilmelidir. Uluslararası düzeyde uyuşmazlıkların çözümü için

⁴⁵ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 71. Ayrıca bkz. *Pazarıcı*, s. 418 vd.

⁴⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 47, N. 75.

oluşturulan yollarda davalı ve davacı olma imkânı ise yalnızca uluslararası sùjelerle tanınmıştır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 33. maddesinde, uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne yönelik yöntemler olarak soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yollarının sayıldığı görölmektedir. Avrupa Birliği'nin kural olarak burada belirtilen tüm yöntemlerde taraf olabileceği ifade edilmelidir. Bu çözüm yöntemleri arasından özellikle hakemlik yolu Avrupa Birliği bakımından önem taşımaktadır. Nitekim Avrupa Birliği'nin tarafı olduğu birçok uluslararası antlaşmada ortaya çıkacak ihtilafların hakem usulü çerçevesinde çözüme bağlanacağı öngörölmüştür. Bu bağlamda, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) arasında farklı zamanlarda birçok uyuşmazlığın hakem usulü kapsamında çözüme kavuşturulduğu belirtilmelidir.

9. Sonuç

Lizbon Antlaşması ile tüzel kişiliğe sahip olduğunun açıkça öngörölmesi suretiyle Avrupa Birliği'nin uluslararası hukuk sùjeliđine ilişkin tartışmalar nihai bir şekilde sona ermiştir. Avrupa Birliği bu bağlamda, Avrupa Topluluğu'nun halefi olan bir uluslararası sùje olarak uluslararası hukuka tabi olup uluslararası düzeyde hak ve yükümlölüklerin muhatabı olma yeteneğine sahiptir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği uluslararası düzeyde faaliyetlerde bulunma ve diğer uluslararası hukuk sùjeleri ile ilişkiler geliştirme olanağına sahiptir. Böylelikle Avrupa Birliği, uluslararası hukukun oluşma ve oluşturulma süreçlerine aktif bir şekilde katılabilir. Bununla birlikte, bir uluslararası örgüt olması nedeniyle Avrupa Birliği bakımından bazı hususiyetlerin söz konusu olduğu belirtilmelidir. Avrupa Birliği bu kapsamda ancak üye devletlerin kendisine devrettiği ölçüde uluslararası düzeyde yetki kullanma ve etkinliklerde bulunma imkânına sahiptir. Bunların haricinde, kendisine tanınan uluslararası sùjeliđin bir sonucu olarak Avrupa Birliği'nin uluslararası antlaşmalar akdetme, diplomatik temsil, bazı dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan istifade etme, uluslararası sorumluluğa tabi olma, diplomatik himaye sunma ve uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için geliştirilen yollarda taraf olma gibi bazı hak ve yetkilere sahip olduğu belirtilmelidir.



KAYNAKÇA

- Bozkurt, Enver/ Kütükçü, Akif/ Poyraz, Yasin: Devletler Hukuku, 4. baskı, Ankara 2004
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias: EUV/AEUV Kommentar, 4. Auflage, München 2011
- Doehring, Karl: Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004
- Erlbacher, Friedrich: Rechtspersonlichkeit und Rechtsnachfolge, in: Hummer/ Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2009
- Frenz, Walter: Handbuch Europarecht-5, Berlin 2010
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, München 2014
- Güneş, Ahmet M.: Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, İstanbul 2013
- Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias: Europarecht, 8. Auflage, Tübingen 2012
- Hellmann, Vanessa: Der Vertrag von Lissabon, Berlin 2009
- Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 10. Auflage, München 2011
- Hobe, Stephan/ Müller-Sartori, Patrick: Rechtsfragen der Einbindung der EG/ EU in das Völkerrecht, JuS 2002, s. 8 vd.
- Ipsen, Knut: Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004
- Lorenzmeier, Stefan: Völkerrecht, 2. Auflage, Berlin 2011
- Nawparwar, Manazha: Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, Halle (Saale) 2009
- Obwexer, Walter: Die Vertragsschlusskompetenzen und die vertragsschlussbefugten Organe der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2012, s. 49 vd.
- Oppermann, Thomas: Europarecht, 3. Auflage, München 2005

- Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 3.Bası, Ankara 2005
- Ruffert, Matthias/ Walter, Christian: Institutionalisiertes Völkerrecht, München 2009
- Schroeder, Werner: Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer/Schweitzer (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996
- Schroeder, Werner: Die Europäische Union Als Völkerrechtssubjekt, EuR-Beihft 2012, s. 9 vd.
- Schweitzer, Michael: Staatsrecht III, 9. Auflage, Heidelberg 2008
- Stein, Torsten/ von Buttlar, Christian: Völkerrecht, 11. Auflage, Köln 2005
- Streinz, Rudolf: Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg 2012
- Streinz, Rudolf/ Ohler, Christian/ Herrmann, Christoph: Der Vertrag von Lisabon, 3. Auflage, München 2010
- Vitzthum, Wolfgang Graf: Völkerrecht, 5. Auflage, Berlin 2010
- von Liszt, Franz/ Fleischmann, Max: Völkerrecht, 12. Auflage, Berlin 1925

SELF DETERMİNASYON VE AYRILMA AÇISINDAN KIRIM SORUNU

*The Crimean Problem from the perspectives
of Self-determination and Secession*

Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE*

ÖZET

Ukrayna'da Şubat 2014'te yaşanan "Maydan" olayları sonucunda muhalif güçler iktidarı ele geçirmiştir. Akabinde Kırım Özerk Cumhuriyeti Meclisi, yapılan referandumun ardından Kırım'ın bağımsızlığı ve Rusya Federasyonu'yla birleşmesi konusunda karar kabul etmiştir. Başta ABD ve AB üyesi devletler olmak üzere, uluslararası toplumun Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğünün ihlal edildiğine dikkat çekmesine rağmen Rusya, somut olayda uluslararası hukuka aykırı bir durumun olmadığını, self determinasyon hakkını kullanarak bağımsızlığını ilan eden Kırım'ın kendi iradesi ile Rusya'yla birleştiğini savunmaktadır. İncelemenin temel amacı, self determinasyon hakkının anlamı, ülkesel bütünlük ilkesi ile ilişkisinin uluslararası hukukta nasıl düzenlendiği, tüm bu hususların ise Kırım sorunu bağlamında ele alınarak hukuksal anlamda halen Ukrayna'nın bir parçası olan Kırım'ın ayrılma hakkının olup olmadığını değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Ukrayna, Rusya, Kırım, Self determinasyon, Ülkesel bütünlük, Ayrılma.

ABSTRACT

In February 2014 as a result of the "Maidan" events, the opposite forces has taken over of the legal power in Ukraine. Subsequently the Parliament of the Autonomous Republic of Crimea adopted a resolution purported to Crimean independence and unification with the Russian Federation. Although the international community, led by the US and the EU, declared the infringement of territorial integrity of Ukraine, Russia has asserted that there is no violation of international law in the case at hand, and that Crimea, by acting in line with her right of self-determination, unified with Russia in her own initiative. The main purposes of this research are to denote the concept of

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Cavid.Abdullayev@law.ankara.edu.tr

self-determination, and how the relationship between self-determination and territorial integrity is regulated in international law. and to evaluate all these concepts in the context of Crimean problem, and whether Crimea, still legally part of Ukraine, has a right to secession.

Key Words: Ukraine, Russia, Crimea, Self determination, Territorial integration, Secession

◆◆◆◆

GİRİŞ

Batı ve güneyden Karadeniz, doğu ve kuzeyden Azak deniziyle çevrili, 26.140 km² genişliğe sahip Kırım yarımadası¹, 1783 yılından itibaren Rusların kontrolü altına girmiş,² Rus İmparatorluğu'nun yıkılmasının ardından ise Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) bir parçası haline gelmiştir. 15 Birlik Cumhuriyetinden oluşan SSCB içerisinde ilk başlarda Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'ne (RSFSC) bağlı Özerk Cumhuriyet olan, ancak RSFSC Yüksek Sovyeti Prezidyumu'nun 28 Temmuz 1946 tarihli kararıyla statüsü vilayet düzeyine indirgenen Kırım, 1954'de dönemin Sovyet Devlet Başkanı *Nikita Kruşçev* tarafından Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin (USSR) sınırlarına dâhil edilmiştir. 20 Ocak 1991'de yapılan referandumun ardından Kırım Vilayeti, Ukrayna'ya bağlı Kırım Özerk Cumhuriyeti'ne dönüştürülmüştür. SSCB'nin 1991 yılının Aralık ayında resmi olarak dağılması ve Ukrayna'nın bağımsız devlet olmasının ardından ise Kırım, Ukrayna'nın sınırları içerisinde Özerk Cumhuriyet olma statüsünü devam ettirmiştir³.

Bununla birlikte Kırım ve aslında bütünüyle Ukrayna, Rusya için ekonomik ve jeo-stratejik önemini hep korumuştur. Zira Ukrayna, Rusya'nın yüzyıllardır uyguladığı “yakın çevre” politikası nedeniyle kolayca vazgeçebileceği bölge değildir. Ukrayna'nın doğusunda yaşayan yoğun Rus nüfus, Karadeniz'in

¹ Bkz. İslam Ansiklopedisi “Kırım” maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayını, Cilt 25, Ankara 2002, s. 447-448.

² Halil İNALCIK: İslam Ansiklopedisi “Kırım” maddesi, Kırım Hanlığı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayını, Cilt 25, Ankara 2002, s. 450-458

³ Hakan KIRIMLI: İslam Ansiklopedisi “Kırım” maddesi, Rus İdaresi Dönemi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayını, Cilt 25, Ankara 2002, s. 458-465

önemi ve enerji politikaları nedenleriyle Rusya, bölgedeki siyasi ağırlığını yitirmeyi göze alamaz. Karadeniz'e çıkış kapısı olan Sivastopol dâhil Kırım, Rusya'nın askeri güvenliğinin, Rus doğalgazının Batıya çıkış kapısını oluşturan Ukrayna ise ekonomik çıkarlarının sigortası konumundadır. Bu anlamda Rusya açısından Ukrayna'da Rus yanlısı yönetim olması elzem bir husustur. Avrupa'nın sınırları içerisinde yer alan ve Avrupa ile bütünleşmesi, daha sonra da NATO kapsamına alınması düşünülen Ukrayna'nın Rus yanlısı politika yürütmesi ise Batıyı uzun süredir rahatsız etmektedir⁴. 2004 yılında Ukrayna'da gerçekleşen "*Turuncu Devrim*", Rusya'nın Ukrayna'daki etkinliğini çok fazla kıramayınca, Şubat 2014'ten itibaren yaşanan "*Maydan*" olayları Batı için bir umut doğurmuştur. Nitekim Rusya yanlısı politika yürüten Ukrayna eski Devlet Başkanı *Yanukoviç*'in devrilmesinin ardından iktidarı ele geçiren muhalefet güçleri, Batı yanlısı politika yürüteceğini açıkça deklare etmiştir. Bu durumdan fazlasıyla rahatsız olan Rusya ise⁵, yeni yönetimin göreve gelmesinin hemen ardından Kırım ve bölgedeki Rus nüfus kozunu oynamaya başlamıştır.

Kırım sorununda Rusya'nın rolü farklı açılardan değerlendirilebilir. Rusya Devlet Başkanı *Putin*, 1 Mart 2014'de Duma'dan Ukrayna'da yaşanan olağanüstü gelişmeler ve Rus vatandaşları ile Kırım Özerk Cumhuriyeti başta olmak üzere Ukrayna'da bulunan Rus silahlı kuvvetlerine bağlı askeri birliklere yönelik tehdit doğrultusunda, gerektiğinde silahlı kuvvet kullanılmasına izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Gerçi söz konusu izne rağmen, Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik silahlı saldırısından bahsedilemezse de, Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik eylemlerinin uluslararası hukuk açısından doğrudan veya en azından dolaylı müdahale olarak nitelendirilmesi mümkündür⁶. Ancak daha da

⁴ Amerikalı siyaset bilimci *Pol Kreyg Roberts*'in Rusya'nın "*Pravda*" gazetesinde yayınlanan söz konusu değerlendirmeleri için bkz. Пол Крейг РОБЕРТС: "*После Референдума в Крыму Проблемы России Только Начались*", <<http://www.pravda.ru/news/world/formerussr/ukraine/18-03-2014/1199932-craig-0/>>

⁵ Nitekim Rusya Dışişleri Bakanı *Sergey Lavrov*, Ukrayna'da yaşananların tamamen jeopolitik nedenlerle yaratılmış yapay bir kriz olduğunu ifade etmiştir. Bkz. "*Lavrov: Ukrayna Krizi Yapay*", BBC Türkçe, 8 Mart 2014, <http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/03/140308_rusya_kirim.shtml>

⁶ Rusya'nın eylemlerinin Ukrayna'ya yönelik doğrudan askeri müdahale olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ahmed Hamdi **TOPAL**: "*Kırım İşgali ve Uluslararası Hukuk Krizi*", DÜBAM-Dünya Bülteni, 12 Mart 2014.

önemlisi, Kırım sorununda Rusya'nın, kuvvet kullanma dışında aslında farklı bir strateji kurgulamış olmasıdır. Rusya'nın kurguladığı söz konusu strateji doğrultusunda, Ukrayna'da yeni yönetimin iktidarı ele geçirmesinin hemen ardından Kırım Özerk Cumhuriyeti Yüksek Sovyeti, toplantıya katılan 81 milletvekilinin 78'nin olumlu oyuyla Sivastopol dâhil Kırım'ın bağımsızlığı ve daha sonra Rusya'yla birleşmesi için 16 Mart 2014 tarihinde referandum yapılmasına karar vermiştir⁷. 16 Mart 2014 tarihinde yapılan referandumun⁸ hemen arkasından, 17 Mart 2014 tarihinde Kırım'ın bağımsız devlet olduğu ilan edilmiş⁹ ve Kırım Cumhuriyeti Yüksek Sovyeti 85 milletvekilinin olumlu oyuyla Rusya Federasyonu'yla birleşme konusunda karar kabul etmiştir¹⁰. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği'nden (AB) gelen tepkilere rağmen uluslararası hukuka aykırı her hangi bir durumun olmadığını savunan Rusya'ya göre, Kırım halkı self determinasyon hakkını kullanarak Ukrayna sınırlarında kalmak istememiş, yapılan referandumla da Ukrayna'dan ayrılarak bağımsızlığını ilan etmiştir. Bağımsız Kırım Cumhuriyeti Parlamentosu ise, birleşmek amacıyla Rusya'ya başvurmuş, Rusya da Kırım'ı Rusya Federasyonu'nun yeni bir unsuru olarak ülkesine katmayı kabul etmiştir¹¹.

Görüldüğü gibi, Kırım sorunu açısından açıklığa kavuşturulması gereken en temel hususlardan biri, özerk bir statüye sahip olmasına, diğer bir ifade ile

⁷ Bkz. Парламент Крыма Принял Декларацию о Независимости АРК и г. Севастополя, <http://www.rada.crimea.ua/news/11_03_2014_1>

⁸ Resmi rakamlara göre, 16 Mart 2014 tarihinde gerçekleştirilen referanduma Kırım'da yaşayan nüfusun % 83.10'u katılmış ve katılanların % 96.77'si Kırım'ın Rusya'yla birleşmesi, % 2.51'i ise Ukrayna'da kalması yönünde oy kullanmıştır. Bkz. Обнародование Результатов Общекрымского Референдума, Состоявшегося в Автономной Республике Крым 16 марта 2014 года, <<http://www.rada.crimea.ua/referendum/resultaty>>

⁹ Bkz. Постановление ГС РК "О Представительном Органе Республики Крым" <<http://www.rada.crimea.ua/act/11749>>

¹⁰ Bkz. Республика Крым Объявила Независимость и Просит РФ Включить ее в Состав Федерации. А Путин попросит Думу и СФ действовать оперативно, <<http://www.newsru.com/world/17mar2014/prinyal.html>>

¹¹ Kırım'ın Rusya'yla birleştirilmesi konusunda *Putin* tarafından imzalanan 17.03.2014 tarih ve 63 sayılı Başkanlık Kararnamesinin metni için bkz. Распоряжение Президента Российской Федерации от 17.03.2014 N 63-рп «О подписании Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов», <<http://graph.document.kremlin.ru/page.aspx?1;3621964>>

kendi meclisi ve Anayasası olmasına rağmen Ukrayna devletinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan Kırım'ın, Ukrayna'dan ayrılma hakkının olup olmadığıdır. Nitekim Rusya Devlet Başkanı *Putin*, soruna yönelik yaptığı açıklamalarda Kırım halkının self determinasyon hakkına atıf yaparken, Kırım Meclisi tarafından kabul edilen bağımsızlık bildirisinde de Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması ve İkiz Sözleşmelerin 1. maddesinde düzenlenen self determinasyon hakkı ile birlikte Kosova örneğine gönderme yapılmıştır. Bu nedenle Kırım sorununda uluslararası hukukun güç kullanmaya ilişkin kurallarının ihlalinden bağımsız olarak self determinasyon hakkının varlığının, özellikle de self determinasyon hakkının kimlere tanındığı, söz konusu hakkın ülkesel bütünlük ilkesi ile ilişkisinin nasıl düzenlendiğinin, Ukrayna'nın ayrılmaz bir parçasını oluşturan Kırım Özerk Cumhuriyeti'nin ayrılmasının uluslararası hukuk açısından incelenmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu anlamda incelemenin asıl konusunu Kırım'ın self determinasyon hakkı bağlamında Ukrayna'dan ayrılmasının uluslararası hukuka uygunluğu oluşturmaktadır.

A. Self Determinasyon Hakkının Anlamı ve Kapsamı

Siyasi ilke olarak düşünsel temeli 18. yüzyıla kadar uzatılabilen self determinasyon, uluslararası toplumun gündemini özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren işgal etmeye başlamıştır¹². Ancak siyasi istikrarsızlığa neden olacağı endişesiyle devletlerce olumlu karşılanmayan self determinasyon ilkesine Milletler Cemiyeti (MC) Misakı'nda açıkça yer verilmemiştir¹³. MC döneminde self determinasyon ilkesi, daha çok azınlıkların korunması için temel teşkil etmiş, ancak uluslararası hukuk kuralı olarak algılanmamıştır¹⁴. Nitekim Aaland Adası sorununda Hukukçular Komisyonu, self determinasyon ilkesinin modern siyasal düşüncede önemli bir yerinin olmasına rağmen, MC Misakı'nda konuya hiç değinilmediğini, birkaç uluslararası antlaşmada

¹² Bu konuda bkz. Antonio CASSESE: *Self-determination of Peoples*, Cambridge University Press, New York 1995, s. 11-13.

¹³ MC Misakı'nın kendi geleceğini belirleme ilkesini kabul ettiğini düşündürecek argümanlardan yoksun olduğu ve hatta karşı dayanakların daha güçlü bir vurgu taşıdığı görülmektedir. İlyas DOĞAN: “*Siyasal Bir İlke Olarak halkların Kendi Geleceğini Belirleme İlkesine Devletler Hukuku Açısından Bakış*”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 9, Sayı 1-62, Mart 2006, s. 3.

¹⁴ Malcolm N. SHAW: “*Peoples, Territorialism an Boundaries*”, 3 EJIL 1997, s. 480.

genel ilke olarak ifade edilmesinin self determinasyon ilkesini uluslararası hukukun pozitif kuralı haline geldiğini göstermek için yeterli olmadığını ifade etmiştir¹⁵.

Self determinasyon ilkesinin uygulanan uluslararası hukukta kabulü BM Antlaşması ile gerçekleşmiştir¹⁶. BM Antlaşması'nın 55. maddesinde de aksi-ni bulan self determinasyon ilkesi 1. maddenin 2. fıkrasında BM'nin amaçlarından birisi olarak sayılmıştır. BM Antlaşması'nda haktan ziyade ilke olarak düzenlenen self determinasyonun¹⁷ uluslararası hukukunun bağlayıcı kuralı haline gelmesi ise 1966'da kabul edilen ve İkiz Sözleşmeler olarak da bilinen Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir. Her iki Sözleşmeye göre: *“Bütün halklar, kendi kaderlerini tayin etmek hakkına sahiptirler. Bu hak uyarınca kendi siyasal statülerini serbestçe oluştururlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe sağlarlar”*¹⁸.

BM Antlaşması ve İkiz Sözleşmeler dışında self determinasyon ilkesine BM Genel Kurulu'nun birçok kararında ve değişik uluslararası belgelerde de yer verilmiştir. Özellikle self determinasyon ilkesinden hak olarak bahsetmesi hasebiyle bir dönüm noktası olan BM Genel Kurulu'nun 1960 tarihli *“Sömürge Yönetimi Altındaki Ükelere ve Halkalara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildirisi”*¹⁹ ile birlikte 1970 tarihli *“Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve*

¹⁵ Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question, League of Nations-Official Journal, October 1920, s. 3 vd.; Aaland adası sorunu ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Ayşe Füsün **ARSAVA**: *“Selfdetermination Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu”*, Seha L. Meray'a Armağan, C. 1, A. Ü. S. B. F. Yayınları: 465, Ankara 1981, s. 55-67.

¹⁶ Hüseyin **PAZARCI**: Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 7.

¹⁷ Self determinasyon ilkesi, BM Antlaşması'nda devletler arasındaki dostane ilişkilerin geliştirilmesinin temellerinden biri olarak düzenlenmiştir. **SHAW**, *“Peoples...”*, s. 480.

¹⁸ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, md. 1/1; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi md. 1/1.

¹⁹ BM Genel Kurulu'nun 1514 (XV) sayılı kararı ile kabul ettiği Bildiri'nin resmi olmayan Türkçe metni için bkz. Aslan **GÜNDÜZ** (Ed. Reşat Volkan GÜNEL): Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 451 vd.

*İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi*²⁰ kavramın gelişimine önemli katkılar sağlamıştır.

Son zamanlara kadar doktrinin önemli bir kısmı tarafında hukuki muhtevadan yoksun, kötü tanımlanmış, siyasi ve ahlaki bir kavram olarak değerlendirilmesine rağmen, günümüzde hak olduğundan artık şüphe duyulmayan self determinasyon ilkesi, uluslararası hukukun da genel ilkelerinden birini oluşturmaktadır²¹. Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) *Namibya*²² ve *Batı Sahara*²³ danışma görüşüne ve *Doğu Timor*²⁴ kararına da esas teşkil eden self determinasyon ilkesi, Divan'ın söz konusu kararında da ifade ettiği gibi *erga omnes* özelliğiyle uygulanan uluslararası hukukun en temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmektedir²⁵. Bununla birlikte, self determinasyon ilkesinin uluslararası hukuktaki anlam ve kapsamı günümüzde dahi tam olarak açıklığa kavuşturulmamış veya kavuşturulamamıştır²⁶. Evrensel ve bölgesel nitelikli birçok antlaşma ve belgede geçmesine rağmen, uluslararası dengeleri bozabileceği endişesiyle devletlerin çok sıcak bakmadığı self determinasyon ilkesine/hakkına farklı dönemlerde farklı anlamlar yüklenmiştir. BM tarafından kabul edilen metinlerde açıkça kullanılmamakla birlikte, 1975 Helsinki Son Senedi'nde geçen ifadeler dikkate alındığında, self determinasyon hakkının günümüzde genel olarak içsel ve dışsal self determinasyon şeklinde iki farklı boyutuyla algılandığı ve teoride de bu şekliyle açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir²⁷.

İçsel boyutu ile self determinasyon hakkı, devletlerin iç örgütlenmelerine ilişkin olup, belirli ortak özelliklere sahip bir halkın dilediği yönetim biçimini

²⁰ BM Genel Kurulu'nun 2625 (XXV) sayılı kararı ile kabul ettiği Bildiri'nin resmi olmayan Türkçe metni için bkz. **GÜNDÜZ**, s. 131 vd.

²¹ Ian **BROWNLIE**: *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York 2008, s. 580.

²² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, s. 31-32, par. 52-53.

²³ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, s. 31-33, par. 54-59.

²⁴ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995*, p. 90, s. 102, par. 29.

²⁵ **SHAW**, "Peoples...", s. 480.

²⁶ Ali L. **KARAOSMANOĞLU**: "Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi", *Doğu Batı Düşünce Dergisi, Savaş ve Barış*, Yıl 6, Sayı 24, 2003, s. 147.

²⁷ **CASSESE**, s. 67 ve s. 101; **PAZARCI**, s. 8.

her hangi bir dış baskı olmadan seçme hakkını ifade etmektedir²⁸. Bu yönüyle self determinasyon hakkı, bir ülke içindeki etnik veya ulusal azınlıklar için de anlam ifade etmekte, genel olarak demokratik yönetim, kültürel haklar, özerklik gibi kavramlar çerçevesinde uygulama alanı bulabilmektedir²⁹. Günümüzde devletlerin doğal kaynakları üzerindeki sürekli egemenliği ilkesini de kapsayan³⁰, ancak daha çok siyasal yönetim biçimi ile ilgili olup özellikle devlet ve hükümet biçimlerinin saptanmasında halklara serbestlik tanınması şeklinde yorumlanan self determinasyon hakkı, Batılı ülkelerde de kendini yönetme ve yönetime katılma şekliyle algılanmış ve bu şekliyle uygulanmıştır³¹. Diğer bir ifade ile self determinasyon ilkesi, Batı demokrasilerinde sadece iç boyutu ile ele alınmıştır³².

Dış boyutu ile self determinasyon ise, bir halkın bağımsız devlet kurmak dâhil dilediği devlete bağlı olmayı seçme hakkı anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle belirli bir toprak parçasında yaşayan ortak özelliklere sahip topluluğun yabancı güce bağımlı olmadan statüsünü belirleyerek kendi devletine ve egemenlik haklarına, yani bağımsızlığına sahip olmasını ifade etmektedir. Aslında bu anlam, önceden var olan veya var olduğuna inanılan bir egemenlik hakkından doğmakta ve yabancı işgali veya sömürüsü altındaki halkların uluslararası statülerine karar vermelerine, bağımsızlıklarına kavuşmalarına işaret etmektedir³³. İlk kez *Wilson* ilkeleri çerçevesinde dış anlamıyla kullanılmaya başlanan self determinasyon, BM uygulaması ile de ilkesel olarak benimsenmekle birlikte, BM sistemi temelde işgal altındaki ülkelere, sömürge ve vesaayet altındaki yerlere uygulanacak şekilde tasarlanmış ve doktrininde de öyle algılanmıştır³⁴. Self determinasyon hakkından bahseden BM Antlaşması'nın

²⁸ CASSESE, s. 101; PAZARCI, s. 8.

²⁹ Patrick THORNBERRY: *International Law and the Rights of the Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1992, s. 218.

³⁰ PAZARCI, s. 8.

³¹ Thomas D. MUSGRAVE: *Self-Determination and National Minorities*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 96-97.

³² THORNBERRY, s. 217.

³³ Ayşe Füsün ARSAVA: *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi Işığında İncelenmesi*, A.Ü. S. B. F Yayınları, Ankara 1993, s. 77-80.

³⁴ SHAW, "Peoples...", s. 480.

55. maddesinin içinde yer aldığı 9. Bölüm, muhtar olmayan ve vesayet rejimi altındaki yerler ile ilgili 11 ve 12. Bölümlerle birlikte ele alındığında, BM sisteminde self determinasyon hakkının sadece yabancı işgali ve sömürgesi altındaki ülkeler açısından uygulanmasının arzu edildiği anlaşılmaktadır³⁵. Bu anlamda “*etnik*” temelden ziyade “*yer*” itibariyle tanımlanan self determinasyon, genel bir kural olarak ülke içindeki her grubun kendi siyasi statüsünü belirleyebileceği şekilde algılanmamıştır³⁶.

İşgal ve sömürge yönetimi altındaki halklar dışında self determinasyon hakkının dışsal boyutu ile kullanılmasına kuşkulu bakan uluslararası toplum, SSCB ve Yugoslavya'nın dağılmasıyla gündeme gelen ayrılıkçı eylemler bazında, söz konusu hakkın daha geniş alanda uygulanabilirliği sorunuyla karşılaşmıştır. Self determinasyon ile bağımsızlık arasındaki ilişki, ilkenin moral ve psikolojik çekiciliği, günümüzde dünyanın pek çok bölgesinde yaşayan etnik, dilsel ya da dinsel açıdan farklı toplulukların söz konusu ilkeye dayanarak bağımsızlık talep etmelerine neden olmuştur³⁷. Bu anlamda daha önceden de iki ayrı doktrin çerçevesinde tartışma konusu olan self determinasyon hakkının, sadece yabancı işgali, ayrımcı ve sömürgeci rejimler altında yaşayan halklara mı, yoksa insan hak ve özgürlükleri çerçevesinde bağımsız olmaya çalışan tüm halklara mı tanındığı tartışması ayrılıkçı eylemler bazında tekrar gündeme gelmeye başlamıştır. Dışsal boyutuyla self determinasyonun ayrılma hakkını da içerip içermediği, son dönemlerdeki tartışmaların özellikle yoğunlaştığı hususu oluşturmaktadır³⁸. Bu açıdan bakıldığında, önceden mevcut olmayan bir egemenliğin ortaya çıkması bağlamında bir halkın, etnik veya ulusal azınlığın içinde yaşadığı devletten ayrılarak kendi statüsüne karar vermesi anlamına gelen ayrılmanın³⁹, bir hak olup olmadığı doktrinde de ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Ayrılma, hak olarak değerlendirilmediği gibi, self determinasyon kapsamına dâhil bir hak, self determinasyonun dış boyutunun tezahürü veya

³⁵ Erol KURUBAŞ: “Kuzey Irakta Olası bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self Determinasyon Sorunu”, A. Ü. S. B. F. Dergisi, C. 59, S. 3, 2004, s. 153.

³⁶ SHAW, “Peoples...”, s. 481.

³⁷ KURUBAŞ, s. 155.

³⁸ Bu konuda bkz. Abdullah UZ: “Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 3, No. 9, 2007, s. 72.

³⁹ KURUBAŞ, s. 154.

yeni bir üçüncü anlamı şeklinde de tanımlanmaktadır⁴⁰.

Aslında, dışsal self determinasyon ve ayrılmanın farklı ilkeler olup olması, diğer bir ifade ile self determinasyon hakkının ayrılmayı da içerip içermediği tartışmasından ziyade, önemli olan husus, self determinasyona uygun ayrılma ile self determinasyona aykırı ayrılma arasındaki ayrımın doğru yapılmasıdır⁴¹. Bu anlamda her ayrılma kendiliğinden self determinasyon hakkının kullanımı olarak görülemez. 20. yüzyılın başlarında imparatorlukların tasfiyesi, ortalarında sömürgeciliğin sona ermesi, sonunda da Sosyalist Federasyonların dağılmasıyla gerçekleşen ve çoğu zaman self determinasyona dayandırılan ayrılmaların bazıları meşruluk sorunuyla karşılaşmazken, aynı süreçte pek çok ayrılıkçı hareket meşru kabul edilmemiştir. Reel-politiğin gölgesinde şekillenen bu durumdan kurtulmak adına uluslararası hukukçular 1. Dünya Savaşı'ndan bu yana meşru ve meşru olmayan ayrılma arasındaki farkı ortaya koymak için değişik ölçütler belirlemeye çalışsa da, konu muğlaklığını korumaya devam etmektedir⁴².

Ayrılma eylemlerinde muğlaklığını koruyan temel hukuki sorunlar ise, ayrılmanın hak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile birlikte, halkın nasıl tanımlanacağı, etnik grup veya azınlığın içinde yaşadığı devletten ayrılarak kendi statüsüne karar verip veremeyeceği, özellikle de bu yönüyle self determinasyonun ülkesel bütünlük ilkesi ile nasıl bağdaştırılacağıdır. Zira bu gibi durumlarda, self determinasyon hakkının en başta devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğü ilkesi ile çatışması gündeme gelmektedir⁴³.

Self determinasyon hakkını bir kere kullandıktan sonra ortaya çıkan devletlerin bünyesindeki etnik grup veya azınlıkların ayrılması, var olan devletlerin

⁴⁰ Ayrılmanın hak olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Lea **BRILMAYER**: “*Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*”, 16 Yale J. Int'l L. 177 (1991), s. 177; bu konularda ayrıca bkz. Daniel H. **MEESTER**: “*Remedial Secession: a Positive or Negative Force for the Prevention and Reduction of Armed Conflict?*”, Canadian Foreign Policy Journal, Vol. 18, No. 2, June 2012, s. 152.

⁴¹ James **CRAWFORD**: *The Creation of States in International Law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford 2006, s. 384

⁴² Bu konuda bkz. Michael **EISNER**: “*A Procedural Model for the Resolution of Secessionist Disputes*”, 33 Harv. Int'l. L. J. 407 (1992), s. 416 vd.

⁴³ **BRILMAYER**, s. 177.

siyasi bağımsızlığı ve ülkesel bütünlüğü ile çatıştığından, hem BM sisteminde hem devlet uygulamalarında pek rağbet görmediği gibi, günümüzde de ciddi tereddütlerle karşılanmaktadır. Bu nedenle, daha önce federal bir devletin federe kanatlarını oluşturup, anayasalarında self determinasyon hakkına sahip oldukları öngörülen SSCB ve Yugoslavya örneğine bakarak, ayrılma temelli self determinasyon hakkının günümüzde uygulanan uluslararası hukuk çerçevesinde bütün topluluklar bakımından kabul edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir⁴⁴.

Tabii ki, self determinasyon hakkı gereğince tüm halkların özgürce ve her hangi bir dış müdahale olmadan kendi politik statüsünü belirleme ve sosyal, ekonomik kültürel gelişmesine karar verme hakları olduğundan, self determinasyonun iç boyutu bağlamında halkların kendi yönetim şekillerini seçebilmelerinde hiçbir şüphe yoktur. Aynı zamanda, self determinasyon hakkının dış boyutu kapsamında tüm halkların yabancı işgali ve sömürgecilikten kurtulma haklarının olduğu uluslararası hukukta zaten kabul edilen bir durumdur. Yine halkların, SSCB ve Yugoslavya örneklerinde olduğu gibi parçalanma (*breaking up*) ve anayasal bir hakkın kullanımı veya Çekoslovakya örneğinde olduğu gibi anlaşarak özgürce ayrılma (*breaking away*) yöntemiyle mili birliklerini kurmak hakkına sahip olduklarının günümüzde kabul edilen ortak bir görüş haline geldiği söylenebilir.

İncelememizin esasını oluşturan Kırım sorunu ise, işgal veya sömürgecilikten kurtulma, parçalanma ve anlaşarak özgürce ayrılma veya anayasal bir hakkın kullanımı değil, çok uluslu bir devlet yapısı içinde yaşayan etnik grup veya azınlıkların ayrılmasının tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Bu durumda konumuz açısından temel husus, uluslararası hukukun çok uluslu devlet yapısı içinde yaşayan etnik grup veya azınlıkların ayrılmasını self determinasyon hakkı açısından nasıl değerlendirdiğinin tespit edilmesidir.

B. Self Determinasyon Hakkının Süjesi

Self determinasyon hakkının dış boyutu ve ayrılma açısından tartışılan ko-

⁴⁴ PAZARCI, s. 9.

nuların başında bu hakka kimlerin sahip olacağı hususu gelmektedir. Uluslararası hukuk self determinasyon hakkının “*halklara (peoples)*” garanti edildiğini söylemekle birlikte, halklar kavramının aydınlığa kavuşması hususunda çeşitli tanımlamalar ve aslında ciddi eksiklikler bulunmaktadır⁴⁵. Doktrinde konuyu aydınlatmak adına bazı unsurlar ortaya konulmaya çalışılsa da⁴⁶, uluslararası hukukun temel norm koyucusu olan devletler topluluğu tarafından tam ve açık bir tanımlama yapılamadığından⁴⁷, kesin karar vermek imkânsız gibi görünmektedir⁴⁸. Nitekim “*halklar*” kavramının istenmeyen sonuçlar doğurabilecek genişlikte yoruma açık olması nedeniyle daha uygun bir kavramın kullanılması gerektiği BM Antlaşması’nın hazırlık aşamasında üye devletlerin temsilcileri tarafından da ortaya atılmış, ancak başka her hangi bir kavram üzerinde uzlaşmaya varılamamıştır⁴⁹. Halklar kavramı kimleri kapsar, herhangi bir topluluğun halk olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlar nelerdir gibi hususlara da tam bir açıklık getirilememiştir. Uluslararası kuruluşların self determinasyon hakkına atıf yapan kararlarında da, halklar kavramının tanımlanmasından veya belirsiz tanımı ile uğraşmaktan kaçınılmıştır. Halklar kavramı, böylece her sözleşmenin normatif hükümleri çerçevesinde somut olaya göre değerlendirilmekte olup, genel bir hukuki tanım açısından belirsizliğini korumaktadır.

Tanımindaki belirsizliğe rağmen, self determinasyon hakkına yer veren gerek BM Antlaşması, gerek İkiz Sözleşmeler gerekse BM Genel Kurulu’nun kararlarındaki düzenlemelerin vurgulamasına ve devletlerin uygulamalarına bakıldığında, “*halklar*” veya self determinasyondaki “*self*” kavramından en başta genel anlamda ülke içindeki bütün insanların kastedildiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile self determinasyon hakkının kullanımında bütün halklardan bahsedilmekle birlikte, asıl kastedilenin, belirli bir ülke üzerindeki insanların tümü

⁴⁵ Christian **TOMUSCHAT**: “*Secession and Self-Determination*”, in Marcelo G. KOHEN (ed.), *Secession, International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 23-26.

⁴⁶ Bu konuda bkz. **ARSAVA**, *Azınlık Kavramı...*, s. 74-76.

⁴⁷ *Kurubaş*’a göre bunun nedeni açıktır: Devletler ülkeleri içinde tanıma uygun halkların var olabileceğini ve bunların egemenlik iddiasında bulunarak ülkesel ve/veya ulusal birlik ve bütünlükleriyle egemenliklerini tehlikeye atabileceklerini düşünmektedirler. **KURUBAŞ**, s. 155.

⁴⁸ **MUSGRAVE**, s. 148.

⁴⁹ **CASSESE**, s. 37-40; aynı zamanda bkz. **UZ**, s. 66-67.

olduğu açıktır⁵⁰. Nitekim BM uygulamalarında “ülkesel kıstas”, “etnik kıstasa” her zaman tercih edilmiş, dışsal boyutu ile self determinasyon hakkı açısından vesayet rejimi ve ırkçı rejim altında yaşayan veya yabancı devlet hâkimiyeti ve işgaline maruz kalan ülkelerin insanları halk olarak nitelendirilmiştir⁵¹. Böylece, ayrılma sorunu bağlamında, devletler topluluğunun self determinasyon hakkının dış yönünü ile yükümlendirdiği insan grupları anlamına gelebilecek “halklar” kavramı açısından en başta devletin tüm halkının bu hakka sahip olması gerektiği tartışılmazdır⁵². Diğer bir ifade ile “halklar” kavramı, belli bir etnik gruba veya azınlığa ait olmaktan ziyade bir devletin insan unsurunu oluşturan vatandaşların bütününe kapsamaktadır. Zira uluslararası hukuk gereğince, üstün otorite ve belli sınırları olan ülkeye sahip olmakla birlikte örgütlenmiş insan topluluğu şeklindeki devletin tüm halkı anlamına gelen daimi nüfus, devletin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır⁵³. Nitekim Yugoslavya’nın dağılma sürecinde oluşturulan Tahkim Komisyonu, “Bosna-Hersek Sosyalist Cumhuriyeti’nin Avrupa Birliği ve Üye Devletler Tarafından Uluslararası Tanınması Hakkında” 4 No’lu görüşünde, tanınmanın ancak tüm Bosna-Hersek vatandaşlarının katılımıyla gerçekleştirilecek referandum sonrasında mümkün olabileceğini ifade etmiştir⁵⁴. Bu anlamda, Yugoslavya Tahkim Komisyonu, self determinasyon hakkının her hangi bir halkın değil, belli sınırlara sahip ülkede yaşayan halkın tümünün hakkı olduğunu kabul etmiştir⁵⁵.

Kanada Yüksek Mahkemesi de, Kanada Hükümeti’nin Quebec’in Anayasa ve uluslararası hukuka göre tek taraflı olarak ayrılma hakkına sahip olup olmadığı sorusu üzerine verdiği kararda, Federal birliği oluşturan halklardan birinin tek taraflı talebinin ayrılma için yeterli olamayacağını, ulusal düzeyde Kanada’yı oluşturan diğer federe devletlerin veya halkın tümünün kararına ih-

⁵⁰ UZ, s. 70.

⁵¹ Bu konuda bkz. Michla POMERANCE: Self Determination in Law and Practice, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London 1982, s. 18-20.

⁵² CASSESE, s. 144.

⁵³ PAZARCI, s. 5.

⁵⁴ Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion 4 “On International Recognition of the Socialist Republic of Bosnia-Hercogovina by the European Community and Its Member States”, 31 I. L. M. 1494 (1992), s. 1501-1503.

⁵⁵ Jorri C. DUURSMA: Fragmentation and the International Relations of Micro-States, Self-determination and Statehood, Cambridge University Press, Cambridge 1996, s. 72.

tiyaç duyulduğunu ifade etmiştir⁵⁶.

Konuya Kırım örneği açısından bakıldığında, uluslararası hukukun belirlendiği şekliyle bağımsızlığını kazanmasının ardından Ukrayna halkı, uluslararası hukuk anlamında da devletin insan unsurunu oluşturacak şekilde belli bir ülkede yaşayan nüfus olma keyfiyetine ulaşmıştır. Ukrayna'nın ayrılmaz parçasını oluşturan Kırım'da yaşayan nüfus da böylece Ukrayna halkının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Hem SSCB zamanında, hem de Ukrayna'nın bağımsızlık sürecinde üstün otoriteye sahip bağımsız bir Kırım devletinden söz edilemeyeceğine göre, Kırım'a özgü ayrı bir anayasal nüfustan söz edilmesi de mümkün değildir⁵⁷. Bu durumda, Kırım'ın ayrılma hakkından en başta Kırım'da yaşayan nüfus dâhil tüm Ukrayna halkının kararına dayanılırsa bahsedilebilir. Bu ise, günümüzde olumlu yönde gerçekleşmesi imkânsız görülmekle birlikte, Ukrayna vatandaşlarının bir bütün olarak Kırım'ın statüsü hakkında karar verebileceği anlamına gelmektedir. Nitekim Ukrayna Anayasası da ülke sınırlarının değiştirilmesinin sadece tüm Ukrayna halkının katılacağı referandumla mümkün olabileceğini düzenlemektedir⁵⁸. Oysa Kırım sorununda referandum konusunda taraflar arasında her hangi bir uzlaşma olmadığı gibi, Ukrayna başından itibaren Kırım'ın ayrılmasına ve bölgede yapılan referandumu karşı çıkmış, Ukrayna Anayasa Mahkemesi de 14 Mart tarihinde yapılan toplantısında Kırım'da yapılacak referandumun Ukrayna Anayasa'sına aykırı olacağına karar vermiştir⁵⁹.

Kırım olayında ayrılma, sadece Ukrayna'nın belli bir bölgesindeki toplum ve o toplumun da belli bir kısmı, yani Ukrayna'nın Kırım bölgesinin Rus nüfusu tarafından gündeme getirilmiştir. Kırım'da yaşayan Tatarlar sürekli olarak ayrılmayı reddetmiş ve bunu da 16 Mart 2014'de gerçekleştirilen referandumu

⁵⁶ *The Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, s. 221, no. (2), par. 4.* Karar'ın İngilizce ve Fransızca metninin dijital versiyonu için bkz. <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>>

⁵⁷ Aynı şekilde bkz. Наталья ГАЛИМОВА: “Крым Между Абхазией и Шотландией”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>

⁵⁸ Bkz. ГАЛИМОВА, “Крым Между Абхазией и Шотландией”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>

⁵⁹ Bkz. “КСУ Назвал Неконституционным Референдум в Крыму”, <http://lb.ua/news/2014/03/14/259443_ksu_nazval_nekonstitutsionnim.html>

boycot ederek göstermişlerdir. Oysa Kırım'da yaşayan Rus nüfus halk değil, Ukrayna devletinin sınırları içerisinde yaşayan diğer etnik gruplar gibi azınlık statüsünde değerlendirilebilirler. Diğer bir ifade ile Kırım olayı, objektif olarak Rus etnik grubuna ait olan ve sübjektif olarak da kendisini Rus hisseden belli bir etnik azınlığın⁶⁰ bağımsızlık hareketidir. Bu bağlamda Kırım'da yaşayan Ruslar, bir devletin halkının tümünün talep edeceği şekilde dış yönü ile self determinasyon hakkına doğrudan ehil sayılamazlar. Diğer bir ifade ile ayrılma anlamına gelecek self determinasyon hakkına haiz halklar kapsamında doğrudan değerlendirilemezler, zira halk, halef devletten devralınan sınırlar içinde yaşayan bireylerin toplamıdır. Ülkenin geleceğinin belirlenmesi içinse en başta o ülkede yaşayan tüm halkın çoğunluğunun oyu dikkate alınmalıdır⁶¹.

Bu durumda açıklanması gereken temel sorun uluslararası hukukun Kırım örneğinde olduğu gibi bir devletin belli bir bölgesinde yaşayan ve başka bir devletteki çoğunlukla aynı kökenden olan etnik grup veya azınlığa ayrılma hakkı tanıyıp tanımadığıdır. Diğer bir ifade ile araştırılması gereken konu, devletler topluluğunun Kırım örneğinde olduğu gibi bir devletin belli bir bölgesinde yaşayan azınlıkların ayrılma hakkını nasıl değerlendirdiğidir.

C. Etnik Grup ve Azınlıkların Ayrılması veya Self Determinasyon Hakkı

Uluslararası toplumun hukuku anlamına gelen uluslararası hukuk, farklı değerlendirmelere rağmen temelde devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü şeklinde tanımlanabilir. Zira günümüzde dahi devletler topluluğu, uluslararası hukukta standartları belirleyen merkezi otorite olma özelliğini korumaktadır. Bu nedenle, devletlerin temelini oluşturdukları uluslararası toplumun etnik grup ve azınlıkların ayrılması sorununa bakışını tespit etmek için, devletlerin açık iradeleri veya uygulamaları ile oluşan uluslararası hukukun en temel iki kaynağı olan uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları açısından değerlendirme yapmakta fayda vardır⁶².

⁶⁰ Azınlıkların tanımlanmasında objektif ve sübjektif ölçütler için bkz. Gökçen **ALPKAYA**: “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Azınlıklara İlişkin Bazı Gelişmeler”, TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, C. 14, S. 1, 1992, s. 155-157.

⁶¹ **KARAOŞMANOĞLU**, s. 152.

⁶² Aynı şekilde bkz. Ayşe Füsün **ARSAVA**: “Kosova, Abhazy, Güney Osetya ve Uluslararası

1. Uluslararası Antlaşmalar

Başta BM Genel Kurulu'nun değişik kararları olmak üzere birçok yumuşak hukuk (*soft law*) belgesinde bahsedilmekle birlikte, self determinasyon hakkına yer veren evrensel nitelikli uluslararası antlaşma metinlerinin çok fazla olduğu söylenemez. MC Misakı'nda açıkça yer verilmeyen self determinasyon ilkesi, ilk kez BM Antlaşması'nın 1/2 ve 55. maddeleri ile düzenlenmiştir. Antlaşma'nın 1/2. maddesi anlamında self determinasyon ilkesi, BM'nin amaçlarından birisi şeklinde tanımlanmaktadır⁶³. BM Antlaşması'ndaki amaçlar, sadece program hüküm değil, aynı zamanda hukuken bağlayıcı bir düzenleme oluşturmakla birlikte, bu tür amaçların şekillendirilmesi, hukuki yükümlülük haline getirilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Nitekim BM Antlaşması'nın her iki maddesinde self determinasyondan hak değil ilke olarak bahsedilmesi, ilkenin hukuksal gücünü ciddi bir biçimde hafifletmektedir⁶⁴.

BM Antlaşması'nın söz konusu maddelerine bakıldığında, etnik grup ve azınlıklara ayrılma hakkının tanınıp tanınmadığı konusunun da açıklıktan uzak olduğu görülmektedir. Nitekim bu husus, doktrinde de değişik değerlendirmelere neden olmaktadır. Doktrinin büyük bir bölümünde, self determinasyonun sadece sömürge ve işgal altındaki halklara tanınmış bir hak olduğu, bu maddeleri devletlerin ulusal bütünlüklerini ortadan kaldıracak şekilde yorumlamanın bizzat BM Antlaşması'nın amaçları ile bağdaşmayacak şekilde lafzına ve ruhuna aykırı olacağı ifade edilmektedir⁶⁵. Bu bağlamda, doktrinde kabul edilen temel görüş, BM Antlaşması'ndaki düzenlemelerin etnik grup veya azınlıkların bağımsız devletten ayrılması anlamına gelecek şekilde yorumlanamayacağı yönündedir⁶⁶. Örneğin *Duursma*, BM Antlaşması'ndaki düzenleme tarzı, bütün halkların hukuk önünde eşit olduğunu mu, yoksa self determinasyon ilkesinin ayrım gözetilmeksizin bütün halklar için eşit bir hak olduğunu mu

Ayrılma (Secession) Hakkı", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt 8, Sayı 29, 2012, s. 3

⁶³ Bu suretle *Cassese*, devlet menfaatlerine yönelik tehdidin asgariye indirildiğini de ifade etmektedir. **CASSESE**, s. 43.

⁶⁴ Berdal **ARAL**: "*Kollektif bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı*", *TODAI* İnsan Hakları Yıllığı, C. 21, S. 1, 1999-2000, s. 110.

⁶⁵ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **UZ**, s. 66; **DOĞAN**, s. 3.

⁶⁶ **CASSESE**, s. 42.

göstermektedir? Halkların eşit olarak sahip olduğu hak nedir? Kesinlikle self determinasyon hakkı diyemeyiz, çünkü self determinasyon, bir hak olarak değil, bir ilke veya politika olarak düzenlenmiştir mi diyeceğiz? tarzındaki kendi sorularına olumsuz cevap vermekte ve BM Antlaşması'nın ilgili maddesindeki ifadeler nedeniyle self determinasyon konusunda bütün halkların eşit hakka sahip olmadıklarını ifade etmektedir⁶⁷.

BM Antlaşması'nın ilgili maddelerinin yorumu, etnik grup ve azınlıkların self determinasyon hakkına sahip olduğu konusunda gerçekten de yeterli gerekçe vermemektedir. Antlaşmaların yorumuna ilişkin genel kuralı düzenleyen 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 31. maddesine göre, taraflar arasındaki antlaşma ve antlaşmanın uygulanmasına yönelik uygulama standartları bir antlaşmanın yorumlanmasında her zaman üstün tutulmalıdır. Ancak günümüze kadar BM Antlaşması'na dayanan ve etnik grup veya azınlıkların ayrılmasına açıklık getiren her hangi net bir anlaşma yapılmamıştır. BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen konuyla ilgili kararlarda da, BM Antlaşması'na atıf yapılmakla birlikte, self determinasyon hakkı bağlamında etnik grup ve azınlıkların ayrılmasına açıklık getirilmemiştir. Aşağıda üzerinde durulacağı gibi, BM Antlaşması'nın etnik grup ve azınlıkların ayrılmasını kapsadığı yönünde tarafların üzerinde anlaşabileceği yerleşik uygulama da bulunmamaktadır. Tam tersine, BM Antlaşması'na dayanıldığı iddia edilen etnik grup ve azınlıkların ayrılmasına ilişkin birçok somut olayda devletler topluluğu durumu kabul etmemiştir.

Benzer şekilde, VAHS'in 32. maddesi gereğince, tamamlayıcı yorum araçları olan BM Antlaşması'nın yapılma şartları dâhil hazırlık çalışmaları da self determinasyon hakkı çerçevesinde azınlıkların ayrılmasını haklı gösterecek nitelikte değildir. Self determinasyon, BM Antlaşması'nın son şekline *San Francisco* görüşmelerinde ancak SSCB'nin yoğun ısrarı ile girebilmiştir⁶⁸. Hazırlık aşamasında ayrıca, self determinasyon hakkının içsel boyutu ile algılanması gerektiği, ayrılma anlamında kullanılacak bir self determinasyonun yanlış

⁶⁷ DUURSMA, s. 13-17.

⁶⁸ Antonio CASSESE: *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford 1988, s. 133.

yorumlara yol açarak uluslararası anarşiye neden olacağı çok sayıda devlet tarafından dile getirilmiştir. Yapılan eleştirilere hak veren I. Komite de, self determinasyonun ayrılmayı kapsamadığını açıkça ifade etmiştir⁶⁹.

1976 yılında yürürlüğe giren İkiz Sözleşmeler de self determinasyondan hak olarak bahsetmekle birlikte⁷⁰, hakkın kapsamı, gerçekleştirilmesi için diğer devletlere yüklenmiş ödevler, hakkı haiz olan halklar konusunda yeterli açıklama getirememiş, söz konusu hususlarda BM Antlaşması'na atıf yapmakla yetinmiştir⁷¹. Yani her iki Sözleşme de ne halk kavramına ne de etnik grup ve azınlıkların ayrılma hakkına kesin bir açıklama getirmiştir⁷². Tam tersine devletler, İkiz Sözleşmelerin hazırlık aşamasında 1. maddenin bağımsız devletlerin içerisinde yaşayan topluluklara ve azınlıklara uygulanamayacağını ciddi bir şekilde vurgulamışlardır⁷³. Bu anlamda her iki Sözleşmenin azınlık ve etnik grupların ayrılma hakkı taleplerine doğrudan hukuki temel oluşturabileceği söylenemez⁷⁴. Tersine bir yorumun ülkesel bütünlüğe ve uluslararası istikrara büyük önem veren BM'nin self determinasyon geleneğine aykırı olacağını düşünen *Kütükçü* de, İkiz Sözleşmelerdeki self determinasyon kavramının içsel anlamda kullanıldığını ifade etmektedir. İkiz Sözleşmelerin amacı, her topluluğun bağımsız devlet kurarak özgür olmaları değil, halkların haklarını etkinleştirerek onların ülkesi içinde özgür bireyler ve topluluklar olmalarını sağlamaktır⁷⁵. *Çavuşoğlu* da, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin birçok maddesinde demokratik toplum kavramının vurgulandığına dikkat çekmektedir⁷⁶.

⁶⁹ BM Antlaşması'nın hazırlık aşamasında I. Komite toplantılarında dile getirilen söz konusu eleştiriler ve Komite'nin sonuç kararı için bkz. **CASSESE**, *Self-determination...*, s. 39-40.

⁷⁰ *Aral*'ın ifadesi ile İkiz Sözleşmeler, BM Antlaşması'nda ilke olarak düzenlenen self determinasyon hakkının hukuksal ağırlığını artırmıştır. **ARAL**, s. 110.

⁷¹ Sevin **TOLUNER**: *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 29.

⁷² *Cassese*'nin ifadesi ile İkiz Sözleşmelerin 1. maddeleri, konuyla ilgili soruları cevaplamamış, tam tersine daha fazla soru yaratmıştır. **CASSESE**, *Self-determination ...*, s. 59.

⁷³ **CASSESE**, *Self-determination ...*, s. 60.

⁷⁴ Heiko **KRÜGER**: *The Nagorno-Karabakh Conflict-A Legal Analysis*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2010, s. 60; aynı şekilde **ARSAVA**, "*Kosova, Abhazya, Güney Osetya....*", s. 3

⁷⁵ Akif **KÜTÜKÇÜ**: "*Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri*", S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 12, 2004, s. 269.

⁷⁶ Naz **ÇAVUŞOĞLU**: *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, 2. Baskı,

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi kapsamında kurulan İnsan Hakları Komitesi de Sözleşmeye ilişkin yorumunda, iki farklı bölümde ele alınmış olması nedeniyle 1. maddedeki self determinasyon hakkı ile azınlıkların korunmasına ilişkin 27. maddedeki hükmün karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre self determinasyon halklara tanınmış bir hak iken, 27. madde azınlıklarla ilgilidir ve devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğüne zarar vermemelidir⁷⁷.

İkiz Sözleşmelerin azınlık ve etnik grupların ayrılma hakkı taleplerine doğrudan hukuki temel oluşturamayacağı Yugoslavya örneğinde de kanıtlanmıştır. Kosova örneği kapsamında gündeme gelen ayrılma, Arnavutlar lehine sonuçlandırılmakla birlikte, devletler topluluğu tarafından İkiz Sözleşmeler bağlamında değerlendirilmemiştir⁷⁸. Ayrılma olaylarında İkiz Sözleşmelerin kategorik olarak uygulanmaması, VAHS'in 31/3-b. maddesi kapsamında ayrılmaya başvuran etnik gruplar açısından tam tersine aleyhte bir pratiğin geliştiği şeklinde dahi yorumlanabilir. Her ne kadar bu durumdan tek taraflı ayrılma konusunda genel bir yasaklamanın olduğu sonucu çıkarılamazsa da, ayrılma hakkının sadece İkiz Sözleşmelerin temeline dayandırılmayacağı da açıktır⁷⁹.

Self determinasyon hakkından, BM Antlaşması ve İkiz Sözleşmelerin dışında, örneğin 1975 Helsinki Son Senedi ve 1970 Dostane İlişkiler Bildirisi gibi bazı yumuşak hukuk (*soft law*) belgelerinde de bahsedilmiştir⁸⁰. Ancak bu belgeler de, etnik grup ve azınlıklar açısından ayrılma hakkına hukuki temel oluşturacak nitelikte değildir⁸¹.

1975 Helsinki Son Senedi hukuki niteliği itibarıyla saf bir Bildiri olup, uluslararası hukuk anlamında bağlayıcı nitelikte değildir⁸². Ayrıca, self determinasyonun uygulama alanını sömürgeler dışına genişletmekle birlikte⁸³

Bilim Yayınları, İstanbul 2001, s. 72-73.

⁷⁷ ARSAVA, Azınlık Kavramı ..., s. 76.

⁷⁸ TOMUSCHAT, s. 26.

⁷⁹ KRÜGER, s. 60.

⁸⁰ Bu konuda bkz. KRÜGER, s. 60-61.

⁸¹ ARSAVA, "Kosova, Abhazya, Güney Osetya....", s. 7.

⁸² KRÜGER, s. 61.

⁸³ *Koskeniemi*'ye göre, Helsinki Son Senedi gereğince self determinasyon, koloniyel bağlamın ötesinde de uygulanabilmektedir. Fakat VII. İlkede geçen cümlelerin gerçekten dikkate alınmasının planlandığı hususu şüphelidir. Martti KOSKENNIEMI (Çev. Mesut

metinde kullanılan “*tüm halklar*” ibaresinden bağımsız bir devletin ülkesinin tüm nüfusunu algılamak gerekir⁸⁴. Dolayısıyla, devletlerin egemen eşitliği ve ülke bütünlüğünün ihlal edilmemesi ilkesine uygun olarak kullanılması gerekmektedir⁸⁵. Ayrıca, 1975 Helsinki Son Senedi’nde self determinasyon hakkı ile azınlık hakları, ayrı ilkeler olarak düzenlenmiştir. Azınlık hakları ile ilgili 1990 Kopenhag Bildirisi’nde ise self determinasyon hakkından bahsedilmemiştir. Dahası azınlık hakları, çoğulcu demokratik siyasi sistemlerin çerçevesi içinde gerçekleştirilebilecek insan haklarının bir parçası olarak görülmüştür⁸⁶. Bu anlamda Kopenhag Bildirisi’nde, belirtilen taahhütlerin hiçbirisinin, devletin ülke bütünlüğü başta olmak üzere uluslararası hukuk ilkeleri ve BM Antlaşması’nda belirtilen ilkelerin amaçlarına aykırı hareket etmeyi içerecek şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir⁸⁷. *Cassese* de, 1975 Helsinki Son Senedi’nde ilk kez dışsal self determinasyondan bahsedilmekle birlikte, bunun, azınlıklara self determinasyon hakkının tanındığı veya ayrılmaya cevaz verdiği anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir. *Yazar*’a göre, kullanılan ifadeler de dikkate alındığında 1975 Helsinki Son Senedi’nin üç boyutunun olduğu söylenebilir. Birincisi, self determinasyonun devletin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmemesi gerektiği açıkça kabul edilmiştir. İkincisi, tüm halklar ibaresi kullanılarak azınlıklar kapsam dışı bırakılmıştır. Metinde sadece bağımsız devletin sınırları içinde yaşayan halkların tümü kastedilmiştir. Üçüncüsü ise, Helsinki Son Senedi de, BM Antlaşması gibi self determinasyonu doğrudan amaç olarak değil, devletler arasındaki dostane ilişkilerin bir aracı olarak görmektedir⁸⁸.

Benzer şekilde, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen 1970 Dostane İlişkiler Bildirisi de tavsiye niteliğinde olup BM Antlaşması’nın 10. maddesine gereğince hukuken bağlayıcı güce sahip değildir. Bildiri’nin örf ve adet

Hakkı ÇAŞIN): “*Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları*”, G. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 288.

⁸⁴ **UZ**, s. 73.

⁸⁵ Aslan **GÜNDÜZ**: Security and Human Rights in Europe, The CSCE Process, University of Marmara European Community Institute, Istanbul 1994, s. 122. Nitekim Almanya, toprak bütünlüğü ilkesini Senedin tümüyle kabulü için olmazsa olmaz şart olarak ileri sürmüştür. **UZ**, s. 74.

⁸⁶ **GÜNDÜZ**, Security and Human Rights ..., s. 129.

⁸⁷ **SHAW**, “*Peoples...*”, s. 486.

⁸⁸ **CASSESE**, Self-determination..., s. 287-288.

hukuku kuralı olarak bağlayıcı olup olmadığı tartışılabilirse de, antlaşma olarak bağlayıcı olmadığı açıktır. Ayrıca 1970 Dostane İlişkiler Bildirisi şimdiiye kadar anlatılanlardan farklı bir görüş ortaya koymamıştır. Self determinasyonu destekleyen ifadeler de içeren Bildiri, temelde ülke bütünlüğünün korunmasını savunarak, birçok hususta devletlerin BM Antlaşması'nı yorumlama şekilleri ile aynı sonucu yansıtmaktadır⁸⁹.

2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku

Örf ve adet hukuku kuralları, UAD Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında antlaşmalarla birlikte uluslararası hukukun ikinci temel kaynağını oluşturmaktadır. Uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumu için iki temel unsura ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, devletlerin benzer olaylarda sürekli tekrarlanan tek tip uygulamalarıdır. Örf ve adet hukuku sadece uluslararası hukukun sùjeleri, özellikle devletlerin sürekli uygulamaları ile kural haline gelebilecek niteliktedir. İkincisi ise, *opinio iuris sive necessitatis* olarak adlandırılan hukuki inançtır. Bireyler arasındaki hukuki ilişkiler gibi, uluslararası hukukta da tek taraflı hukuki inanç kuralın oluşmasında önemli bir unsurdur. Bu nedenle örf ve adet hukuk kuralından bahsedilebilmesi için devlet uygulamaları, kuralın bağlayıcı olduğuna, yükümlülük doğuracağına ilişkin hukuki inanç ile desteklenmelidir⁹⁰. Bu durumda, Kırım örneği bağlamında azınlıkların ayrılması sorununu uluslararası örf ve adet hukuku açısından değerlendirirken ilk başta devletlerin bu yöndeki davranışlarının, sonra da bu davranışlarının hukuki inançla desteklenip desteklenmediğinin incelenmesi gerekir.

a. Örnek Olaylarda Devletlerin Uygulamaları

Devletlerin davranışlarının uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüşmesi için gereken en az koşul, davranışın süreklilik arz etmesi, tekdüze ve belli sayıda kabul görüyor olmasıdır. Aksi takdirde bir örf ve adet hukuku kuralından bahsedilemez. Sürenin kısa olması örf ve adet hukuku kuralının kesinlikle oluşmadığı anlamına gelmez, zira çok kısa zaman bile bazen bir

⁸⁹ KRÜGER, s. 61.

⁹⁰ Bu konuda bkz. Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 208-210.

örf ve adet kuralının oluşması için yeterli olabilmektedir. Ayrıca, uluslararası hukukun belli sayıda süjesi belli yönde benzer irade göstermişse, tekdüzeliğin gerçekleşmiş olduğu söylenebilir. Davranışın özellikleri açısından her süjenin aynı tür davranış göstermek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte sadece uyuşmazlığın taraflarının uygulamayı kabul etmesi yeterli olmayıp olaydan etkilenen ilgili uluslararası hukuk süjelerinin hepsinin benzer davranış göstermesi de kuralın kabul edilmiş sayılması için gereklidir.

Bu açılardan bakıldığında, devletlerin self determinasyon konusundaki uygulamalarının, BM ve Afrika örneğinde olduğu gibi sömürge veya vesayet altındaki yerler ya da SSCB ve Yugoslavya örneklerinde olduğu gibi dağılan konfederasyonlardan kopan ve anayasal olarak ayrılma hakkına sahip belirli ülkelerle sınırlı kaldığı görülmektedir⁹¹. Uluslararası uygulamada self determinasyon hakkının etnik grup ve azınlıkların ayrılmasına meşru temel oluşturacak tekdüze devlet uygulamalarına rastlanılmamaktadır. Tam tersine, devlet uygulamaları self determinasyon hakkı kapsamında etnik azınlıkların ayrılmasının genel olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Nitekim devletlerin çoğunluğu böyle bir yaklaşımı desteklememekte ve etnik grup ve azınlıkların ayrılmasını açıkça reddetmektedirler⁹². Sık ve çok fazla görülen ayrılıkçı hareketler dikkate alındığında, ayrılıkçı çatışmalarda devletlerin büyük bir çoğunluğunun olumsuz tutum sergiledikleri tespit edilebilir. Bu tespit, doğrudan Kırım örneği ile benzerlik göstermemekle birlikte, çeşitli somut olaylarla da kanıtlanabilmektedir.

Etnik grupların ve azınlıkların ayrılma hakkının kabul edilmediğine ilişkin ilk örnekler özellikle Afrika tarihinden çıkarılabilir. Eski kolonilerden sonra 1950 ve 1960'larda başlayan bağımsızlık örneklerinde, yeni Afrika devlet ve hükümet başkanları 1964'de eski koloni sınırlarının yeni sınırlar olarak kalması, yani *uti possidetis juris* ilkesi konusunda anlaşmıştır⁹³. Kabul edilen bu sınırlar birçok etnik topluluğu keyfi olarak bölmesine rağmen, belirli halkların

⁹¹ Doğan KILINÇ: “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, G.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 976.

⁹² TOMUSCHAT, s. 31.

⁹³ KRÜGER, s. 64.

birleşme ve ayrılmaya ilişkin talepleri uygulamada pek kabul edilmemiştir⁹⁴. Bu anlamda Afrika örneğine bakıldığında, bir sömürge ülkesi bağımsızlık elde ettikten sonra, o ülkede yaşayan diğer halkların ayrı bir devlet kurma hakkı olmadığı genel olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim 1960'da bağımsızlık elde eden Kongo'dan 11 gün sonra ayrılmak isteyen Katanga bölgesine ilişkin BM'nin 1961 yılında vermiş olduğu kararlarda, Kongo'nun ülkesel bütünlüğüne atıf yapılarak self determinasyonun koloni yönetiminden kurtulma hakkını tanıdığı, ancak kendi devletlerinden ayrılma hakkını içermediği vurgulanmıştır⁹⁵. Katanga bölgesi, 1963 yılında BM güçlerinin de yardımıyla tekrar Kongo'ya bağlanmıştır⁹⁶.

Bu konudaki en tipik örneklerden biri de 1960 yılında bağımsızlığını kazanan ve Müslüman Havsaların yönetiminde etkili olduğu Nijerya'da, Hıristiyan İbolar'ın ayrılıkçı eylemleri sonucu 1967'de Biafra bölgesinde bağımsızlık ilan etmesidir. Biafra'nın ayrılması, az sayıda Afrika devleti dışında (*Fildişi Sahili, Gabon, Tanzania, Zambiya*) hem Afrika Birliği hem BM nezdinde pek destek bulamamıştır. Devletler topluluğu konunun BM Genel Kurulu'nun gündemine gelmesine bile gerek görmemiştir⁹⁷.

Afrika örneğinde bu durumun tek istisnası 1993'de Eritre'nin Etiyopya'dan başarılı bir şekilde ayrılmasıdır. Uzun süre İtalyan sömürgesi olan, 1941 yılında İngiliz egemenliğine giren Eritre, 1952'de federe birim olarak Etiyopya'ya bırakılmıştır. Etiyopya'nın, varılan anlaşmalara aykırı olarak 1962'de Eritre'yi ilhak etmesi üzerine başlayan silahlı mücadele sonucu Eritre, 1993 yılında yapılan referandumla bağımsızlığını ilan etmiştir. Devletler topluluğu Eritre'nin ayrılma hakkını, Etiyopya BM Genel Kurulu'nun 390 A (V) Kararını ve bu Kararda belirtilen Eritre'nin özerk statüsünü ihlal ettiği gerekçesiyle

⁹⁴ TOMUSCHAT, s. 27.

⁹⁵ UN Security Council Resolution 161 (1961), UN Doc. S/4771; UN Security Council Resolution 169 (1961), UN Doc. S/5002; bu konudaki değerlendirmeler için bkz. CRAWFORD, s. 404-405.

⁹⁶ Kongo'daki değişik nedenlerden kaynaklanan çatışmalar, 1977 yılından itibaren tekrar alevlenmiş ve uluslararası toplumun gündemini uzun süre işgal etmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem AVTUR: "Kongo Krizi Hakkında Bir Değerlendirme", Beykent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Dergisi, C. 1, S. 3, 2009, s. 126-146.

⁹⁷ CRAWFORD, s. 406; TOMUSCHAT, s. 29; KRÜGER, s. 64.

teyit etmiştir⁹⁸. Ayrıca Etiyopya hükümeti söz konusu ayrılmayı kabul etmiş ve Güvenlik Konseyi de Eritre'nin BM üyeliğini uygun bulmuştur⁹⁹. Bu anlamda, Etiyopya'nın ayrılmayı kabullenmesi, Eritre'nin uluslararası hukuk tarafından belirlenen statüsünün ihlal edilerek hukuka aykırı bir şekilde ilhak edilmesi hususları göz önüne alındığında, Eritre örneğinin Kırım sorunu açısından emsal oluşturması mümkün değildir.

Referandum sonrasında bağımsızlık kazanan Doğu Timor'un ve uyuşmazlığın sonlandırılması amacıyla ülkenin bir kısmında referandum yapılan Sudan örneğinin de, somut olayların farklı özelliklerle taşınması nedeniyle Kırım sorununa emsal gösterilmesi mümkün değildir¹⁰⁰.

En başta belirtmek gerekir ki, Doğu Timor halkının bağımsız devlet kurma konusundaki seçimi uluslararası toplum tarafından ayrılma hakkı kapsamında değerlendirilmemiştir. Doğu Timor örneğinde ayrılmadan ziyade yabancı işgalinden kurtulma olgusundan söz edilebilir¹⁰¹. Eski bir Portekiz sömürgesi olan Doğu Timor, 1975 yılında bağımsızlığını ilan etmiştir. Ancak Endonezya, Portekiz'in otoriteyi bırakmasının ardından Avustralya ile 1974 yılında yapılan Antlaşmaya dayanarak, 1976 yılında Doğu Timor'u 27. eyaleti olarak kendi topraklarına kattığını açıklamıştır. Söz konusu ilhakı tanımayan BM, Doğu Timor'u muhtar olmayan, yani kendi kendini yönetemeyen bölge olarak değerlendirmiş ve Endonezya'ya birleştirilmesini hiçbir zaman kabul etmemiştir. Bu husus, UAD'nin 1995 yılında verdiği kararla da teyit edilmiştir¹⁰². 1999 yılında uluslararası toplumun baskılarına uyan Endonezya, adada BM gözetiminde referandum yapılmasını kabul etmiştir. Halkın büyük çoğunluğunun bağımsızlıktan yana oy kullanmasının ardından bir süre BM tarafından yönetilen Doğu Timor, 20 Mayıs 2002'de bağımsız devlet olmuştur. Sömürge ve işgal sonucu bağımsızlığa kavuşma çerçevesinde değerlendirilebilecek Doğu

⁹⁸ CRAWFORD, s. 402; TOMUSCHAT, s. 28; KRÜGER, s. 64.

⁹⁹ UN Security Council Resolution 828 (1993), 26 May 1993. UN Doc. S/RES/828 (1993).

¹⁰⁰ Bkz. ГАЛИМОВА, “Крым Между Абхазией и Шотландией”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>

¹⁰¹ Doğu Timor'daki olgu ayrılma değil, işgalci güçten kurtulmadır. Bir başka deyişle, burada gerçekleşen self determinasyon, ayrılma anlamında değil, bağımsızlığa kavuşma anlamındadır. KURUBAŞ, s. 164

¹⁰² *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C. J. Reports 1995*, p. 90.

Timor gibi kendi kendini yönetemeyen bölgelerin self determinasyon hakkını kullanmasında uluslararası hukuk açısından sakınca olmadığı zaten kabul edilebilir bir durumdur. Doğu Timor, uluslararası hukuk açısından hiçbir zaman Endonezya'nın bir parçası olmamıştır. Bu doğrultuda Doğu Timor'un Endonezya'dan ayrılmasından da bahsedilemeyeceğinden¹⁰³, ayrılmanın başarılı bir örneği olarak sunulması veya Kırım örneğine emsal teşkil etmesi de mümkün değildir.

Sudan örneği de, Kırım sorununa emsal teşkil edecek şekilde tek taraflı ayrılmanın başarılı bir örneği olarak değerlendirilemez. Güney Sudan'ın bağımsızlık kazanması, uluslararası hukukta zaten kabul edilen anlaşarak ayrılmanın tipik bir örneğini oluşturmaktadır. 10 Temmuz 2002'de Sudan Hükümeti ile Halk Özgürlük Hareketi/Sudan Ordusu arasında Protokol imzalanarak Güney Sudan'ın self determinasyon hakkı konusunda genel oylamayla sonuçlanacak geçiş dönemi öngörülmüştür. Varılan anlaşma sonucu gerçekleştirilen referandum ile de Güney Sudan bağımsızlığını kazanmıştır. Bu anlamda, Güney Sudan'ın statüsünün belirlenmesi için ülkenin bir kısmında referandum yapılması konusunda Sudan devleti ile anlaşmaya varılmasını, Ukrayna'dan tek taraflı olarak ayrılma yöntemine başvuran Kırım için örnek göstermek anlamsızdır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, Kırım sorununda referandum konusunda taraflar arasında her hangi bir uzlaşma olmadığı gibi, Ukrayna başından itibaren Kırım'ın ayrılmasına ve bölgede yapılan referanduma karşı çıkmış, Ukrayna Anayasa Mahkemesi de 14 Mart 2014 tarihinde yapılan toplantısında Kırım'da yapılacak referandumun Ukrayna Anayasa'sına aykırı olacağına karar vermiştir.

SSCB'nin dağılma sürecinde yaşanan gelişmeler de, devletlerin etnik grup ve azınlıkların ayrılma eylemleri karşısındaki olumsuz tutumlarını kanıtlamaktadır. SSCB'nin dağılması sürecinde devletlerin davranışları ayrılıkçı eylemlerin kabul edilmediğini en ileri aşamaya kadar götürmüş, sadece azınlıkların değil, aynı zamanda 1977 SSCB Anayasa'sının 72. maddesi gereğince özgürce ayrılma hakkına sahip olan Birlik Cumhuriyetlerinin ayrılmasının

¹⁰³ MUSGRAVE, s. xiii.

teyit edilmesinde dahi zorluklarla karşılaşmıştır. Nitekim ayrılmaya ilk başlayan Estonya, Litvanya ve Letonya'nın bağımsızlığı anayasal olarak ayrılma hakkına sahip oldukları için değil, Sovyetler Birliği bu devletleri 1940'da uluslararası hukuku ihlal ederek ilhak ettiği için tanınmıştır¹⁰⁴. Bu durumda dahi söz konusu devletlerin tanınması için SSCB'nin olayı kabullenmesi beklenmiştir. Nitekim BM, bağımsızlığın yeniden tesisi için tarafların anlaşmış olduğuna özel vurgu yapmıştır¹⁰⁵. Geri kalan Birlik Cumhuriyetlerinin tanınması açısından ise devletler topluluğu SSCB'nin tamamen dağılmasına kadar beklemiştir. Bu bağlamda, Anayasal olarak ayrılma hakkına dahi sahip olmayan Kırım'ın self determinasyon hakkı kapsamında ayrılmasının meşru olduğunu iddia etmek, uluslararası toplumun tutumu ile tamamen çelişkili bir durum yaratmaktadır.

Kırım gibi, eski SSCB üyesi cumhuriyetlerin sınırları içerisinde yer alan Abhazya, Güney Osetya, Çeçenistan, Dağlık Karabağ örneklerinde de ayrılıkçı eylemlere yönelik uluslararası tepkiler benzer şekilde olumsuz olmuştur. Halkların, grupların veya azınlıkların bağımsız devlet kurmak için çalıştığı tüm bu örneklerde, devletler topluluğu sürekli bir uygulama ile olumsuz tavır sergilemiş ve söz konusu girişimlerin hiç birisini bağımsız devlet olarak tanımamıştır¹⁰⁶. Örneğin Abhazya ve Güney Osetya sorunları çerçevesinde 1999 AGİT İstanbul Zirvesi'nde kabul edilen Bildiri'de üye devletlerin Gürcistan'ın siyasi bağımsızlığını ve ülkesel bütünlüğünü desteklediği açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁷. Aynı şekilde BM Güvenlik Konseyi'nin 15 Nisan 2008 tarihli 1808 sayılı kararında Gürcistan'ın ülke bütünlüğüne atıf yapılmıştır¹⁰⁸. Sadece Rusya, Ağustos 2008'de Gürcistan ile yaşanan çatışmaya bağlı olarak Abhazya¹⁰⁹ ve Güney

¹⁰⁴ TOMUSCHAT, s. 31.

¹⁰⁵ CRAWFORD, s. 394.

¹⁰⁶ KRÜGER, s. 65.

¹⁰⁷ OSCE 1999 Istanbul Summit Declaration, par. 23. Metin için bkz. <<http://www.osce.org/mc/39569?download=true>>

¹⁰⁸ UN Security Council Resolution 1808 (2008), UN Doc. S/RES/1808 (2008).

¹⁰⁹ УКАЗ Президента РФ от 26.08.2008 No 1260 «О признании республики Абхазия» (Decree of Russian President Dmitry Medvedev recognising of Abhazia). Kararın orijinal metni için bkz. <<http://document.kremlin.ru/doc.asp?ID=47559 &PSC=2&PT=3&Page=1>>

Osetya'yı¹¹⁰ tanıyarak istisnayı oluştursa da¹¹¹, Nikaragua, Venezuela, Nauru ve Tuvalu hariç başka hiçbir devlet Rusya örneğini izlememiştir¹¹². Çok daha fazla devlet ayrılıkçı eylemlerin uluslararası hukuka uygun olmadığını beyan ederek, Abhazya ve Güney Osetya'yı tanımayı reddetmiştir.

Devletlerin bu tutumu Çeçenistan olayında da net bir şekilde ortaya konulmuştur. Çeçenistan olayında sivil halka karşı keyfi biçimde ağır askeri güç kullanılmış olmasına rağmen¹¹³, ne Avrupa Konseyi üyesi devletler¹¹⁴ ne de AGİT¹¹⁵ Rusya'nın bu tutumunu Çeçenistan'ın bağımsızlığının tanınması için gerekçe göstermiştir. Gerçekleşen insan hakları ihlali için Rusya, devletler topluluğu tarafından sadece kınanmış ve bundan bağımsız olarak devletler, Rusya Federasyonu'nun ülkesel bütünlüğünü tanıdıklarını kabul etmişlerdir. Bu nedenle Çeçenistan olayı BM'nin gündemine hiç gelememiştir¹¹⁶.

Uluslararası toplumun etnik grup veya azınlıkların tek taraflı ayrılma hakkını kabul etmediğinin en belirgin göstergelerinden biri de Dağlık Karabağ örneğidir. SSCB döneminde Azerbaycan sınırları içerisinde özerk statüye sahip olan Ermenilerin çoğunlukta yaşadığı Dağlık Karabağ bölgesi, ilk başlarda

¹¹⁰ УКАЗ Президента РФ от 26.08.2008 № 1261 «О признании республики Южная Осетия» (Decree of Russian President Dmitry Medvedev recognising independence of South Ossetia). Kararın orijinal metni için bkz. <<http://document.kremlin.ru/doc.asp?ID=47560>>

¹¹¹ Rusya'nın Güney Osetya Politikasının self determinasyon bağlamındaki değerlendirmesi için bkz. Cenap ÇAKMAK: “Rusya'nın Güney Osetya Politikası, Neo-Self Determinasyon ve UCM'nin Rolü”, Bilge Strateji- Jeopolitik, Ekonomi-Politik ve Sosyo-Kültürel Araştırmalar Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 71-100.

¹¹² Güney Osetya ve Abhazya konusunda ayrıntılı olarak bkz. Mesut ŞÖHRET: “Uluslararası Hukukta Diplomatik Tanıma: Güney Osetya ve Abhazya'nın Mevcut Statüsü”, s. 520-553, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>; yine bkz. Tekin Aycan TAŞCI: “Güney Osetya Sorununun Yerel ve Bölge Açısından Analizi”, s. 663-672, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>; Filiz CİCİOĞLU: “Abhazya Cumhuriyeti'nin Yasal Statüsünün Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, s. 499-507, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>.

¹¹³ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Sadi ÇAYCI: “Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Çeçenistan'daki Durum”, Stratejik Analiz, Nisan 2005, s. 67-71

¹¹⁴ Resolution of the Parliamentary Assembly, Conflict in Chechnya, 1201 (1999). Metin için bkz. <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/ERES1201.htm>>

¹¹⁵ OSCE 1999 Istanbul Summit Declaration, par. 23.

¹¹⁶ TOMUSCHAT, s. 31.

amaçladığı Ermenistan’la birleşmeyi başaramayınca, daha doğrusu bu talepleri SSCB hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle dönemin Azerbaycan ve Moskova yönetimi tarafından kabul edilmeyince, 2 Eylül 1991’de bağımsızlığını ilan etmiştir. Dağlık Karabağ’da o dönemde bölgede yaşayan Azerbaycan Türkleri tarafından boykot edilmesine rağmen 10 Aralık 1991’de bağımsızlık için referandum yapılmıştır. Günümüzde bağımsız devlet olduğunu iddia eden Dağlık Karabağ’ın Azerbaycan’dan hukuka aykırı şekilde ayrılması hiçbir devlet tarafından meşru görülmemiştir¹¹⁷. Tam tersine konuyla ilgili BM Güvenlik Konseyi’nin 853 (1993), 884 (1993) sayılı kararları başta olmak üzere dört ayrı kararında Azerbaycan’ın ülkesel bütünlüğüne atıf yapılmıştır¹¹⁸. AGİT 1996 Lizbon Zirvesinde¹¹⁹, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 1416 (2005)¹²⁰, Avrupa Parlamentosu’nun 2010 yılında kabul ettiği “*Avrupa Birliği’nin Güney Kafkasya Stratejisi İhtiyaçlarına Dair*” 2216 (2010) sayılı kararında¹²¹ da Azerbaycan’ın ülkesel bütünlüğüne açıkça göndermeler yapılmıştır.

Son dönemlerin en tartışmalı örneklerinin başında gelen ve Kırım açısından Rusya’nın örnek olarak gösterdiği Kosova’nın ayrılması olayında da, değişik yorumlara rağmen, ayrılma talepleri ile ilgili devletler topluluğunun tutumunun tek tiplik göstermekten uzak olduğu görülmektedir. Self determinasyon hakkının dış yönü ve ayrılma, Kosova halkına karşı şiddet kullanılmasına rağmen başta kabul edilmemiştir. BM Güvenlik Konseyi’nin 1999’da kabul ettiği 1244 sayılı Kararı¹²² sadece geniş kapsamlı özerk statü

¹¹⁷ Dağlık Karabağ konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cavid **ABDULLAHZADE**: Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

¹¹⁸ Bkz. UN Security Council Resolution 822 (1993), **UN Doc. S/RES/822 (1993)**; Resolution 853 (1993), **UN Doc. S/RES/853 (1993)**; Resolution 874 (1993), **UN Doc. S/RES/874 (1993)**; Resolution 884 (1993), **UN Doc. S/RES/884 (1993)**.

¹¹⁹ OSCE Lisbon Summit 1996, 3 December 1996, **Doc.S/1/96**, Annex 1, Statement of the OSCE-Chairman in Office, s. 15-16. Metin için bkz. <<http://www.osce.org/mc/39539?download=true>>

¹²⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution 1416 (2005). Metin için bkz. <<http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta05/eres1416.htm>>

¹²¹ *European Parliament Resolution “on the need for an EU Strategy for the South Caucasus” (2009/22169INI)*, European Parliament, Session Document A7-0123/2010, 23.04.2010, s. 6-7, par. 6-11. Metin için bkz. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+REPORT+A720100123+0+DOC+PDF+V0//EN>>

¹²² UN Security Council Resolution 1244 (1999), **UN Doc. S/RES/1244 (1999)**.

öngörmüştür. Bu ise Kosovalıların self determinasyon hakkının sadece iç yönünü teyit etmektedir.

Kosova'nın Şubat 2008'de bağımsızlığını tek taraflı ilan etmesi ise, devletler topluluğunu Kosova'nın bağımsızlığının kabul edilip edilemeyeceği sorusu karşısında ciddi bir ikileme bırakmıştır. Avustralya, Fransa, Almanya, İngiltere, Türkiye ve ABD gibi birçok devlet Kosova'nın bağımsızlığını meşru sayarken, Çin, Romanya, Rusya ve İspanya gibi devletler durumu kabullenmeyi reddetmiştir. Brezilya, Kanada, Hindistan ve İran gibi bazı devletler ise çekimser davranmışlardır¹²³. Bu tutum farklılığı bile, ayrılma hakkının uluslararası hukukta var olduğuna ilişkin ortak bir görüşün olmadığını göstermektedir. Bu anlamda Dağlık Karabağ, Çeçenistan, Abhazya ve Güney Osetiya'nın tanınmaması da dikkate alındığında¹²⁴, Kosova örneğinin devletler topluluğunun konuya bakışını değiştirdiğini söylemek mümkün gözükmemektedir¹²⁵. UAD'nin, Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık bildirgesinin hukuka uygunluğunu kabul eden 22 Temmuz 2010 tarihli danışma görüşü de¹²⁶, Kosova'nın self determinasyon hakkının onaylandığı anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu danışma görüşünde Divan, Kosova bağlamında self determinasyon hakkının durum ve kapsamına ilişkin tespit yapmamış, bundan özenle kaçınmıştır.

¹²³ Heiko **KRÜGER**: “*Implications of Kosovo, Abkhazia and South Osetia for International Law: The Conduct of the Community of States in Current Secession Conflicts*”, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol. 3(2), Spring 2009, s. 130-131. Bu konuda ve ayrıca dönemin Dışişleri Bakanı *Ali Babacan*'ın Kosova'nın Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanındığına dair 18 Şubat 2008 tarihli açıklamasının tam metni için bkz. Uğur **BAYILLIOĞLU**: “*Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?*”, *TBB Dergisi* 2011(92), s. 290.

¹²⁴ *Nolte*'ye göre, Dağlık Karabağ, Abhazya, Çeçenistan örnekleri dikkate alındığında devletlerin ve yazarların çoğunluğunun eski tutumlarını değiştirmedikleri anlaşılmaktadır. Georg **NOLTE**: “*Secession and External Intervention*” in Marcelo G. KOHEN (ed.), *Secession, International Law Perspectives*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 85.

¹²⁵ Oysa *Çakmak*'a göre, Kosova örneği, uluslararası toplumun ayrılmayı ilk kez desteklediği olay olarak tarihe geçmiştir. Böylelikle özellikle zayıf devletlerin toprak bütünlüklerinin korunmasında işlevsel bir role sahip olan iç işlerine karışmama ilkesi çiğnenmiştir. Daha da önemlisi klasik self determinasyon hakkı ilk kez entegre bir devlet içindeki bölgeye de tanınarak uluslararası hukuk ve politikada yeni bir teamülün gelişmesine kapı aralanmıştır. **ÇAKMAK**, s. 90.

¹²⁶ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403, s. 452, par. 122.*

Yaptığı tespitler ise self determinasyon hakkının nitelik ve kapsamına ilişkin bilinen hususların tekrarından ibarettir¹²⁷.

Ayrıca, Kosova örneğinin Kırım açısından emsal gösterilmesi de anlamsızdır. Zira Sırbistan tarafından ağır şiddet eylemlerine maruz kalan ve çok daha homojen yapı gösteren Kosova halkının bağımsızlık ilanını, heterojen yapıya sahip ve insan hakları ihlalleri açısından ciddi sorunlarla karşılaşmayan, tam tersine içsel boyutuyla self determinasyon hakkından en geniş biçimde yararlanan Kırım'da yaşayan Rusların durumu ile eşit tutmak doğru değildir¹²⁸.

Kırım'ın ayrılmasının self determinasyon hakkı çerçevesinde değerlendirilemeyeceği Avrupa Konseyi (AK) ve Birleşmiş Milletler (BM) tarafından da açıkça teyit edilmiştir. Nitekim Kırım sorununun ortaya çıkmasının ardından AK Parlamenterler Meclisi'nin almış olduğu 1988 (2014) sayılı Kararda¹²⁹ Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atf yapılarak Kırım'da gerçekleştirilen referandumun ve Kırım'ın Rusya'ya birleştirilmesinin hukuka uygun olmadığı vurgulanmıştır. Kırım sorununun BM'deki görüşmeleri sırasında BM üyesi devletlerin tutum ve davranışları da benzer şekilde olmuştur. Gerçi BM Güvenlik Konseyi, Rusya'nın vetoları nedeniyle Kırım sorununa ilişkin bağlayıcı karar alamamıştır¹³⁰. Bununla birlikte BM Genel Kurulu'nun Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atf yapan 24 Mart 2014 tarihli 68/262 sayılı Kararı¹³¹ ve Kararın görüşülmesi sı-

¹²⁷ BAYILLIOĞLU, s. 305.

¹²⁸ Ahmet Hamdi TOPAL: “Uluslararası Hukuk Açısından Kırım'ın İlhaki ve Self Determinasyon Hakkı”, Star Gazetesi, 23 Mart 2014, < <http://haber.stargazete.com/acikgorus/uluslararasi-hukuk-acisindan-kirimin-ilhaki-ve-self-determinasyon-hakki/haber-859182>>; ayrıca bkz. ГАЛИМОВА, “Крым Между Абхазией и Шотландией”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>; Oslo Üniversitesi'nin Rusya uzmanı Prof. Pål Kolstø, Rusya'nın “Pravda” gazetesinde yayınlanan söyleşisinde Kosova ve Kırım arasındaki farkları net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bkz. Пол КОЛЬСТЕ: “Между Косовом и Крымом есть существенная разница”, <<http://www.pravda.ru/news/world/04-04-2014/1203358-kolsto-0/>>

¹²⁹ Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1988 (2014), “Recent developments in Ukraine: threats to the functioning of democratic institutions”, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2HXrefViewPDF.asp?FileID=20873&lang=en>>

¹³⁰ Bu konuda bkz. “UN Security Council action on Crimea referendum blocked”, <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47362#.U7KZE5R_t1Y>

¹³¹ Kararın metni için bkz. Resolution adopted by the General Assembly on 27 March 2014, 68/262, “Territorial Integrity of Ukraine”. UN Doc. A/RES/68/262.

rasında üye devletlerin temsilcilerinin tutum ve davranışları¹³² ayrılmanın meşru olmadığını açıkça teyit etmektedir.

BM Genel Kurulu'nun "Ukrayna'nın Ülkesel Bütünlüğü" başlığını taşıyan 68/262 sayılı Kararı, sadece on bir devletin aleyhte, elli sekiz devletin ise çetkimser oy kullanmasına karşın yüz devletin olumlu oyuyla kabul edilmiştir¹³³. Kararın kabul edildiği toplantıda konuşan BM üyesi devletlerin temsilcileri büyük bir çoğunlukla Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atıf yaparak, Kırımın ayrılmasının meşru kabul edilemeyeceğini ve ayrılma için yapılan referandumun da geçersiz addedilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir¹³⁴. Tabii ki, BM Genel Kurulu'nun kararları bağlayıcı değildir. Bununla birlikte BM Genel Kurulu'nun söz konusu kararı, örf ve adet hukuk açısından önemli bir delil niteliğindedir. Zira ayrılma olaylarından yakından etkilenen veya etkilenme ihtimali olan Azerbaycan, Gürcistan, Moldova, İspanya gibi ülkeler başta olmak üzere ABD ve AB üyesi devletler dâhil yüz devletin Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atıf yapması BM ve üye devletlerin, bünyesinde bulunduğu devletin izni olmadan gerçekleştirilen ayrılmalar karşısında ülkesel bütünlüğe öncelik verdiklerini göstermektedir. Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atıf yapan Karar, devletlerin güç kullanmak suretiyle diğer devletlerin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmelerinin ve etnik yakınlığı bahane ederek ayrılıkçı eylemleri desteklenmesinin self determinasyon kılıfı altında meşrulaştırmasının mümkün olamayacağını kanıtlamaktadır.

Sonuç olarak, örf ve adet hukuku kuralının oluşumu için gerekli süre, tek tiplik ve belli bir sayıya ulaşma unsurları açısından ayrılma hakkı ile ilgili devletlerin ortak uygulamalarından bahsedilemeyeceği açıktır¹³⁵. Bu anlamda devletler, henüz daha etnik grup ve azınlıkların ayrılma hakkını teyit etmiş de-

¹³² Toplantı tutanakları için bkz. *UN General Assembly, Sixty-eighth session, 80th plenary meeting, Thursday, 27 March 2014, Official Records. UN Doc. A/68/PV.80.*

¹³³ Bkz. *UN General Assembly, Sixty-eighth session, 80th plenary meeting, Thursday, 27 March 2014, Official Records.* s. 21. **UN Doc. A/68/PV.80.**

¹³⁴ Bu konuda ayrıca bkz. "Backing Ukraine's territorial integrity, UN Assembly declares Crimea referendum invalid", <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47443&Cr=ukraine&Cr1=#>>

¹³⁵ KRÜGER, s. 66.

ğillerdir¹³⁶. Nitekim günümüzde, başta Dağlık Karabağ Ermenileri olmak üzere Çeçenler, Osetinler, Abazalar, Tamiller, Quebecerler, Basklar, Kuzey İrlandalılar gibi pek çok etnik grup ve azınlığın ayrılma çabaları devletler tarafından büyük oranda desteklenmemektedir. Bu şartlar altında, ayrılma hakkına ilişkin devletlerin ortak ve tek tip bir uygulamalarının henüz oturmadığı söylenebilir. Diğer bir ifade ile genel kabul edilebilir bir ayrılma hakkı ile ilgili tek tip ve devletlerce geniş kabul edilen bir uygulamanın olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

b. Opinio Juris Sive Necessitatis

Etnik grup ve azınlıkların ayrılması açısından sadece devlet uygulamaları değil, devletlerin hukuki bağlayıcılığı yönündeki inançları anlamında da ciddi eksiklikler bulunmaktadır. Yukarıda anlatılan örneklere bakıldığında, devletlerin etnik grup ve azınlıkların ayrılma hakkını tersi bir tutumla reddetmiş olduğu dahi söylenebilir¹³⁷. Tek tip hukuki inancın (*opinio juris*) yokluğu Kosova olayında çok daha net görülmektedir. Kosova'yı tanıyan başta ABD olmak üzere Avrupa devletlerinin davranışlarının siyasi motiflerle paralellik gösterdiği, hukuki boyutun ikincil rol oynadığı anlaşılmaktadır¹³⁸. Devletlerin açık hukuki hipotezler ortaya koymadığı, amacın Avrupa'nın merkezinde yer alan Kosova'da ekonomiyi iyileştirmek ve güvenliği sağlamak olduğu görülmektedir¹³⁹. Hukuki motifler ve anlayış konusunda özellikle susulmuş veya bu husus çok sınırlı bir şekilde dile getirilmiştir. Tam tersine Kosova'yı tanıyan tüm devletler olayın örnek teşkil edemeyeceğini beyan ederek, kendi eylemlerinin tüm hukuki sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla hareket etmişlerdir. Bu durum bile, ayrılma konusunda devletlerin ortak ve genel bir *opinio juris* 'e sahip olmadıklarını göstermektedir¹⁴⁰. Aynı şekilde Kırım sorununda da devletlerin ortak ve genel bir *opinio juris* 'e sahip olmadıkları görülmektedir. Kırım sorununda hatta tam tersi bir durumun ortaya çıktığı ve devletlerin büyük bir

¹³⁶ TOMUSCHAT, s. 33.

¹³⁷ KRÜGER, s. 67

¹³⁸ BAYILLIOĞLU, s. 306.

¹³⁹ KRÜGER, "Implications of Kosovo...", s. 139-140.

¹⁴⁰ KRÜGER, s. 68; aynı şekilde bkz. ARSAVA, "Kosova, Abhazya, Güney Osetya....", s. 14.

çoğunluğunun *opinio juris*'inin azınlık ve etnik toplulukların ayrılma haklarının reddi yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi BM Genel Kurulunun Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atıf yapan Kararı sadece on bir devlet tarafından reddedilirken, yüz devlet tarafından kabul gö-rerek, tersi bir *opinio juris*'in varlığı ortaya konulmuştur.

D. Self Determinasyon, Ayrılma ve Ülkesel Bütünlük İlkesi İlişkisi

Self determinasyon hakkı veya ilkesi, ortaya atıldığı günden bu yana hep farklı şekillerde yorumlanmış, çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Devletler tarafından siyasi amaçlarına uygun olarak yorumlanan self determinasyon, kimi zaman güç politikalarının da aracı haline getirilmiştir. Reel-politiğin gölgesinde şekillenmesine ve siyasi içeriğine rağmen, self determinasyon ilkesi günümüz uluslararası hukukunun genel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, UAD'nin Namibya, Batı Sahara danışma görüşlerine ve Doğu Timor kararına esas teşkil eden self determinasyon ilkesi, Divan'ın söz konusu kararında da ifade ettiği gibi *erga omnes* özelliğiyle artık uygulanan uluslararası hukukun en temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmektedir¹⁴¹. Hatta işgalci, sömürgeci ve ırkçı rejimlerden kurtulmanın bir aracı olarak self determinasyon hakkından *jus cogens* kural olarak da bahsedilmektedir¹⁴².

Bununla birlikte, dış boyutu ile self determinasyon, sınırları olmayan mutlak bir hak değildir. Uluslararası hukuk, işgalci, sömürgeci ve ırkçı rejimler dışında self determinasyon hakkını toprak bütünlüğünün korunması ya da sınırların değişmezliği anlamına gelen *uti possidetis juris* ve ülkesel bütünlük ilkesiyle beraber ele almaktadır. Özellikle bir devletten kopma veya ayrılma, bünyesinde taşıdığı ayrılıkçı niteliği nedeniyle doğal olarak uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan devletlerin egemenliği ve ülkesel bütünlük ilkesi ile çelişmektedir¹⁴³. Bu nedenle, konuya ilgili tüm tartışmalarda ülke bütünlüğü ve uluslararası istikrar kavramları göz önünde tutulmakta, ülke bütünlüğü ve uluslararası istikrar self determinasyon uygulamalarında sınır-

¹⁴¹ SHAW, "Peoples...", s. 480.

¹⁴² Bu konuda bkz. CASSESE, Self-determination ..., s. 133-140.

¹⁴³ EISNER, s. 408.

layıcı bir rol üstlenmektedir¹⁴⁴. Devletlerin varlıklarını devam ettirmek veya devletleri kendileri dışında birileri tarafından desteklenen ayrılıkçı süreçlere karşı korumayı amaçlayan ülkesel bütünlük ilkesi, günümüzde de ayrılma ile sonuçlanacak self determinasyonun karşısındaki üstünlüğünü korumaktadır¹⁴⁵. Bu anlamda bir devletten ayrılma yoluyla gerçekleştirilecek yeni bir devlet kurulmasında self determinasyon hakkı genellikle kabul edilmemektedir.

Uluslararası hukukun geçmişten günümüze kadar katı bir devlet merkezli, bağımsızlıktan yana görüntü çizdiği konusunda her hangi bir tereddüt yoktur. Devlet uygulamaları ayrılıkçı hareketlere ciddi şüphelerle yaklaşmaktadır. Aynısı uluslararası hukuk doktrinindeki görüşlerde de görülmektedir¹⁴⁶. Diğer bir ifade ile genel anlamda uluslararası hukukun ayrılıkçı eylemleri hoş karşılamadığı söylenebilir. Uluslararası hukukta ülkesel bütünlük ilkesi self determinasyonun dış yönünden kural olarak üstün kabul edilmekte veya en azından öncelikli olarak ele alınmaktadır¹⁴⁷. Sömürge altındaki halklar için dahi dış boyutuyla self determinasyon sadece bir kez kullanıldığında kabul edilmekte, ikinci kez kullanılması meşru görülmemektedir. Bu anlamda bir devlet içinde yer alan azınlıklarca gerçekleştirilecek ayrılma, uluslararası toplum tarafından ilkesel olarak desteklenmemektedir¹⁴⁸. Uluslararası toplumun bir devletten ayrılma yoluyla ortaya çıkabilecek yeni bir devleti self determinasyon hakkı çerçevesinde değerlendirmek istememesinin en temel nedeni ise, yukarıda da ifade edildiği gibi uluslararası hukukta benimsenmiş olan devletin ülkesel bütünlüğü ilkesidir¹⁴⁹. Buna göre bir devletin ülkesel bütünlüğü ancak o devletin rızasıyla hukuksal geçerliliği olan değişikliklere uğrayabilir. Bir devlet ülke-

¹⁴⁴ CRAWFORD, s. 390; KARAOSMANOĞLU, s. 147.

¹⁴⁵ Shaw, self determinasyon hakkının bireysel ve grup haklarının gelişimine katkıda bulunduğunu, ancak ülkesel bütünlük ilkesinin geleneksel yapısını etkilemediğini ifade etmektedir. SHAW, "Peoples...", s. 501.

¹⁴⁶ Cassese'nin de belirttiği gibi, bağımsız devletlerin ülkesel bütünlüğü geçmişte olduğu gibi günümüzde de kutsal sayılmaya devam etmektedir. CASSESE, Self-determination ..., s. 112.

¹⁴⁷ KRÜGER, s. 53; CASSESE, Self-determination..., s. 122.

¹⁴⁸ Cassese'nin ifadesi ile birçok yazar sadece sömürge halklarının değil, tüm halkların veya etnik grup ve azınlıkların da uluslararası hukuka göre self determinasyon hakkının olduğunu ifade etmektedirler. Ancak bu görüş BM ve devlet uygulamaları tarafından desteklenmemiştir. CASSESE, Self-determination ..., s. 103.

¹⁴⁹ KRÜGER, "Implications of Kosovo ...", s. 121.

sinde yerleşmiş bulunan farklı özelliklere sahip toplulukların yalnızca bu farklılık ögesine dayanarak devletlerin ülkesini parçalamalarına izin verilemez¹⁵⁰. Uygulanan uluslararası hukukun ülkesel bütünlük ilkesi ile ayrılma anlamına gelebilecek self determinasyon arasındaki ilişkide, ülkesel bütünlüğe öncelik verdiğinin çok daha net olduğu görülmektedir. BM Genel Kurulu'nun 1514 sayılı Kararı ile kabul ettiği "*Sömürge Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri*"¹⁵¹ başta olmak üzere self determinasyonu düzenleyen tüm BM belgelerinde, 1975 Helsinki Son Senedi ve 1990 Paris Şartı¹⁵² gibi birçok bölgesel nitelikli uluslararası belgede de bu hususun teyit edildiği görülmektedir. Tüm bu belgeler self determinasyon hakkını düzenlemekle birlikte var olan devletin milli bağımsızlığının ve ülkesel bütünlüğünün kısmen veya tamamen ihlal edilmesini özellikle yasaklamaktadır¹⁵³. Diğer bir ifade ile tüm uluslararası belgelerde öngörülen self determinasyon hakkı sadece ülkesel bütünlük ilkesine uygun olduğu ölçüde kullanılabilir. Bu husus, etnik gruplar ve azınlıklar açısından özellikle geçerlidir. BM Genel Kurulu'nun 18 Aralık 1992 tarihli ve 47/135 sayılı Kararı ile kabul edilen "*Ulusal veya Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Bireylerin Hakları Bildirisi*"nde de aynı husus azınlıklar açısından bir daha teyit edilmiştir. Söz konusu Bildiri'nin 8. maddesinin 4. fıkrasına göre: "*Bu Bildiri'deki hiç bir hüküm, Devletlerin egemenliği, eşitliği, ülke bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığı konusundaki Birleşmiş Milletlerin amaçlarına ve prensiplerine aykırı düşecek faaliyetlere izin verecek şekilde yorumlanamaz.*"

Devletin siyasi bağımsızlığını ve ülkesel bütünlüğünü ihlal edecek dışsal boyutu ile self determinasyon hakkının, uluslararası toplum ve uygulanan hu-

¹⁵⁰ Uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birinin devletin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ilkesi olduğu düşünülürse, "halk" olduğunu iddia eden bir toplumsal grubun bağımsız devlet kurma hakkına sahip olduğunu ileri sürmek kolay değildir. Bu gibi durumlarda uluslararası hukuk, bir halkın self determinasyon hakkını, ancak sınırları içinde yaşadığı devletin toprak bütünlüğünü ihlal etmemeyi yükümlendiği sürece tanımaktadır. **ARAL**, s. 113.

¹⁵¹ Bildiri'nin 6. paragrafına göre: "*Bir ülkenin milli birliğinin ve ülke bütünlüğünün kısmen veya tamamen bozulmasını amaçlayan herhangi bir teşebbüs, Birleşmiş Milletler Şartı'nın amaç ve ilkeleri ile bağdaşmaz.*" Resmî olmayan Türkçe metin için bkz. **GÜNDÜZ**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 451-453.

¹⁵² Metin için bkz. **GÜNDÜZ**, *Milletlerarası Hukuk*..., s. 708 vd.

¹⁵³ **EISNER**, s. 408-410; **SHAW**, "*Peoples...*", s. 482.

kuk açısından kabul edilmemesinin temelindeki politik niyet de aslında açıktır. Birincisi, uluslararası ilişkilerde istikrarın desteklenmesi istenmektedir. Diğer bir ifade ile bu tutumun temel nedeni özellikle demokrasinin tam yerleşmediği, çok fazla etnik unsurun yaşadığı devletlerde parçalanmalara neden olarak, uluslararası istikrarsızlığa yol açabileceği korkusudur. İkincisi ise, etnik çatışmalara imkân vermeyerek devletlerin parçalanma riskini önlemektir. Zira ayrılımların kabul edilmesi durumunda yeni doğan devlet içinde yeniden bir başka etnik grubun ayrılma eğilimi içine girebilecek ve böylece bölünmeler en homojen birim ortaya çıkana kadar devam edebilecektir¹⁵⁴.

Tüm bu nedenlerle, hem BM hem bölgesel uygulamaların, bir devletten ayrılma yoluyla ortaya çıkabilecek yeni bir devleti self determinasyon hakkı çerçevesinde değerlendirmek istemediği, ülkesel bütünlük ilkesine çok daha önem verdiği görülmektedir¹⁵⁵. Nitekim dönemin BM Genel Sekreteri *U-Thant*'in 9 Ocak 1970 tarihli bir basın toplantısında söylediği, “uluslararası örgüt olarak BM, üye devletlerinden ayrılmayı geçmişte kabul etmemiş, şu anda da etmemektedir ve ümit ediyorum ki gelecekte de kabul etmeyecektir” söylemi¹⁵⁶, BM'nin geçmişteki tutumunu açıkça ortaya koymaktadır. Benzer tutumu Afrika İnsan Hakları Komisyonu, Katanga Zaire'ye (Kongo) karşı sorununda göstermiştir. Komisyon diğerleri yanında Katanga'nın kendi kaderini tayin hakkının Zaire'nin (Kongo) bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ile uyumlu olması gerektiğine dikkat çekmiştir¹⁵⁷.

Aynı tutum son dönemlerde yaşanan örneklerle de kanıtlanabilmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, Eski Yugoslavya Tahkim Komisyonu, 11 Ocak 1992 tarihli 2 No'lu Görüşünde, şartlar ne olursa olsun devletin açık rızası olmadığı sürece self determinasyon hakkının sınırları değiştirmeyi ve ülke

¹⁵⁴ KRÜGER, s. 53; KURUBAŞ, s. 156.

¹⁵⁵ NOLTE, s. 67-69.

¹⁵⁶ United Nations Monthly Chronicle, No 2 (1970), s. 36. Tim **POTIER**: Conflict in Nagorno Karabakh, Abkhazia and South Ossetia-A Legal Appraisal, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2001, s. 35'den naklen.

¹⁵⁷ “75/92 Katangese Peoples' Congress v. Zaire”, African Commission on Human Rights, 8th Annual Report, s. 261, par. 4. Karar'ın tam metninin dijital versiyonu için bkz. <<http://caselaw.ihra.org/doc/75.92/view/>>; <http://www.achpr.org/files/activity-reports/8/achpr16and17_actrep8_1994_eng2.pdf>.

bütünlüğünü ortadan kaldırmayı kapsamayacağını ifade etmiştir¹⁵⁸. Bu Karar, şartlar ne olursa olsun ülkesel bütünlük ilkesinin self determinasyon ilkesinden öncelikli bir konumda olduğunu göstermektedir¹⁵⁹. Yine hatırlanacağı gibi, Avrupa Konseyi tarafından 16 Aralık 1991’de kabul edilen Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği sınırları içinde ortaya çıkan yeni bağımsız devletlere ilişkin Avrupa kuralları, diğerleri yanında sadece barışçıl yöntemlerle ve karşılıklı anlaşma yoluyla değiştirilebilen tüm sınırların dokunulmazlığına saygı ilkesine de vurgu yapmıştır¹⁶⁰. Aynı şekilde Dağlık Karabağ, Abhazya, Güney Osetya, Çeçenistan örnekleri başta olmak üzere son dönemlerde yaşanan tüm ayrılıkçı eylemlerde de devletlerin ülkesel bütünlüğüne atıf yapılmıştır. Örneğin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Dağlık Karabağ sorunu açısından “*Ermenistan’ın Azerbaycan’ın Ülkesel Bütünlüğünü Tanıması Hakkında*” Azerbaycan’ın yazılı sorusu üzerine kabul ettiği metinde, Avrupa Konseyi Dışişleri Bakanlarının tüm Avrupa devletlerinin ülkesel bütünlüğü ve uluslararası kabul görmüş sınırlarına saygı gösterdiklerini ifade eden 11 Mayıs 2001 tarihli Bildiri’sine gönderme yapmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi böylece, uluslararası hukukun iki ilkesi arasındaki ilişkiyi somut olay açısından değerlendirirken, self determinasyon hakkının gerçekleştirilmesinin özellikle devletlerin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmeden mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir¹⁶¹.

Son dönemlerde UAD’nin Kosova’ya ilişkin danışma görüşüne atıf yapılarak söz konusu danışma görüşünde ilk kez self determinasyon ve ülkesel bütünlük ilkelerinin birlikte ele alındığı ve self determinasyon hakkının varlığı halinde ülkesel bütünlük ilkesinin daha az önem taşıyacağı ifade edilmekte-

¹⁵⁸ Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No 2, par. 1. Metin için bkz. 31 I. L. M. 1494 (1992), s. 1498.

¹⁵⁹ DUURSMA, s. 69-70.

¹⁶⁰ Declaration on the “*Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*” in December 16, 1991 European Community: Declaration on Yugoslavia and on the Guidelines on the Recognition of New States. Metin için bkz. 1 I. L. M. 1485 (1992), s. 1487.

¹⁶¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Reply to the Written Question No 396 [CM(2001(101))] by Mrs. Hajiyeva to the Committee of Ministers “Recognition of the Territorial integrity of Azerbaijan by Armenia”, 19 September 2001. Metin için bkz. <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=222923&Site=COE>>.

dir¹⁶². Oysa daha önce de belirtildiği gibi, söz konusu görüşünde Divan, bağımsızlık bildirgesi ilanının sadece BM'nin 1244 sayılı Kararına ve uluslararası hukuka uygunluğunu incelemiş, fakat bağımsızlık bildirgesinin self determinasyon hakkı çerçevesinde hukuki bir değerlendirmesini yapmamıştır. Bu anlamda adı geçen görüş ile Divan'ın Kosova'nın self determinasyon hakkını onayladığı veya self determinasyona ülkesel bütünlük karşısında öncelik tanıdığı söylemez¹⁶³.

Kırım sorunu da, bir devletten tek taraflı olarak ayrılmanın tipik örneği olarak ülkesel bütünlük ilkesi ve self determinasyon hakkının dış yönü arasındaki ilişki ile doğrudan bağlantılı olduğundan, self determinasyon hakkına dayandırılan ayrılmanın ülkesel bütünlük ilkesi işle çelişmemesi gerekir. BM ve bölgesel uygulamalara bakıldığında, Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğünü ihlal edecek bir self determinasyon hakkının kullanımının meşru addedilmesi mümkün değildir¹⁶⁴. Bu tarz bir self determinasyon hakkı karşısında Ukrayna, pek tabii ki ülkesel bütünlük ilkesine dayanabilir. Nitekim yukarıda da ifade edil-

¹⁶² Bu husus özellikle Dağlık Karabağ sorunu açısından Ermenistan tarafından savunulmaktadır. Ermenistan Dışişleri Bakanı *Nalbandian*'ın bu konudaki görüşleri için bkz. Statement by H. E. Mr. Edward Nalbandian, Minister of Foreign Affairs of the Republic of Armenia, at the General Debate of the 65th Session of the UN General Assembly, 25 September 2010. Metin için bkz. <http://www.un.org/en/ga/65/meetings/generaldebate/Portals/1/statements/634210347421562500AM_en_fr.pdf>; Ermenistan Dışişleri Bakan Yardımcısı *Şavaraş Koçaryan*'ın benzer görüşlerinin eleştirisi için bkz. Tofig F. **MUSAYEV**: “*Advisory Opinion of the International Court of Justice on Kosovo and the Nagorno-Karabakh Conflict: Comparative Analysis*”, s. 5. <<http://azambassade.fr/tinymce/uploaded/schifeler/Qarabag/Analyse%20comparative.pdf>>; İlginç olan, bu görüşün ilk başlarda Rus yazarlar tarafından dile getirilmiş olmasıdır. Nitekim *Moiseyev* daha 2008 yılında Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık ilanının uluslararası hukukta önemli sorunlara ve değişikliklere neden olabileceğini, Kosova'nın bağımsızlığının tanınması ile birlikte devletlerin egemen eşitliği ilkesinin bir kenara bırakıldığını, self determinasyon hakkının devletlerin ülkesel bütünlüğünün önüne geçirildiğini ifade etmektedir. Bkz. Aleksei **MOISEYEV**: “*The Kosovo Precedent and the System of International Law*”, International Affairs: A Russian Journal of World Politics, Diplomacy and International Relations, Vol. 54, No. 4 (2008), s. 136-144; *Çakmak*, bağımsızlığını tanımayı reddetmekle birlikte, Kosova örneğinin Güney Osetya'nın tanınmasını sağlamaya çalışan Rusya açısından kullanıldığına ve şayet Rusya, Güney Osetya'yı kamuoyuna yeni bir Kosova olarak sunmayı başarabilirse, bağımsızlığını da kabul ettirebileceğine dikkat çekmektedir. **ÇAKMAK**, s. 94.

¹⁶³ **BAYILLIOĞLU**, s. 305.

¹⁶⁴ **ГАЛИМОВА**, “*Крым Между Абхазией и Шотландией*”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_593_8745.shtml>

diği gibi hem Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi hem Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kabul ettikleri kararlarda Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne özel vurgu yapmışlardır.

Sonuç olarak, sömürgecilikle mücadelede ülkesel bütünlük karşısında self determinasyona öncelik tanınıp, ayrılma bir hak olarak değerlendirilebilirse de, sömürge dışındaki uygulamalarda ülkesel bütünlük ilkesinin self determinasyona üstünlük sağladığı açıktır¹⁶⁵. *Kurubaş*'ın da belirttiği gibi, sömürgeciliğin sona ermesinin ardından self determinasyon ilkesi ayrı bir devlet kurma olarak değil, bir siyasi rejimin halk iradesine dayandırılması şeklinde yorumlanmalıdır. Bu ise, halkın kendi kendini yönetme yetkisinin olduğu yönetim şekli olan demokrasi demektir. O halde bu ilke, her halk için ayrı devlet kurma hakkı olarak yorumlanmamalıdır. Aksi durumda, ayrılmayı seçen bir halk kendi kaderini tayin etmenin yanında içinde yaşadığı diğer halkın da kaderini tayin etmiş olacaktır. Bu çerçevede tek taraflı iradeyle ortaya çıkan bir ayrılma da meşru kabul edilmeyecektir¹⁶⁶. Bunun en önemli nedenlerinde biri de, ülkesel bütünlük ilkesidir. Zira etnik grup veya azınlıklar bağlamında ülkesel bütünlük self determinasyonun dışsal boyutunun en temel sınırlandırmasını oluşturmaktadır.

SONUÇ

Self determinasyon hakkı, özellikle günümüzde fazlasıyla siyasileşmiş, daha doğru ifade ile reel-politiğin gölgesinde şekillenen bir hal almıştır. Devletler, self determinasyon hakkının uygulanması kapsamında maalesef uluslararası hukuktan ziyade kendi ulusal çıkarları doğrultusunda hareket etmektedirler. Örneğin Rusya'nın kendisi, Abhazya ve Osetya'nın bağımsızlığını tanıırken, Çeçenistan'ın bu hakkını aşırı şiddet kullanarak bastırmıştır. Aynı şekilde Kosova'nın bağımsızlığını tanımayan ve Kosova sorunu görüşüldüğü zaman Avrupa'daki ayrılıkçı eylemlerin olumsuzluğuna dikkat çeken Rusya¹⁶⁷,

¹⁶⁵ EISNER, s. 412.

¹⁶⁶ KURUBAŞ, s. 156.

¹⁶⁷ Rusya Devlet Başkanı *Putin* tarafından yapılan söz konusu açıklamaların değerlendirmesi için bkz. ГАЛІМОВА, “Крым Между Абхазией и Шотландией”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>

Kırım'ın bağımsızlığının meşru olduğunu savunmaktadır. Bu durum, reel-politik açısından çelişkili bir durumu yansıtmakla birlikte, uluslararası hukukun konuya bakış açısının değiştiğini söylemek mümkün değildir. Uluslararası hukuk, temelde uluslararası antlaşmalar ve örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde şekillenmektedir. Self determinasyon hakkına yer veren başta BM Antlaşması ve İkiz Sözleşmeler olmak üzere uluslararası metinlere bakıldığında, etnik grup veya azınlıkların ayrılma hakkından açıkça bahsedilmediği görülmektedir. Bu durum, uluslararası örf ve adet hukuku açısından da aynen geçerlidir. Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, benzer olaylar karşısından devletlerin tek tip ve sürekli tekrarlanan davranışları, bu davranışların ise *opinio juris* olarak tanımlanan hukuki inanç unsuru ile tamamlanmasından oluşmaktadır. Oysa ayrılmaya yönelik benzer olaylarda devletlerin tek tip ve sürekli tekrarlanan uygulamalarından bahsedilemeyeceği gibi, *opinio juris* unsurunun da eksik olduğu görülmektedir. Ayrılma bağlamında uluslararası alanda son dönemlerin tek istisnası olarak değerlendirilen Kosova örneğinde, bağımsızlığı meşru addeden devletler dahi durumun *sui generis* bir örnek oluşturduğunu açıkça ifade etmişlerdir.

Tabii ki reel-politik farklı şekillenince Rusya da bu durumdan yararlanmakta, Kırım sorununu Kosova örneği bazında meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Ancak tekrarlamakta fayda var ki, zaten emsal teşkil edemeyen Kosova örneği ile Kırım arasında benzerlik kurmak, somut olayın özellikleri açısından ağır insan hakları ihlallerine maruz kalan Kosova halkı ile özerkliğe sahip içsel boyutta en geniş self determinasyon hakkından yararlanan Kırım'ın Rus nüfusunu eşitlemek doğru değildir.

Bununla birlikte, uluslararası hukuka aykırılığına rağmen, tüm ülkesel konular gibi Kırım sorununun da geleceğini kestirmek kolay değildir. Özellikle Rusya'nın varlığı, Kırım sorununu iyice karmaşık hale getirmektedir. Ukrayna Rusya'ya karşı direndikçe içeride de ciddi sorunlar yaşamaya başlamıştır. Kırım'ın ardından Ukrayna'nın Rusların yoğun bir şekilde yaşadığı Donetsk, Harkov, Lugansk bölgelerinde de ayrılma yönünde eylemler baş göstermiştir. Rusya ise bu olayları bir anlamda tetikleyerek Ukrayna'ya fazla direnmemesi gerektiğine, aksi takdirde parçalanma ile karşılaşabileceğine dair gözdağı

vermektedir. Diğer bir ifade ile Rusya, Ukrayna'ya tamamen parçalanmak istemiyorsa Kırım'ın Rusya'yla birleşmesini kabul etmesi gerektiği mesajını vermektedir. Son günlerde hem Rus gazetelerinde bu yönde yazılar yayınlanmakta hem de Rus siyasetçiler Ukrayna'nın kısa vadeli çözüm yolunun federeasyona dönüşmek olduğu şeklinde demeçler vermektedirler¹⁶⁸. Tabii ki Rusya, yanı başındaki Ukrayna'nın "*merkezi hükümetin kendi ülkesinde etkin kontrolü sağlayamadığı, devlet organlarının kurumsal ve işlevsel anlamda otorite kaybına uğradığı veya iç savaşın yaşandığı devlet modeli*" diye nitelendirilen "*başarısız devlet*"¹⁶⁹ kategorisine girmesini istememektedir. Rusya, Ukrayna'da kendi politikaları ile uyumlu bir iktidarın oluşmasına ulaşırsa yumuşama göstermeye başlayacaktır. Bu anlamda Rusya, Ukrayna'daki konumunu biraz daha sağlamlaştırarak ve sadece Kırım'ı kendi ülkesine katarak sorunun daha fazla büyümeden çözümlenmesini isteyecektir. Rusya, doğalgaz politikasını kullanarak bu durumu Batıya da kabul ettirmeye çalışacaktır. Soğuk Savaş döneminin bitmesine rağmen yakın çevre politikasını genel hatları ile günümüzde de devam ettiren Rusya açısından en temel sorun, Ukrayna'da NATO'nun veya AB'nin etkin olmasını önlemektir.

Kırım ve genelde Ukrayna sorunu açısından Rusya'ya bölge devletlerinden pek fazla tepki gelmedi ve gelmesi de beklenmemektedir. Eski SSCB mekânı açısından bakıldığında, Ukrayna ile yakın ilişki içerisinde olan Azerbaycan ve Gürcistan dışındaki devletlerin, özellikle Rusya'ya ekonomik ve askeri anlamda bağımlı olan Ermenistan, Beyaz Rusya, Kazakistan, Özbekistan gibi ülkelerin Rusya'nın Kırım konusundaki tutumunu desteklediği veya sessiz kaldığı söylenebilir¹⁷⁰. Ukrayna ile yakın ilişkileri bulunan Azerbaycan'ın ayrıca Dağ-

¹⁶⁸ Rusya Dışişleri Bakanı *Lavrov*'un Ukrayna için çözümün federal sistem olduğu yönündeki demeci ile ilgili bkz. Anadolu Ajansı, 16 Nisan 2014, <<http://www.aa.com.tr/tr/haberler/314398-ukrayna-icin-cozum-federal-sistem>>

¹⁶⁹ Tanım ve başarısız devlet kavramına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma **TAŞDEMİR**: Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 32-48.

¹⁷⁰ Nitekim Ukrayna'nın ülkesel bütünlüğüne atf yapan 24 Mart 2014 tarihli 68/262 sayılı BM Genel Kurulu Kararı'nın oylaması sırasında Ermenistan ve Beyaz Rusya, Rusya ile birlikte aleyhte oy kullanırken, Kazakistan ve Özbekistan çekimser kalmışlardır. Bkz. *UN General Assembly, Sixty-eighth session, 80th plenary meeting, Thursday, 27 March 2014, Official Records*. s. 21. **UN Doc. A/68/PV.80**.

lık Karabağ sorunu nedeniyle de Kırım'ı tanıması mümkün değildir. Gürcistan ise hem Abhazya sorunu hem de Rusya'nın çevre politikaları nedeniyle Kırım'ı tanımayacaktır. Rusya'nın Kırım'ın bağımsızlığı konusundaki ısrarına, ekonomik destek verdiği Orta Doğu, Latin Amerika ve Afrika devletlerinin bazıları ise büyük ihtimalle katılacaktır.

Rusya'ya en ciddi tepki ABD ve AB'den gelmektedir. Ancak uluslararası toplumda fazla destek bulamayan ABD veya AB'nin güç kullanmaktan yana tercih yapmayacakları da açıktır. Zaten kısa bir zaman önce AB ile görüşmeler için Brüksel'e giden ABD Başkanı Barak Obama, Kırım konusunda Rusya'ya karşı güç kullanılmayacağını, dolaylı olarak Kırım'ın Rusya'nın kontrolünde kalmaya devam edeceğini kabul etmiştir¹⁷¹. Bölgede ABD ve AB'nin de içinde olduğu bir silahlı çatışmanın yaşanması, Kırım Tatarlarının hakları konusunda hassasiyet göstermekle birlikte boğaz devleti olan ve yaşanacak muhtemel çatışmalardan olumsuz etkilenecek Türkiye'nin de isteyeceği husus değildir.

Aslında *de facto* duruma bakıldığında, Kırım sorununda Rusya'nın bir adım önde olduğu görülmektedir. Rusya hamlesini yapmış ve Kırım'ı ülkesi ile birleştirmiştir. Artık hamle sırası Ukrayna ve Ukrayna'yı destekleyen devletlere gelmiştir. Ukrayna'nın direnci ve yapılacak görüşmeler Kırım sorununda Rusya'ya geri adım attırarak mı sorusu önümüzdeki günlerde daha da netleşecektir. Ancak şu bir gerçek ki, Rusya'nın Enerji kapısı ve yakın çevresindeki etkinliğini koruma adına Ukrayna yönetiminde etkin olma sevdasından ve özellikle de Kerç Boğazı, Azak-Karadeniz bağlantısı ve Karadeniz'e hâkimiyeti nedeniyle de Kırım'dan kolayca vazgeçmesi mümkün gözükmemektedir.



¹⁷¹ Bkz. Hürriyet Gazetesi, 27 Mart 2014, <<http://www.hurriyet.com.tr/dunya/26092686.asp>>

KAYNAKÇA

ABDULLAHZADE Cavid: *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ALPKAYA Gökçen: “*Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Azınlıklara İlişkin Bazı Gelişmeler*”, *TODAİE İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, S. 1, 1992, s. 147-176.

ARAL Berdal: “*Kollektif bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı*”, *TODAİE İnsan Hakları Yıllığı*, C. 21, S. 1, 1999-2000, s. 109-120.

ARSAVA Ayşe Füsün: *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi Işığında İncelenmesi*, A.Ü. S. B. F Yayınları, Ankara 1993.

ARSAVA Ayşe Füsün: “*Selfderermination Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu*”, Seha L. Meray'a Armağan, C. 1, A. Ü. S. B. F. Yayınları: 465, Ankara 1981, s. 55-67.

ARSAVA Ayşe Füsün: “*Kosova, Abhazya, Güney Osetya ve Uluslararası Ayrılma (Secession) Hakkı*”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt 8, Sayı 29, 2012, s. 1-22.

AVTUR Sanem: “*Kongo Krizi Hakkında Bir Değerlendirme*”, *Beykent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 3, 2009, s. 126-146.

BAYILLIOĞLU Uğur: “*Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?*”, *TBB Dergisi*, 2011(92), s. 287-311.

BRILMAYER Lea: “*Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*”, *16 Yale J. Int'l L.* 177 (1991), s. 177-202.

BROWNLIE Ian: *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York 2008.

CASSESE Antonio: *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford 1988.

CASSESE Antonio: *Self-determination of Peoples*, Cambridge University Press, New York 1995.

CİCİOĞLU Filiz: “*Abhazya Cumhuriyeti’nin Yasal Statüsünün Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*”, s. 499-507, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>

CRAWFORD James: *The Creation of States in International Law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford 2006.

ÇAKMAK Cenap: “*Rusya’nın Güney Osetya Politikası, Neo-Self Determinasyon ve UCM’nin Rolü*”, Bilge Strateji- Jeopolitik, Ekonomi-Politik ve Sosyo-Kültürel Araştırmalar Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 71-100.

CAVUŞOĞLU Naz: *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, 2. Baskı, Bilim Yayınları, İstanbul 2001.

ÇAYCI Sadi: “*Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Çeçenistan’daki Durum*”, Stratejik Analiz, Nisan 2005, s. 67-71.

DOĞAN İlyas: “*Siyasal Bir İlke Olarak halkların Kendi Geleceğini Belirleme İlkesine Devletler Hukuku Açısından Bakış*”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 9, Sayı 1-62, Mart 2006, s. 1-11.

DUURSMA C. Jorri: *Fragmentation and the International Relations of Micro-States, Self-determination and Statehood*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

EISNER Michael: “*A Procedural Model for the Resolution of Seccessionist Disputes*”, 33 Harv. Int’l. L. J. 407 (1992), s. 407-426.

ГАЛИМОВА Наталья: “*Крым Между Абхазией и Шотландией*”, <http://www.gazeta.ru/politics/2014/03/06_a_5938745.shtml>

GÜNDÜZ Aslan (Ed. Reşat Volkan GÜNEL): *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş* 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

GÜNDÜZ Aslan: *Security and Human Rights in Europe, The CSCE Process*, University of Marmara European Community Institute, Istanbul 1994.

İNALCIK Halil: İslam Ansiklopedisi, “Kırım” maddesi, Kırım Hanlığı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayını, Cilt 25, Ankara 2002, s. 450-458.

KARAOŞMANOĞLU L. Ali: “*Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi*”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Savaş ve Barış, Yıl 6, Sayı 24, 2003, s. 147-157.

KILINÇ Doğan: “*Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi*”, G.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 949-982.

KIRIMLI Hakan: İslam Ansiklopedisi, “Kırım” maddesi, Rus İdaresi Dönemi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayını, Cilt 25, Ankara 2002, s. 458-465.

КОЛЬЦЕ Пол: “*Между Косовом и Крымом есть существенная разница*”, <[http:// www.pravda.ru/news/world/04-04-2014/1203358-kolsto-0/](http://www.pravda.ru/news/world/04-04-2014/1203358-kolsto-0/)>

KOSKENNIEMI Martti (Çev. Mesut Hakkı ÇAŞIN): “*Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları*”, G. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 287-311.

KRÜGER Heiko: *The Nagorno-Karabakh Conflict-A Legal Analysis*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2010.

KRÜGER Heiko: “*Implications of Kosovo, Abkhazia and South Osetia for International Law: The Conduct of the Community of States in Current Secession Conflicts*”, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol. 3(2), Spring 2009, s. 121-142.

KURUBAŞ Erol: “*Kuzey Irakta Olası bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self Determinasyon Sorunu*”, A. Ü. S. B. F. Dergisi, C. 59, S. 3, 2004, s. 147-179.

KÜTÜKÇÜ Akif: “*Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri*”, S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 12, 2004, s. 259-276.

MEESTER H. Daniel: “*Remedial Secession: a Positive or Negative Force for the Prevention and Reduction of Armed Conflict?*”, *Canadian Foreign Policy Journal*, Vol. 18, No. 2, June 2012, s. 151-163.

MUSAYEV F. Tofig: “*Advisory Opinion of the International Court of Justice on Kosovo and the Nagorno-Karabakh Conflict: Comparative Analysis*”, <<http://azambassade.fr/tinytce/uploaded/sehifeler/Qarabag/Analyse%20comparative.pdf>>

MUSGRAVE D. Thomas: *Self-Determination and National Minorities*, Oxford University Press, Oxford 1997.

NOLTE Georg: “*Secession and External Intervention*” in Marcelo G. KOHEN (ed.), *Secession, International Law Perspectives*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 65-93.

PAZARCI Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

POMERANCE Michla: *Self Determination in Law and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London 1982.

POTIER Tim: *Conflict in Nagorno Karabakh, Abkhazia and South Ossetia-A Legal Appraisal*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2001.

РОБЕРТС, Пол Крейг: “*После Референдума в Крыму Проблемы России Только Начались*”, <<http://www.pravda.ru/news/world/formerussr/ukraine/18-03-2014/1199932craig -0/>>

SHAW N. Malcolm: “*Peoples, Territorialism an Boundaries*”, 3 EJIL 1997, s. 478-507.

ŞÖHRET Mesut: “*Uluslararası Hukukta Diplomatik Tanıma: Güney Osetya ve Abhazya'nın Mevcut Statüsü*”, s. 520-553, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>

TAŞCI Tekin Aycan: “*Güney Osetya Sorununun Yerel ve Bölge Açısından Analizi*”, s. 663-672, <<http://www.bilgesam.org/tr/images/stories/kitaplar/icc.pdf>>

TAŞDEMİR Fatma: *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

THORNBERRY Patrick: *International Law and the Rights of the Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1992.

TOLUNER Sevin: *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

TOMUSCHAT Christian: “*Secession and Self-Determination*”, in Marcelo G. KOHEN (ed.), *Secession, International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 23-45.

TOPAL Ahmet Hamdi: “*Kırım İşgali ve Uluslararası Hukuk Krizi*”, DÜBAM-Dünya Bülteni, 12 Mart 2014.

TOPAL Ahmet Hamdi: “*Uluslararası Hukuk Açısından Kırım’ın İlhakı ve Self Determinasyon Hakkı*”, Star Gazetesi, 23 Mart 2014.

UZ Abdullah: “*Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı*”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, C. 3, No. 9, 2007, s. 60-81.

1963 ANKARA ANLAŞMASI VE SCHENGEN ANLAŞMASI: TÜRK VATANDAŞLARININ VİZESİZ DOLAŞIM HAKKI¹

*L'accord d'Ankara de 1963 et l'accord de Schengen:
la libre circulation sans visa des citoyens turcs*

*1963 Ankara agreement and Schengen agreement:
free movement of Turkish citizens*

Doç. Dr. Mehmet Rifat TINÇ, Maître de conférences*

ÖZET

Bugün Avrupa Birliği üyesi ülkelerde Türk işçi ve işverenlerine uygulanan Schengen hukuku zorunluluklarının çoğu Ankara Anlaşmasından doğan Ortaklık hukukuna aykırıdır. 1970 katma protokolü ve AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 2/76 ve 1/80 kararlarında bulunan *stand-still* hükmü, kapsam alanına giren Türk vatandaşlarına özellikle serbest dolaşım konusunda diğer yabancılardan farklı bir hukuki statü vermektedir. Buna göre hükmün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türklere uygulanan ulusal kurallar zorlaştırılmaz. Ancak, bu hükümden sonra AB ülkelerinde hayata geçmiş Schengen mekanizması ve yıllar yılı zorlaşan yabancılar kanunları, bu özel statüyü göz ardı etmektedirler. Ne ellili yıllarda ikili anlaşmalarla ne de altmışlarda Türkiye'nin katıldığı Avrupa Konseyi serbest dolaşım anlaşmasıyla uyuşan Schengen vizesi zorunlulukları *stand-still* hükmünün yasakladığı “yeni kısıtlama” olarak görülebileceklerinden itiraz konusu olabilirler. Schengen hukuk duvarındaki bu çatlak esasen Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Ankara Anlaşması ve ilgili metinleri geniş ve dinamik yorumlamasıyla mümkün olmuştur. Hollanda ve Almanya gibi bazı ülkelerde, özellikle *Soysal* kararından sonra, bu içtihadın hayata geçmeye başladığını görüyoruz. Ancak, kapsam alanına giren ve Avrupa Birliği topraklarına giriş çıkış yapan

¹ Bu makale, Avrupa Türk Avukatlar Birliği'nin desteğiyle, 24 Ocak 2014'te, Fransa'nın Strazburg kentinde yapılan “1963 tarihli Ankara Anlaşması'na göre Türk işçileri ve işverenlerinin Avrupa'da çalışma ve iş kurma hakları” konferansına gönderdiğimiz ve eski hâkim sayın Avukat Oktay NEMUTLU tarafından okunan sunumumuzdan uyarlanmıştır. Konferansın düzenlenmesinde emeği geçen herkese ve özellikle Sayın Avukat Gülcan DOYDUK'a teşekkürlerimi sunuyorum.

* La Réunion Üniversitesi, Hukuk ve Ekonomi Fakültesi (Fransa), mehmet-rifat.tinc@univ-reunion.fr

Türk vatandaşlarının sayılarının çokluğuna rağmen iç hukuklardaki itirazların azlığı, ne ABAD içtihadının ne de Anlaşma hukukunun pratikte yeteri kadar etkin kılınmadığını göstermektedir. Bu makalenin amacı, bir yandan *stand-still* kuralının uygulamada Türk vatandaşları için doğurduğu hakların önemini vurgulamak ve Schengen duvarında açtığı çatlığın boyutunu ölçmek, bir yandan da bu çatlığın genişletilebilmesi için izlenebilecek yolları belirlemektir.

RÉSUMÉ

La plupart des contraintes du droit Schengen appliquées dans les pays membres de l'Union européenne aux travailleurs et employeurs turcs sont contraires au droit d'association né de l'accord d'Ankara. La clause de *stand-still* contenue dans le protocole additionnel de 1970 et dans les décisions 2/76 et 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie, confère aux citoyens turcs un statut juridique différent de celui des autres étrangers. Selon ce statut, les règles nationales appliquées aux turcs ne peuvent être rendues plus difficiles après l'entrée en vigueur de cette clause. Toutefois, le mécanisme Schengen né après cette date et les droits nationaux devenus plus stricts d'année en année, ignorent ce statut spécifique. Or, les obligations de visa Schengen qui ne sont conformes ni aux accords bilatéraux des années cinquante ni à l'accord de libre circulation du Conseil de l'Europe auquel participe la Turquie depuis les années soixante, peuvent faire l'objet de contestations puisqu'elles peuvent être considérées comme des «*nouvelles restrictions*» interdites par la clause de *stand-still*. Cette brèche dans le mur du droit Schengen est rendue possible essentiellement grâce à l'interprétation extensive et dynamique de l'accord d'association et des textes y référant par la Cour de Justice de l'Union européenne. On remarque que, spécialement après la décision *Soy-sal*, dans des pays comme les Pays-Bas et l'Allemagne cette jurisprudence commence à trouver écho. Néanmoins, la rareté du contentieux dans les droits internes, malgré l'importance du nombre de citoyens turcs relevant du champ d'application de l'accord et traversant les frontières de l'Union européenne, montre que ni la jurisprudence de la Cour ni le droit d'association ne sont devenus très effectifs en pratique. Le but de cet article est, d'une part, de souligner l'importance des droits nés de la règle de *stand-still* au profit des citoyens turcs tout en mesurant la taille de la brèche ouverte dans le mur de Schengen et, d'autre part, de présenter les voies qui peuvent être suivies afin d'élargir ladite brèche.

Anahtar Kelimeler: Ankara Anlaşması – Ortaklık hukuku – Schengen hukuku – Vize – Türk işçi ve işverenleri – Serbest dolaşım – *Stand-still* kuralı – ATAD *Soy-sal*

kararı – ABAD 2011 *Ziebell* ve 2013 *Demirkan* kararları – 1970 Katma protokolü – AET-Türkiye Ortaklık Konseyi 2/76 ve 1/80 kararları – 1957 Avrupa anlaşması – Ulusal uygulamalar – AB Komisyonu değişiklik önerisi – AB Komisyonu yol çizelgesi – 2013 Geri kabul anlaşması

Les mots-clés: Accord d'Ankara – Droit d'association – Droit Schengen – Visa – Les travailleurs et employeurs turcs – Libre circulation – La règle de *stand-still* – L'arrêt *Soysal* de la CJCE – L'arrêt *Ziebell* de 2011 et *Demirkan* de 2013 de la CJUE – Le protocole additionnel de 1970 – Les décisions 2/76 et 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie – L'accord européen de 1957 – Les mises en œuvre nationales – La proposition de révision de la Commission européenne – La feuille de route de la Commission européenne – L'accord de réadmission de 2013



GİRİŞ

«*Beton barbar bir dil, duvar akıldışı bir ülke*»² diyor Cezayirli şair Mustafa BENFODIL ve bu şiiriyle soruyor, gelişen dünyamız, özgürlükler dünyası mıdır yoksa duvarlar dünyası mı, medeniyet ve akıl dünyası mıdır yoksa barbar ve akıldışı mı? Herhalde hepsi birden... Bir yanda durmadan artan ticari ve ekonomik ilişkiler, yükselen teknoloji, bir yanda da bu yüksek özgürlük ve refah ortamını korumak için dikilen uzun uzun beton duvarlar ve onların dikenli telleri. Eski Berlin duvarı, İsrail'deki duvarlar, Mısır ile Gazze arasındaki duvar, Fransızların birinci dünya savaşında «La ligne Maginot» adını verdikleri duvar, Nazilerin «Atlantik duvarı», İstanbul'un surları ve Çin seddi bir yana, duvarlar bugünkü hak ve özgürlükler diyarı Avrupa Birliği'ni (AB) dahi çepeçevre sarıyorlar. Türkiye'yi bugün en çok ilgilendiren, göç yollarına çizilmeye başlanan bu AB destekli duvarlardır.

«Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı» olarak kendini tanımlayan AB'nin doğrudan veya dolaylı yatırımları ile, İspanya'nın Fas'taki toprakları Çöyta ve Melila'da, 30 milyon avroya yaptırılan, son derece modern hareket ve ısı alarmlarıyla donatılmış, 8 kilometre uzunluğunda, 6 metre boyunda ve 2005

² «*Le béton est une langue barbare ; le mur est un pays irrationnel*», *LeMatin.dz* gazetesi, 20 ocak 2009.

yılında 11 göçmene mezar olmuş çifte duvar bunlara sadece bir örnek. Yunanistan'ın 3 milyon avroya yaptırdığı 150 kilometrelik Türkiye sınırının 12,5 kilometresini kaplayan ve Meriç boyunca ördüğü, Bulgaristan'ın da yapmaya başlayacağını beyan ettiği, dikenli çelik tellerden oluşan duvarlar yükselmeye başlıyorlar AB'de. Görüyoruz ki, nüfusun ve fakirliğin arttığı, doğal ve ekonomik kaynakların azaldığı dünyamızda, refah düzeyi yüksek ülkelere göç baskısı arttıkça, temel değeri özgürlük olan AB ülkelerini koruyan duvarların da enleri boyları uzunlukları ve dikenli telleri de artacak. Ama refah düzeyinin korunması için alınan önlemler bu fiziki duvarlarla sınırlı değil. Onlardan daha eski ve belki de daha yüksek, daha geçilmez ve daha etkili olan hukuk duvarları uzun zamandır AB'yi çepeçevre koruyorlar. Bu duvarlardan Türk vatandaşlarını belki de en yakından ilgilendireni, Vize, Sığınma ve Göç politikaları adı altında, 1992 yılında kurulan Avrupa Birliği'nin üçüncü ayağı iken, 1997 Amsterdam antlaşmasıyla topluluk hukukuna katılan Schengen duvarıdır.

Bilindiği gibi bu duvarın temeli, 1985 yılında Lüksemburg'un Schengen kentinde ilk olarak Fransa, Almanya ve Benelux ülkeleri – Belçika, Hollanda ve Lüksemburg – arasında imzalanmış bir anlaşmaya dayanmaktadır³. Bu anlaşmayla 5 taraf ülke, aralarındaki sınır kontrollerini tamamen kaldırmaya ve bu kontrolleri ortak dış sınırlarına taşımaya karar vermişlerdir. Bir başka deyişle artık bu ülkeler arasında sınır kontrolü olmayacak, Schengen topraklarında yaşayan yerli yabancı neredeyse herkes, taraf ülkeler arasında serbestçe gidip gelecek, ve fiziki sınır kontrolleri bu ülkelerin diğer ülkelerle olan sınırlarına taşınacaktır. Özetlemek gerekirse, içeride tamamen serbest dolaşım dışarıda ise Schengen duvarı olacaktır.

Ne bu anlaşma ne de onun uzantısı olan 1990 Schengen Uygulama Sözleşmesi⁴, AB hukuku olarak doğdular. O zamanın Avrupa ekonomik topluluğu (AET) 12 üye devleti, aralarında mutabakat kuramadıkları için, Schengen kuralları AB hukuku dışında, sade bir uluslararası anlaşma mekanizması olarak 26 Mart 1995 tarihinde hayata geçti. Ancak bu tarihten iki yıl sonra 2 Ekim

³ *AB Resmi Gazete*, n° L 239, 22 Eylül 2000, s. 13-18.

⁴ *AB Resmi Gazete*, n° L 239, 22 Eylül 2000, s. 19-62.

1997'de Amsterdam Antlaşması ile Schengen mekanizması AB hukukuna katıldı⁵. 1999'dan beridir de bu kurallar AB kuralları olarak, Schengen alanına en fazla 3 ay süreli girişler için uygulanmaktadır. Bu alan ne AB'nin bütününe, ne de sadece AB üye devletlerini kapsamaktadır. Üye devletlerin sadece 22'sinde Schengen kuralları uygulanırken, AB dışı 4 ülke bu mekanizmaya katılmıştır. Fakat Türk vatandaşlarına uygulanan vize kurallarının pratik yönleri açısından sadece AB üyesi Schengen ülkeleri önem teşkil etmektedir. AB üyesi olmayan Schengen ülkeleri – 1999 yılından beri Schengen'e üye İzlanda ve Norveç, 2008'den beri üye İsviçre ve 2011'den beri üye Lihtenştayn Prensiği, 1963 Ankara ortaklık anlaşmasına taraf olmadıklarından, bu ülke konsolosluklarına vize için başvuran vatandaşlarımız, Ankara Anlaşması hükümlerinden faydalanamazlar. Demek ki, Türk vatandaşlarının serbest dolaşımaları açısından hukukçuları ilgilendiren, Ankara Anlaşması hükümlerinin geçerli olduğu 22 AB üyesi "Schengen devleti" 'dir. Bu bağlamda, 1985'te, adı geçen beş kurucu ülkenin – Fransa, Almanya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un – yanı sıra, 1990'da İtalya, 1991'de İspanya ve Portekiz, 1992'de Yunanistan, 1995'te Avusturya, 1996'da Danimarka, Finlandiya ve İsveç, daha Schengen AB hukuku olmadan bu mekanizmaya katılmışlardır. Schengen AB hukuku olduktan sonra da yeni AB üyelerinin çoğunluğu mekanizmaya kabul edilmiştir: 2004'te Estonya, Macaristan, Letonya, Litvanya, Malta, Polonya, Slovakya ve 2007'de de Slovenya ve Çek Cumhuriyeti Schengen bölgesine katılmışlardır. AB'ye en son katılan Hırvatistan da, Schengen'e 2015 yılında girecektir. AB üyesi, İrlanda, İngiltere, Kıbrıs, Bulgaristan ve Romanya henüz Schengen'e katılmamışlardır. İlk üç ülke sınırlarındaki egemenliklerini korumak için kendileri Schengen'e girmeyi reddederken, Bulgaristan ve Romanya bu kontrollerin yetersizliğinden Schengen ülkeleri tarafından şimdilik reddedilmişlerdir. Ancak, bu beş ülke Schengen'e katılmamış da olsalar AB üyelikleri nedeniyle bütün AB mevzuatını kabul etmiş oluyorlar ki buna 1963 Ankara ortaklık anlaşması da dâhildir. Bir başka deyişle, bu anlaşma, İngiltere ve İrlanda'da 1973'ten beri, Romanya ve Bulgaristan'da da 2007'den beri yürürlüğe girmiştir. Schen-

⁵ Bkz., «Acquis Schengen'i AB'ye entegre eden 2 numaralı protokol», Fransızca versiyonu için, F-X. Priollaud ve D. Siritzky, *Traités européens après le traité de Lisbonnes, Textes comparés*, Paris, 2012, 2. Baskı, *La documentation Française*, s. 306.

gen toprağı olmasalar da Türk vatandaşlarının serbest dolaşimleri açısından bu ülkeler de dikkate alınmalıdır, çünkü Avrupa Birliğı Adalet Divanı (kısaca ABAD)⁶ içtihadının da gösterdiği gibi, Ankara Anlaşması, Schengen olsun olmasın Türk vatandaşlarına örülen hukuki her türlü duvarın üstünden geçebilen bir köprü olabilmektedir. Anlaşmaya, Schengen duvarı örneğinden yaklaşılmadaki amaç AB hukukunun içindeki bu karşıt iki mekanizmayı nasıl bağdaştırabildiğini göstermekten ibarettir. İşte bu durumu, yani Ankara ve Schengen hukuklarının uygulamada yarattıkları sorunları irdelemek içinse bu iki AB sisteminin içeriğini kısaca hatırlatmak gerekmektedir.

Schengen hukuku yukarıda da belirtildiğı gibi taraf ülkeler arasındaki sınır kontrollerinin tamamen kaldırılıp, ortak standartlar belirlenerek Schengen bölgesinin dış sınırlara taşınmasını öngörmektedir. Buradaki amaç, AB'nin de temel hedefleri içinde olan “tek pazar” ı layığıyla gerçekleştirebilmektir; bölge içi kişi, mal, hizmet ve sermaye dolaşimlarını tamamen özgürleştirmektir. Bu iç dolaşımdaki özgürlük tabi ki bölgeye giriş çıkışlarda ortak politikalar gerekli kılmıştır. Bu bağlamda Schengen ülkeleri ortak bir vize politikasının yanı sıra, emniyet güçleri ve yargı sistemleri arasında da çeşitli işbirlikleri kurmuşlardır. Aynı şekilde, Schengen Bilgilendirme Sistemi (SIS) ve Frontex gibi illegal göçle mücadele için ve sınır giriş-çıkışlarını sıkı kontrol altında tutan ortak mekanizmalar kurulmuştur. Bu “Schengen duvarı” her ülke vatandaşını ilgilendirmemektedir. Amerika Birleşik Devletleri veya Avrupa ekonomik alanı devletleri gibi bazı ülkelerin vatandaşları Schengen zorunluluklarından muaf tutulmuştur. Bu zorunluluklar genellikle ülkemiz gibi gelişmekte olan ya da üçüncü dünya ülkeleri diye adlandırabileceğimiz ülke vatandaşlarını ilgilendirmektedir. Ancak, Türkiye'nin Schengen duvarı karşısındaki durumu diğer bütün bu ülkelerinkinden farklıdır. Bu farklılığın üç nedeni vardır.

⁶ 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon antlaşması ile eski Avrupa Topluluğı Adalet Divanı (ATAD), Avrupa Birliğı Adalet Divanı (ABAD) adını almıştır. Bu makalede ABAD adı kullanılacaktır ancak kararlara yapılan atıflar sözü geçen tarihten önceki kararlar için ATAD, sonrakiler için ise ABAD adı altında yapılacaktır. Kararların resmi Fransızca versiyonlarının yayınlandığı Avrupa Birliğı Kararlar Dergisi'ne ise kısaca *AKAD* olarak atıf yapılacaktır. Henüz *AKAD*'da yayınlanmamış kararlar için AB resmi Internet sitesi *Eur-Lex* kullanılabilir.

Birincisi, sosyal nedendir. Türkiye AB'ye en çok vatandaş göndermiş ve gönderen ülkelerden biridir. Tarihi ve ekonomik sebeplerden dolayı bugün milyonlarca Türk vatandaşı Avrupa'da yaşıyor veya AB ülkelerine gidip geliyor. İkinci neden jeopolitiktir. Türkiye Avrupa ile Asya arasında kelimenin tam anlamıyla bir köprü. Batı ile doğu, kuzey ile güney medeniyetleri arasında bir eşik. Bu stratejik eşik nüfusuyla, boyutlarıyla ve konumuyla AB politikalarında, Schengen'e tabi diğer ülkelere nazaran, daha farklı bir durumdadır. Bu ülkelerden ve hatta bazı konularda Romanya ve Bulgaristan gibi bugünkü AB üyesi devletlerden bile, AB'yle daha yakın bir ilişkidir. Bunun en güzel kanıtı, üçüncü ve en son neden olarak gösterebileceğimiz hukuki neden olan Ankara ortaklık anlaşmasıdır. 1963 yılında zamanın Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan ve 1964'te yürürlüğe giren bu Anlaşma'nın eşi benzeri yoktur. Mesela Fas gibi diğer ülkelerle yapılan işbirliği anlaşmalarından, ABAD'ın da deyimiyle, daha «yüksek emelleri olan»⁷, AB ile daha ileri ölçüde yakınlaşma sağlayan bir anlaşmadır. Zaten anlaşmanın da kendi hükümlerinde belirtildiği gibi, Türkiye'yi Avrupa bütünleşme sürecine (yani entegrasyona), bir başka deyişle tam üyeliğe hazırlayan bir anlaşmadır⁸.

Bu anlaşmanın Türkiye ve Türk vatandaşları için önemi çok büyük. Ancak bu gerçek sadece son yıllarda, özellikle de ABAD'ın 2009 yılında verdiği *Soy-sal* kararından sonra anlaşılmaya başlandı⁹. Oysa 1963'te imzalanan ve 1964'te yürürlüğe giren Ankara ortaklık anlaşması yalnızca kişi serbest dolaşımını ilgilendirmemektedir. Türkiye'yi gümrük birliğine katmanın yanında, AB'nin kalbi olarak nitelendirebileceğimiz «iç pazar» içinde de Türk vatandaşlarına bazı haklar tanımıştır. «Tek pazar» veya «ortak pazar» olarak da sıfatlandırılan bu serbestlik alanını oluşturan, kişi, hizmet ve sermaye dolaşımına, tam olmasa da, Türkiye'ye de dâhil edilmiştir. Demek ki vizesiz dolaşım konusu Ankara Ortaklık anlaşmasının yalnızca küçük bir bölümünü ilgilendirmektedir. Yine de, Schengen mekanizmasının Türk vatandaşları açısından yarattığı

⁷ ATAD, 30 Temmuz 2004, *Engin Ayaz*, C-275/02, *AKAD*, s. I-8792, prgf. 47. Bu kararda, hukuk sözcüsünün görüşü de aynı doğrultuda olmuştur, bkz. 25 Mayıs 2004 tarihli görüş, *AKAD*, s. I-8767, prgf. 71 ve özellikle 39 numaralı dipnot, s. I-8786.

⁸ Ankara Anlaşması başlangıç bölümü, 2. paragrafı ve 28. maddesi.

⁹ ATAD, 19 Şubat 2009, *Soy-sal*, C-228/06, *AKAD*, s. I-1031.

zorlukların artmasıyla, Anlaşma hukukunun toplumumuzda en çok ilgi uyandıran kısmı hâliyle dolaşım serbestisi olmuştur. Bu nokta da şunu hatırlatalım ki sözü geçen serbestinin hukuki dayanakları Anlaşma'nın yalnızca kendisi değil, 1970 tarihli katma protokolü ve AET-Türkiye Ortaklık Konseyinin 1976 ve 1980 tarihli kararlarıdır¹⁰. Bu mevzuatlardan ilki avukatlar, doktorlar, bankacılar, taşımacılar gibi hizmet ve serbest meslek sahiplerini, ikincisi de maaşlı işçileri ve ailelerini ilgilendirmektedir.

Uzun yıllar boyunca ABAD, anlaşmadan ve sözü geçen bu metinlerden yola çıkarak Türk vatandaşlarına AB hukukundan önemli ölçüde yararlanma hakkı sağlamıştır. Bugün elbette ki 8 Aralık 2011 *Ziebell*¹¹ ve özellikle de Büyük Daire'nin verdiği 24 Eylül 2013 *Demirkan*¹² kararları düşündürücüdür ve içtihadta bir yorum değişikliğine gidilmeye başlandığını, artık ortaklık hukukunun daha sıkı ve kısıtlayıcı şekilde yorumlanabileceğini göstermektedir¹³. Daha sonra detaylı olarak bahsedeceğimiz bu son gelişmelere rağmen, ABAD'ın içtihadı genel olarak Türk vatandaşlarının ortaklık hukukundan edindikleri hakların genişletilmesine son derece büyük katkılarda bulunmuştur. Konu hakkındaki ilk 1987 *Demirel* kararından¹⁴ bugünkü en son 7 Kasım 2013 tarihli *Demir* kararına kadar baktığımızda¹⁵, Adalet Divanı'nın anlaşmayı ve anlaşmayı temel alan birincil ve ikincil hukuku olabildiğince geniş yorumlayarak Türk vatandaşlarına bugün «ara statü» diyebileceğimiz hukuki özel bir statü vermiştir. Öyledir ki, bugün Türk vatandaşları, Avrupa vatandaşlarınkiler kadar geniş olamasa da, Schengen'e tabi AB dışı bir yabancı ülke vatandaşına nazaran, daha önemli dolaşım hak ve özgürlüklerine sahiptirler. Son kısıtlayıcı yorumları bir kenara bırakırsak, ABAD yorumlarıyla Ankara Anlaşmasından gerçek bir «hukuk sistemi» yaratmış ve bu sistemi, analogik yorum ilkesi diye adlandırabileceğimiz

¹⁰ Bu belgelerin Fransızca versiyonları için, *Accord d'association et protocoles CEE-Turquie et autres textes de base*, Bruxelles, 1992, *OPOCE*. Konu ile ilgili belgelerin Türkçe versiyonları TC. Dışişleri Bakanlığı'nın İnternet sitesinde (<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ve-Avrupa-birligi.tr.mfa>) mevcuttur.

¹¹ ABAD, C-371/08, *AKAD*, s. I-12752.

¹² ABAD, C-221/11, henüz *AKAD*'da yayınlanmadı.

¹³ Mesela *Ziebell* kararı üzerine bkz., V. Michel, «Différenciation nette du citoyen européen et du ressortissant d'État tiers associé», *Europe* 2012, Şubat, comm. n° 2, p.26.

¹⁴ ATAD, 30 Eylül 1987, 12/86, *AKAD*, s. 3719.

¹⁵ ABAD, 225/12, henüz *AKAD*'da yayınlanmadı.

dinamik bir teknikle, mümkün olduğu kadar kurucu AB antlaşmalarının yarattığı hukuk sistemine yakın hale getirmiştir. Bu şekilde, ayrımcılığın yasaklanması, iş arama ve değiştirme özgürlüğü, yeni kısıtlamaların yasaklanması gibi, ortaklık hukuku mevzuatının en can alıcı hükümlerine «doğrudan etki» özelliği tanımış, böylece kişilerin bu hukuktan doğan haklarını doğrudan mahkemeler önünde aramalarını mümkün kılmıştır. Yine bu şekilde, mevzuatta sözü geçen kavramları geniş yorumlayarak, haklardan yararlanabilecek vatandaş kategorisini de olabildiğince açık tutmuştur. Asıl konumuza odaklanacak olursak, yine bu analojik, geniş ve dinamik yorum tekniğini kullanarak, AB hâkimi Türk vatandaşlarına vize veya oturma izni mevzuatlarında yapılan bazı ayrımcılıkları ve kısıtlamaları engellemiştir. Bunun en güzel örneğini bahsi geçen *Soysal* kararında gördük¹⁶. Bu içtihat, üye devlet hâkimleri tarafından da uygulanmaya başlamış, özellikle de Hollanda ve Almanya'da bu noktada önemli adımlar atılmıştır¹⁷.

Bugün Türk vatandaşlarının bu ara statüsü Schengen duvarının da yavaş yavaş aşılmaya başlamasını tetiklemektedir. Bu da ortaklık hukuku yoluyla olmaktadır. Ancak, Türklere uygulanan giriş-çıkış ve oturma kısıtlamaları duvarlarında, özellikle de Schengen duvarında oluşan çatlakların hukuki temellerini analiz etmeden, o temellerin ne gibi bir yorum ve uygulama potansiyeli içerdiklerini belirlemeden, bu değişimin önemini kavramak mümkün değildir. Bu nedenle, Schengen duvarındaki çatlakların önce AB-Türkiye ortaklık hukukundaki temellerini (I), daha sonra da Türk vatandaşlarının dolaşım hakları açısından, boyutlarını incelemek gerekmektedir (II).

I. Schengen duvarındaki çatlakların hukuki temelleri

Schengen vize duvarında, *Soysal* kararıyla, Türk vatandaşlarının yararına açılan gediğin temelleri ortaklık hukuku mevzuatındaki *stand-still* hükümleridir. Bu hükümleri yakından incelemeyen önce, belirtelim ki Schengen olsun olmasın, kişilerin dolaşım serbestliklerini kısıtlayan hukuk duvarlarında bu hü-

¹⁶ İ. Göçmen, "To Visa or Not to Visa: That Is the (Only) Question, or Is It?", *Legal Issues of Economic Integration*, 2010, s. 149-162.

¹⁷ Rechtbank's-Gravenhage, 14 Şubat 2011, sayı AWB 10/6045; Verwaltungsgericht sayı M 23 K 10.1983.

kümler tek başlarına çatlak oluşturmamışlardır. Bu, yukarıda da altı çizildiği gibi ancak ABAD'ın yorumları ile mümkün olmuştur. Demek ki, ortaklık mevzuatının oluşturduğu yazılı hukukun *stand-still* hükümlerinin yanında (A), bu hükümlerin analogik ve geniş yorumlarını içiren ABAD içtihadını da yakından incelemek uygun olacaktır (B). Çatlakların biri yazılı diğeri sözlü bu iki hukuk temelini ayrı ayrı tanıtalım.

A. *Stand-still* hükmü

Statu quo, yani «*mevcudun korunması kuralı*»¹⁸ ya da «*dondurma kaydı*»¹⁹ olarak da tanımlayabileceğimiz *stand-still* kuralı, ortaklık hukukunun çeşitli metinlerinde bulunmaktadır. Bu metinler, iç pazara bağlı bütün dolaşım özgürlükleri ile ilgilenmektedirler. Öyle ki, eğer bu iç pazarı, AB bütünleşme hukukunun kalbi olarak düşünürsek, bu kalbin dört kapakçığı gibi görebileceğimiz mallar dolaşımı, kişi dolaşımı, hizmet serbestisi ve sermaye dolaşimleri, ortaklık anlaşması kapsamına girmektedir ve her biri *stand-still* kurallarıyla donatılmışlardır. Mallar dolaşımında, Ankara Anlaşmasına katma protokolün 22. maddesi, «*miktar kısıtlamaları ve eş etkili tedbirler*» alanlarında, 30. maddesinin 2. fıkrası ise hem «*ticari nitelik taşıyan milli tekeller*», hem de gümrük vergileri ve miktar kısıtlamaları alanlarında her türlü yeni ulusal tedbiri yasaklamışlardır. Sermaye dolaşımı konusunda ise, yine 1970 katma protokolünün 52. maddesi, «*sermaye hareketlerine ve bu hareketlere ilişkin cari ödemelere zarar verecek yeni kısıtlamalar*»'ı yasakladığı gibi, protokole taraf ülkeleri «*mevcut rejimi daha kısıtlayıcı hale getirmemeye çaba göster[mekle]*» yükümlü kılmıştır. Demek ki *stand-still* kuralı, bugün bizi ilgilendiren kişi ve hizmet dolaşimleri konusunun çok ötesinde, bütün iç pazarı içine alan geniş bir çerçeveyi içermektedir. Bu kuralın inceliklerini tartışırken, ortaya koyacağımız bilgilerin mallar ve sermaye dolaşimleri için de geçerli olabileceğini, vatandaşlarımızın bu konularda da herhangi bir ayrımcılık ya da yeni kısıtlamaya tabi tutulamayacaklarını belirtelim.

¹⁸ TC. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Avrupa Birliği Terimler Sözlüğü*, Ankara, *Matus Basımevi*, 2009, s. 54.

¹⁹ *Ibid.*

Ancak, kişi ve hizmet dolaşımları konusunda dikkate alınacak ilk metin, daha önce de bahsettiğimiz ve birincil hukuk değeri olan, 1 Ekim 1970 katma protokolüdür. Bu protokolün 41. maddesinin 1. fıkrasında adı geçen «yeni kısıtlama yasağı», yerleşim ve hizmet özgürlüklerini kapsamaktadır. Yerleşim özgürlüğü bilindiği gibi serbest meslek sahiplerinin buldukları ülkeden bir başka ülkeye daimi olarak yerleşmesi, ya da ana veya temsili bir iş yeri açması durumudur²⁰. Bir başka deyişle avukat, doktor, mimar gibi bir serbest meslek sahibinin veya bir şirketin, bir ülkeden diğer bir ülkeye tam zamanlı olarak yerleşmesi ya da orada tam zamanlı ve yerleşik şube/ajans açması halidir. Hizmet özgürlüğünde ise bir hizmet verenin aktivite merkezinin bulunduğu bir ülkeden, o merkezi taşımadan, kısa zamanlı olarak veya verilen hizmet zamanı boyunca, diğer bir ülkeye gitmesi söz konusudur²¹.

Yerleşim ve hizmet özgürlüklerinden başka, *stand-still* kuralı maaşlı dediğimiz işçileri de ilgilendirmektedir. Ancak bu kapsamda uygulanan mevzuat, 1970 katma protokolü değil, yalnızca ikincil hukuk değerindeki AET-Türkiye Ortaklık Konseyi kararlarıdır. Söz konusu iki karar vardır. Bunlardan birincisi 20 Aralık 1976 tarihli 2/76 sayılı karar, ikincisi ise 19 Eylül 1980 tarihli 1/80 sayılı karardır. Birinci kararın 7. maddesi *stand-still* hükmünü sadece işçi hak ve özgürlükleri açısından beyan ederken, ikinci kararın 13. maddesi bu hükmün içine hem işçi hem de işçi aileleri hak ve özgürlüklerini katmıştır. İlk önce bu kuralların genel tanımını (1) ve sonrasında da Türk işçi, işveren ve şirketleri için ne gibi haklar içerdiklerini incelemekte yarar vardır (2).

1. Hükmün tanımı

Stand-still hükmü, bu hükmün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren taraf ülke vatandaşlarının hak ve özgürlüklerine hiçbir yeni kısıtlamanın yapılamayacağını öngören bir hukuk kuralıdır. Bu tanıma göre, hükmün yürürlüğe girdiği AB ülkeleri, bu tarihte Türk vatandaşlarına hangi kuralları uyguluyorduysalar, bu tarihten sonra da o kuralları devam ettirmelidirler, daha doğrusu, en azından var olan hak ve özgürlükleri yeni kısıtlamalarla sınırlandırmamalıdır.

²⁰ ATAD, 30 Kasım 1995, *Gebhard*, C-55/94, *AKAD*, s. I-4165.

²¹ ATAD, 3 Aralık 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74, *AKAD*, s. 1299.

Aynı şekilde Türkiye de, AB vatandaşlarına söz konusu tarihten itibaren yeni kısıtlamalar getirmemekle yükümlü olmuştur. Bu nokta, konumuz dışında kalsa bile çok önemlidir. Malum, Türk akademisyen ve avukatları, öncelikle Türk vatandaşlarının AB ülkelerindeki hak ve özgürlükleri ilgilendirmektedir. Ama bu pek doğru bir tutum değildir. Türkiye’de yaşayan ve ortaklık hukuku hak ve özgürlükleri kapsamına giren yüzlerce, belki de binlerce, AB vatandaşı işçi, işveren ve şirketin maruz kaldıkları hak ihlallerini ihmal etmemek gereklidir. Fakat konumuz “Türk işçi ve işverenleri” ile sınırlı olduğundan sadece Türk vatandaşları açısından *stand-still* kuralını inceleyeceğiz. Elbette bu sırada, bahsi geçen kaidelerin, AB vatandaşı işçi, işveren ve şirketlerinin Türkiye’de yaşadıkları sıkıntılar için de geçerli olabileceğini aklımızdan çıkarmayalım, çünkü *stand-still* kuralı, diğer bazı hükümlerin tersine, işçi ve işverenin milliyetine göre farklı haklar doğurmamaktadır. Her taraf ülke vatandaşı için aynı *statu quo* hakkını öngörmektedir.

2. Hükümün doğurduğu haklar

ABAD’ın 2007 *Tum ve Dari*²² kararından beridir sürekli belirttiği gibi, hüküm kendi başına doğrudan bir hak doğurmamaktadır. Bu konuda Adalet divanı *stand-still* şartını basit bir prosedür şartı olarak niteler. Hiçbir Türk vatandaşı yalnızca bu hükmü ileri sürerek herhangi bir hak talep edemez. Ancak tâbi oldukları üye devletin iç hukukunda, hükmün yürürlüğe girdiği tarihte, zaten var olan kuralların uygulanmasını ve yeni kısıtlamaların iptal edilmesini isteyebilir.

Bu uyarıdan da anlaşılacağı gibi, hüküm, şekil ve esas nitelikli iki çeşit hak doğurmaktadır. Şekil ya da hukuk yolu hakkı diye tanımlayabileceğimiz hak, vatandaşın hâkim önünde *stand-still* kuralını ileri sürme hakkıdır. Buna göre, ortaklık hukuku kapsamına giren Türkler, kendilerine uygulanan her türlü ulusal kurala karşı, doğrudan etkisi tanınmış bu *stand-still* kanununu öne sürerek ilgili üye devlet mahkemeleri önünde dava açabilirler. Ancak bu hukuk yolu hakkı, tek başına bir şey ifade etmez. Başvurucu maruz kaldığı ulusal kuralların hâkim tarafından «yeni kısıtlama» olarak tanınmasını sağladığı takdirde,

²² ATAD, 20 Eylül 2007, *Tum ve Dari*, C-16/05, *AKAD*, s. I-7415.

AB hukukunun ulusal hukuktan üstünlüğü ilkesini de öne sürerek, hem bu yeni kısıtlamayı kendisine uygulayan kararların iptalini hem de bu yanlış uygulamanın doğurduğu zararın tazminatını da isteyebilir. İşte esas diye nitelendirebileceğimiz bu ikinci çeşit hakları hâkim önünde edinebilmek için başvuru, 3 noktayı dikkate almalıdır.

İlk nokta, başvurunun ortaklık hukuku kapsamına girmesi; ikincisi, itiraz konusu ulusal kuralın «yeni kısıtlama» olduğunun gösterilmesi; en son ve üçüncü nokta ise bu yeni kısıtlama olarak belirtilen ulusal önlemin mazur görülmesini sağlayacak haklı bir nedenin olmamasıdır. Bu üç bölümlü çizelgeyi izlerken, dikkat edilmesi gereken ABAD'ın yorum mantığıdır. Herhangi bir olay veya dosya, bu şemaya uygun düşmez gibi görünse de, unutulmamalıdır ki ABAD'ın analogik ve geniş yorumu, bütün ortaklık anlaşması kurallarına olduğu gibi, *stand-still* kuralına da önemli ölçüde bir dinamizm kazandırmış ve kuralın genellikle geniş çaplı uygulanmasını sağlamıştır.

B. Hükmün yorumu

Schengen duvarında olsun, üye devletlerin iç hukuklarında olsun, Türklerle karşı uygulanan yabancılar kanunlarında ortaya çıkan çatlakların en temel kaynağı şüphesiz, ABAD'ın ortaklık hukuku metinleri üzerindeki yorumlarıdır. ABAD, Avrupa Birliği genel hukukunda yaptığı geniş yorumları, çoğu hükümet ve ABAD Hukuk sözcüsünün ısrarlı itirazlarına rağmen, olabildiğince ortaklık yazılı hukukuna da uygulamıştır. Doktrinde adı *a simili*, *a pari* ya da analogik yorum olarak geçen bu teknikle, Birlik hâkimi AB sözleşmelerine olduğu gibi, Ankara Anlaşmasına da büyük bir etkinlik kazandırmış, anlaşma ve ek protokollerini, aynı zamanda Ortaklık Konseyi karar metinlerini, geniş ve dinamik yorumlarla bugünkü normatif seviyelerine ulaştırmıştır. Türk işçi ve işverenlerinin büyük ölçüde haklarını güçlendirmeye ve genişletmeye yarayan bu yorum sayesinde, Ankara Anlaşmasından ve ondan türemiş kurallardan tam anlamıyla bir ortaklık hukuk sistemi kurulmuştur. Dilerseniz, önce bu analogik yorumun tanımını yapalım, daha sonra da bir önceki alt-başlıkta *stand-still* hükmünün uygulanmasına dair ortaya koyduğumuz, üç bölümlü çizelge ışığında bu yapıcı ve dinamik ABAD içtihadını kısaca inceleyelim.

1. Analojik yorum

ABAD içtihatları ışığında analojik yorum, ortaklık hukuku metin ve mevzuatlarında kullanılan terim ve kavramların, AB temel antlaşmalarındaki benzer terim ve kavramlarla aynı şekilde yorumlanmasıdır. 1995 *Bozkurt* kararından²³ bu yana, birçok kararda²⁴, özellikle de işçi özgürlüğü alanında, bu yorum tekniği uygulanmıştır. Elbette 2011 *Ziebell* kararında²⁵, bu tekniğin sınırlı olduğu, her hâlükârda kullanılmayacağı ortaya konmuştur. Bu kararda, bilindiği gibi ABAD, AB müktesebatının yalnız AB vatandaşlarına tanıdığı hakları Türk vatandaşlarına tanımayı reddetmiş, analojik yorumdan farklı olarak, Türk işçilerine daha az avantajlı olan, AB yabancılar hukukunu uygulamıştır. Yine, Aralık 2013 *Demirkan* kararında²⁶, analojik yorum, ilkesel olarak reddedilmese de, uygulama dışı bırakılmış, hizmet özgürlüğü sektöründe AB hukukundaki geniş yorumlar ortaklık hukukuna uyarlanmamış ve bu özgürlüğün alanı sadece hizmet verenlerle sınırlandırılmış, hizmet alanlar ise kapsam alanı dışına itilmiştir. Bu sınırlamalara rağmen şunu da belirtmek gerekir ki, analojik yorum ve ondan bağımsız olarak da hayata geçmiş geniş yorumlarla, Türk vatandaşlarının ortaklık hukukundaki hakları, işçi özgürlüğünde olsun, yerleşim veya hizmet özgürlüklerinde olsun, ABAD tarafından son derece genişletilmiştir. Böylelikle, ortaklık hukuku kapsamındaki kişi haklarının alan ve etkileri artırılırken, bu haklara getirilebilecek ulusal kısıtlamalar da dar yorumlanmıştır. Bu durumu içtihattan örneklerle açıklayalım.

2. Yorum örnekleri

Sırasıyla, *stand-still* kapsam alanı (a.), yeni kısıtlama yasağı (b.) ve yasağın istisna halleri (c.) açısından ABAD yorumlarını inceleyelim.

²³ ATAD, 6 Haziran 1995, *Bozkurt*, C-434/93, *AKAD*, s. I-1492, prgrf. 20.

²⁴ ATAD, 23 Haziran 1997, *Tetik*, C-171/95, *AKAD*, s. I-341, prgrf. 20; 17 Nisan 1997, *Kadi-man*, C-351/95, *AKAD*, s. I-2144, prgrf. 30; 30 Eylül 1997, *Günaydın*, C-36/96, *AKAD*, s. I-5159, prgrf. 21, aynı tarihli, *Ertanır*, C-98/96, *AKAD*, s. I-5193, prgrf. 21; 8 Mayıs 2003, *Wählergruppe*, C-171/01, *AKAD*, s. I-4320, prgrf. 72.

²⁵ ABAD, 8 Aralık 2011, *Ziebell*, C-371/08.

²⁶ ABAD, 24 Eylül 2013, *Demirkan*, C-221/11.

a. Kapsam alanı yorumları

ABAD içtihadının en geniş yorumları, şüphesiz çizelgemizin ilk bölümü olan *stand-still* kuralı kapsamını ilgilendirmektedir. Bu bölümü, kuralın kişisel, tarihsel ve fonksiyonel kapsamı olarak üç alana ayırabiliriz.

Kişisel kapsam alanında, analogik yorumla ABAD, AB hukukundaki gibi, «işçi» kavramı içine her ne kadar az saat çalışıyor veya az para alıyorsa da, bir işverenin otoritesi altında maaşlı her çalışmanı sokmuştur²⁷. Yine «işçi ailesi» kavramı yalnızca Türk işçisinin Türk vatandaşı aile fertlerine değil, o işçinin yabancı ülke mesela Tayland vatandaşı olan eşine de tanınmıştır²⁸. Aynı noktada, AB hukukundaki gibi, işçinin aile ferdi öz değil de üvey oğlu bile olsa, «işçi ailesi» sıfatı ile ortaklık hukukunun kapsamı altına sokulmuştur²⁹. Kişisel kapsam alanı, işçi özgürlüğünün dışında, hizmet özgürlüğü alanında da geniş yoruma tabi olmuştur. Schengen hukukunda bugün bilinen ilk çatlağı açan 2009 *Soysal* kararında, ABAD *stand-still* kuralından sadece hizmet verenin değil, aynı zamanda o kişinin maaşlı çalışanlarının da yaralanabileceğini, bu kural bazında ulusal önlemlere karşı itirazın hizmet verenin çalışanları tarafından da yapılabileceğine karar vermiştir.

Kişisel uygulama kapsamı işte böyle adım adım genişleyen *stand-still* kuralı, tarihsel kapsam alanında da ABAD'ın geniş ve dinamik yorumlarına tabi olmuş ve etki alanını arttırmıştır. 2010 *Toprak ve Oğuz* kararında³⁰, hâkim yeni kısıtlama yasağının içine her türlü yeni ulusal önlemi sokmuş, bu önlem sadece *stand-still* kuralının yürürlüğe giriş tarihinden sonra yapılmış hafiflemeleri ortadan kaldırıp, o tarihteki daha sıkı kurallara bir dönüş sağlıyor olsa bile, yeni bir kısıtlama olarak yorumlanmıştır. Böylelikle, *stand-still* kuralına, yabancı doktrinde «effet cliquet» yani geri dönüşsüz çark etkisi, tanınmıştır. Demek ki, tarihsel açıdan, yürürlüğe girdikten sonra kural, hiçbir sıkılaşmayı kabul etmemekte, bu sıkılaşma yürürlüğe girme tarihindeki veya sonrasında zaten var olan bir duruma dönüş bile olsa, bu değişimi mümkün kılmamaktadır.

²⁷ ABAD, 4 Şubat 2010, *Havva Genc*, prgrf. 19, 26 ve 27.

²⁸ ABAD, 19 Temmuz 2012, *Dülger*, C-451/11,

²⁹ ATAD, 30 Temmuz 2004, *Engin Ayaz*, C-275/02, Rec. I-8792, pt. 46.

³⁰ ABAD, 9 Aralık 2010, *Toprak et Oğuz*, C-300/09 et C-301/09

Kuralın fonksiyonel kapsam alanı da aynı şekilde, yorumla genişletilmiştir. Bu kapsamdan kastımız, kuralın hangi hukuki durumlara uygulanabileceği halidir. Bu noktada, *stand-still* kuralı, sadece AB üye devletlerinden birine zaten giriş yapmış ve oturma kazanmış işçi ve işverenlere uygulanır diye düşünülmesin. Ortaklık metninin, özellikle de işçi özgürlüğü ile ilgili 1/80 kararının 13. maddesinin açık sınırlamalarına rağmen ABAD, 1970 katma protokolünün daha kısıntısız yazılmış 41. maddesinin 1. fıkrasını esas almış ve bu konuda dar yorum yapmayı reddetmiştir. Böylelikle, işçi, yerleşim ve hizmet özgürlükleri ortak tek bir uygulamaya tabi tutulmuş, buna göre de *stand-still* kapsam alanı «ülkeye ilk giriş» - *première admission* – halini de içerir olmuştur³¹. İşte bu şekilde, *stand-still* kuralı Schengen olsun olmasın, bütün vize kurallarına aynı zamanda da ilk oturma izni prosedürlerine uygulanabilir şekilde gelmiştir. Türk vatandaşlarını ilgilendiren kısıtlama duvarlarının içinde çatlaklar oluşmasını sağlayan bu ABAD içtihadı, bugün de geçerlidir. Dolayısıyla, *stand-still* kuralı yürürlüğe giriş tarihinde, ortaklık üyesi ülkeler Türklere hangi giriş ve ilk oturma kurallarını uyguluyorduysalar, bugün de o kuralları uyguluyor olmalı, yok eğer o tarihten sonra bu kurallara herhangi bir hafifleme getirdilerse de, bu hafiflemeleri koruyor olmalıdırlar.

Çizelgemizin bu ilk bölümünden de çıktığı gibi, ABAD'ın analogik ve geniş yorumlarıyla, *stand-still* kapsam alanı büyüdükçe Türk vatandaşlarının itiraz hakları da artmıştır. Ancak, itirazların başarıya ulaşmaları için, şimdi çizelgemizin ikinci bölümünde de göreceğimiz gibi, ulusal önlemlerin «yeni kısıtlama» olarak tanımlanabilmeleri gerekmektedir.

b. Yeni kısıtlama yasağının yorumları

Bu noktada da hemen belirtebiliriz ki, analogik ve geniş yorumları yoluyla ABAD, Türk vatandaşlarının ortaklık hukukundan edindikleri hakları oldukça etkin duruma getirmiştir. Avrupa Divanı, «yeni kısıtlama» kavramını, ekonomik özgürlüğü veya ticari atılımı sınırlandırabilecek her türlü ulusal önleme yaymıştır.

³¹ ATAD, 20 Eylül 2007, *Tum ve Dart*, C-16/05, *AKAD*, s. I-7443.

Bu tür önlemlerin tabii ki başında vize gelmektedir. *Soysal* kararında ABAD'ın belirttiği gibi, vize kuralı, serbest dolaşımı doğrudan kısıtlamakta, hizmet veren veya işçileri için artı masraflar doğurmakta ve yapılması gereken formaliteler nedeniyle zaman kaybına neden olmaktadır. Dolayısıyla da, AB vatandaşlarına nazaran, ortaklık hukuku kapsamına giren Türk vatandaşlarına yapılan bir ayrımcılık olarak görülebilmektedir. Ancak, vize önlemi ayrımcılık olsa da kendiliğinden Ankara Anlaşmasına ters düşmemektedir. *Stand-still* kuralı ile taraf devletler yalnızca var olan durumu korumayı öngördüklerinden, bir ülke bu kuralın yürürlüğe girdiği tarihte vize uyguluyorduysa, yine bu tarihten sonra da bu uygulamaya devam edebilmektedir. Fakat Almanya, Danimarka ve İngiltere örneklerinde de olduğu gibi, o tarihte uygulanan vize kuralları daha fazla zorlaştırılmaz. *Soysal* kararında, alman vizesi Ankara Anlaşmasının 9. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağına ters düştüğü için değil, 1/80 Ortaklık Konseyi kararının *stand-still* kuralını ihlâl ettiği için ortaklık hukukuna aykırı görülmüştür. Demek ki, uygulamada AB ve TC vatandaşları arasında yapılan her türlü farklılık kendiliğinden yeni kısıtlama yasağı kapsamına girmez. Bunun en iyi bir başka örneği de, giriş-çıkış ya da oturma izni ve yenilemeleri prosedürlerinde uygulanan tarife farklılıklarıdır. Bu konu Schengen dışında kalsa da, 2010 *Hollanda* kararından bahsedilebilir. Bildiğiniz gibi, Schengen duvarı üç aydan az dolaşmaları kapsamaktadır. 2010 *Hollanda* kararında olduğu gibi, bu süreden fazla oturma izinleri, ülkelerin kendi takdirlerine bırakılmıştır, ulusal yetki olarak kalmıştır. Ancak kararda, Birlik hâkimi bu ulusal yetkinin bile ortaklık hukukuna uygunsuz yürütülemeyeceğini hatırlatmıştır. Olayda ABAD, Hollanda'nın vatandaşlarımıza uyguladığı ve AB vatandaşlarına uygulananlardan orantısız derecede daha yüksek oturma vergilerini ortaklık hukukuna aykırı ilan etmiştir.

Görüyoruz ki, *stand-still* ile yükümlü devletler, Türk işçi ve işverenlerinin oturma izinlerini veya bu izinlerin yenilenmesini, AB vatandaşlarınınkinden daha yüksek yeni vergilere tâbi tutabilirler. Ancak, aradaki fark orantısız olmaz. Mesela, AB vatandaşı için tarife maksimum 30 avro iken, Türk vatandaşı için 830 avro olamaz, ya da Şahin davasındaki gibi 30 avroya 169 avro ola-

maz³². Bu tür ulusal uygulamalar orantısız bir ayrımcılık olarak ortaklık hukukunu ihlâl eder ve itiraz konusu olabilirler. Örnekleri daha fazla uzatmadan, çizelgemizin son bölümüne dair ABAD yorumlarını inceleyelim.

c. Yeni kısıtlama yasağı istisnalarının yorumu

Ortaklık hukuku yeni kısıtlama yasakları sınırsız değildir. Bir ulusal önlem ya da AB kuralı, yeni bir kısıtlama olarak tanımlanabilse de, bazı istisnai hal-lerde kabul edilebilmektedir. ABAD, bu noktada da analojik yorum tekniğiyle bu istisnaları, AB genel hukukunda olduğu gibi dar yorumlamıştır. *Exceptio est strictissimae interpretationis* hukuk maksimine de uyarak, ortaklık hukukunun yarattığı haklara getirilebilecek sınırlandırmaları olabildiğince kısıtlı tutmuştur. Böylelikle, bu hukukun doğurduğu haklar da mümkün olduğu kadar geniş tutulmuş ve etkin kılınmıştır. Bu durumu iki örnekle anlatabiliriz.

İlk örnek, ortaklık hukuku kapsamına giren bir kimsenin, hakkını kötüye kullanması halinde, taraf ülkenin ortaklık hukukunu uygulama dışı tutabilme yetkisidir. 2011 *Oğuz* kararında, bu istisnayı hatırlattıktan sonra ABAD, hakkın kötüye kullanılması – *abus de droit* – kavramının *stand-still* kuralının uygulanmasını hiçbir şekilde etkileyemeyeceğini söylemiştir. 2007 *Tum ve Darı* kararında olduğu gibi, bu kuralın materyal bir hak doğurmadığını, yalnızca uygulanabilecek ulusal hukuku belirlediğini hatırlatmıştır. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması, *stand-still* kuralını değil, sadece bu kural sayesinde Türk vatandaşlarına uygulanabilecek materyal hakları sınırlandırabilmektedir. ABAD aynı zamanda, bu sınırlandırmanın da hukuki çerçevesini dar yorumla çizmiştir. Buna göre, bir ülke ortaklık hukukundan yararlanan bir kimsenin haklarını, bu kimse bu hakları kötüye kullandığı için kısıtlayabilirse de, kötüye kullanma kavramı her türlü ulusal kuralın ihlâli olarak tanımlanamaz. Özellikle de oturma ve çalışma hakları basit idari formalitelerin ihlâli nedeniyle kısıtlanamaz. Mesela, sadece vergi pulunu geç yatırdı diye, ortaklık hukukundan yararlanan bir kimsenin oturma yenileme başvurusu reddedilemez³³. Aynı şekilde, yalnızca bu yenileme başvurusu 26 gün geç kaldı diye, bir kimsenin

³² CJCE, 17 Eylül 2009, Şahin, C-242/06

³³ ATAD, 17 Eylül 2009, Şahin, C-242/06, prgf. 58 ve 59.

oturumu «kaçak» olarak nitelendirilemez³⁴. Demek ki, hakkın kötüye kullanılması, *stand-still* kuralına bir istisna olamayacağı gibi, bu kural bazında ulusal mevzuatın Türk işçi ve işverenlerine kazandırdığı haklara da sınırlı şekilde engel olabilmektedir.

İstisnaların bu dar yorumu, 1970 katma protokolü 29. maddesi ve 1/80 Ortaklık Konseyi kararı 14. maddesi, 1. fıkrasında bulunan, «*kamu düzeni*», «*kamu güvenliği*» ve «*kamu sağlığı*» kavramlarını da ilgilendirmektedir. Ekonomik özgürlükler bu istisnalar doğrultusunda kısıtlanabilseler de, ABAD, yorumlarıyla sözü geçen kavramları dar bir çerçeve altına koymuş, taraf devletlerin bu yöndeki yetkilerini büyük ölçüde sınırlamıştır. AB genel hukukundaki gibi, mesela kamu düzeni kavramı, ulusal kanunların her türlü ihlâli gibi değil, ancak toplumun temel odaklarından birine yapılan gerçek, aktüel ve oldukça mühim bir ihlâl karşısında ortaklık hukukunun doğurduğu haklara istisna olabilmıştır³⁵. Aynı zamanda, bu istisna ölçülülük ya da orantılılık kanunu olarak bilinen ilke kurallarına tabi tutulmuş, örneğin bir kişinin hapis cezasına çarptırılmış olması, tek başına, o kişinin kamu düzenini yaraladığını gösteremez olmuştur³⁶.

Bütün bu bilgiler ışığında, Türk işçi ve işverenlerinin ortaklık hukuku mevzuatları ve o mevzuatların yorumu sayesinde son derece önemli haklar elde ettiklerini ve herhangi bir yabancı statüsünden daha güçlü bir AB hukuk statüsünde olduklarını söyleyebiliriz. İşte Schengen ve diğer yabancılar kanunlarında ortaya çıkan çatlakların hukuksal temelleri bu mevzuata ve onun dinamik yorumlarına dayanmaktadır. Bu nokta açıklığa kavuştuğuna göre, zaman kaybetmeden, oluşan çatlakların boyutlarına bir göz atalım.

II. Schengen duvarındaki çatlağın boyutu

Ankara Anlaşmasının, Schengen duvarında yarattığı çatlağın boyutları, hukuken ne kadar önemli olsa da, bugün için çok geniş değildir. *Stand-still* kuralı uygulaması ya da diğer hiçbir ortaklık hukuk kuralı, Türklerin «vizesiz Av-

³⁴ ATAD, 16 Mart 2000, *Ergat*, C-329/97, prgf. 65.

³⁵ ATAD, 11 Kasım 2004, *Çetinkaya*, C-467/02, prgf. 43.

³⁶ *Ibidem*.

rupa» hayallerini gerçekleştirmeye yetecek temeli oluşturmamaktadır. Ancak, her ne kadar kapsamı dar da olsa, Schengen'deki çatlak adım adım genişletilebilir görünmektedir. Bu iki alt-başlık altında, çatlağın dar kapsamını (A) ve genişletilebilir olduğunu (B) hızlıca inceleyelim.

A. Çatlağın dar kapsamı

Schengen vize duvarındaki çatlak, doğrudan konuyu ilgilendiren tek ABAD kararı olan 2009 *Soysal* kararı ile oluşmuştur. Bu karar, yalnızca Almanya'yı ve ayrıca üç aydan kısa giriş-çıkış yapan Türk işçilerini ilgilendirmektedir. Kararın sonrasında yarattığı etki alanı da kayda değer şekilde büyümemiştir. Bildiğimiz kadarıyla, bugün ABAD'ın *Demirkan* kararından sonra geçerli olmayacağını düşündüğümüz ve bir otelde kalmak isteyen transit geçişli Türk turistler lehine verilen, bir 2011 Münih idari mahkemesi kararı vardır³⁷, bir de yine 2011 yılında, konumuz için önemli, bir Hollanda mahkemesi kararı vardır³⁸. Bu son karada mahkeme, *Soysal* içtihadı ışığında, Hollanda'ya serbest meslek kurma amaçlı gelen bir Türk vatandaşına uygulanan vize reddini, 1970 katma protokolünün 41. maddesindeki *stand-still* kuralının bir ihlâli olduğunu, çünkü protokolün yürürlüğe giriş tarihinde, bu amaçla Hollanda'ya gelen Türk vatandaşlarına herhangi bir vize uygulaması olmadığını belirtmiştir. Ancak bu kararlar dışında, vize uygulamaları konusunda ne ABAD'dan ne de ulusal mahkemelerden kayda değer sayıda örnek karar çıkmamıştır. Bu durum, kanımızca, hukuki imkânsızlıklardan çok, sosyal ve siyasi nedenlerle açıklanabilir. Bu pratik nedenleri kısaca özetledikten sonra (1), konu hakkındaki hukuki argümanları da tartışacağız (2).

1. Darlığın pratik nedenleri

Ankara Anlaşmasının Schengen duvarında yarattığı gediğin darlığı, pratikte, ilgili tarafların isteksizliğine ya da bilgisizliğine dayanır. Bu eleştiri yalnızca AB'yi ve AB'ye üye ülkeleri değil, Türk hükümeti ve hatta vatandaşlarını da içermektedir. Bu durumu, her iki tarafın da konu hakkındaki tutumlarını inceleyerek açıklayalım.

³⁷ Verwaltungsgericht, bkz. dipnot 17.

³⁸ *Ibid.*

İlk olarak söylemeliyiz ki, ne AB üyesi hükümetler ne de AB Komisyonu, *Soysal* kararının önemini ve karar ışığında yapılması gereken değişiklikleri yeteri kadar önemsemişlerdir. Oysa bu karardan sonra, *stand-still* hükmünün yürürlükte olduğu bütün ülkelerde geniş kapsamlı bir araştırma yapılmalı ve bu hükümden sonra yürürlüğe giren «yeni kısıtlama» olarak nitelendirilebileceğimiz her Schengen kuralı ortaklık hukuku açısından yakın bir değerlendirme altına alınmalıydı. Bu tür bir çalışma hiçbir üye devlette olmadı ve sıradan yabancılara uygulanan kanunlar ve onların gün geçtikçe zorlaştırıcı hale gelen değişiklikleri, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da aynen uygulanmaya devam etti ve hâlâ da etmektedir. AB üye ülkeleri bu bağlamda hiçbir girişim de bulunmazken, AB Komisyonu ise konu hakkında çok kısıtlı bir değişikliğe gitmiştir. 2009'da yayınlanan bir tavsiye kararda, Komisyon sadece Almanya ve Danimarka'yı, vize serbestisinin içinde tutmuş, Türk vatandaşlarına vize koşulu koyan 539/2001 sayılı AB tüzüğünde ise çok sınırlı düzeltmeler önermiştir³⁹. Bu öneri, Konsey'den ve Parlamento'dan 2013 yılı sonunda onay almıştır ve yakın bir zamanda da AB Resmi gazetesinde yayınlanarak hayata geçecektir. Ancak, önerilen değişikliğin alanı sadece hizmet özgürlüğünü kullanan Türk vatandaşları ile sınırlandırılmıştır. Schengen devletleri, yalnız bu özgürlük çerçevesinde ve eğer ilgili ülkeler *stand-still* kuralı topraklarında yürürlüğe girdiği tarihte vize serbestisi uyguluyorduysalar, kısa zamanlı hizmet veren Türk vatandaşlarını vizeden muaf tutabileceklerdir. Ne diğer alanlar, işçi ve yerleşim özgürlükleri, ne de Türklere vize serbestisini tanımasa da başka kolaylıklar sağlamış ülkeler, bu kuralın içine sokulmamıştır. Schengen duvarındaki çatlak demek ki, hukuki temelleri ne kadar güçlü olursa olsun, pratikte oldukça kısıtlı kalmıştır.

Bu durumun ikinci pratik nedeni, Türk vatandaşlarının ve Türk hükümetinin konu hakkındaki tutumlarıdır. Schengen duvarı, çoğu ülkede, *stand-still* kuralının yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmış ve yapılan birçok değişikliklerle vize alımı hem daha zahmetli hem de daha pahalı hale çevrilmiş olsa da, vatandaşlarımız ortaklık hukukundan edindikleri hakları kullanmamakta-

³⁹ COM (2011) 290 sayılı 24 Mayıs 2011 tarihli Komisyon önerisi.

dırlar. Çok nadir olarak konu hakkındaki sıkıntılar yargı yoluna taşınmaktadır. Elbette, ABAD'ın *Demirkan* kararı hizmet alanları *stand-still* kuralı kapsamı dışında tutarak, vize serbestisinin potansiyel olarak her vatandaşımıza ulaşmasını engellemiştir. Ancak, bu duruma rağmen, bugün kapsam içine düşebilecek birçok işçi/işveren vatandaşımız veya ailesi, ortaklık hukukunun yeteri kadar bilinmemesi ve kullanılmamasından dolayı ve sınır dolaşımalarında herhangi bir tatsızlığa maruz kalmamak için, hukuksuz olabilecek vize zorunluluklarına uymaya devam etmektedirler. Vatandaşımızın bu tutumu yalnızca vize kanunlarını değil, oturma ve çalışma haklarını da ilgilendirmektedir. Avrupa'da çalışan Türk işçi ve işveren nüfusunun önemine ve bu nüfusa uygulanan ayrımcı ve ortaklık hukukuna ters kanunların çokluğuna bakıldığında, yargıya taşınan itiraz sayısının azlığı oldukça düşündürücüdür. Avukatlarımızın ve hukukçularımızın konu hakkında bilgilendirilmeleri bu nedenle büyük önem arz etmektedir. Ancak aynı zamanda hükümetimizin ve ilgili makamların da konuyla ilgili tutumları değişmelidir.

Ortaklık hukuku anlaşmasına adını vermiş Ankara'da Türk hükümeti, *Soy-sal* kararına kadar uzun yıllar boyunca Schengen duvarına karşı herhangi bir girişimde bulunmamış, vatandaşlarına hukuksuzca uygulanmış ulusal önlemlere karşı itiraz etmemiştir. Bu karardan sonra da, ne Schengen sistemi ne de Türklere uygulanan ayrımcı yabancılar, çalışma veya sosyal güvenlik ve sosyal yardım kanunları kapsamlı olarak eleştirilmemiş, Türk işçi ve işverenlerine yapılan haksız uygulamalar üzerine köklü, bilimsel ve diplomatik bir çalışma başlatılmamıştır. Yalnızca yer yer bireysel tepkiler olmuş, mesela *Demirkan* kararı bazı bakanlık açıklamalarıyla politik ve ayrımcı bir karar olarak yorumlanmıştır⁴⁰, ancak tepkiler daha ileri gitmemiştir.

Schengen duvarındaki kapsam alanının darlığı sosyal ve politik işte bu pratik nedenlerle açıklanabilir. Fakat bunlara, elbette hukuki nedenleri de eklemeliyiz.

⁴⁰ TC. Dışişleri Bakanlığı 252 sayılı ve 25 Eylül 2013 tarihli açıklaması ve Avrupa Birliği Bakanlığı'nın konu hakkındaki açıklaması: <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=49173&l=1>

2. Darlığın hukuki nedenleri

Daha önce de belirttiğimiz gibi *stand-still* kuralı, hem doğası hem de hukuki kapsamı itibarıyla kısıtlı bir kuraldır; kendi başına bir dolaşım hakkı teşkil etmez. Sadece olanı koruma zorunluluğu getirdiğinden, vatandaşlarımız için dolaylı haklar doğurmaktadır. Bu hak yukarıda da özetlediğimiz gibi kişinin, *stand-still* kuralının yürürlüğe girdiği tarihte ilgili ülkede kendisine uygulanabilecek olan kanunları öne sürme hakkından ibarettir. Dolayısıyla, bir başvuru çerçevesinde, önlemleri itiraz konusu olan AB üyesi ülkede *stand-still* kuralı hangi tarihte yürürlüğe girmiştir, bu tarihte o ülkede vatandaşımıza uygulanabilecek iç hukuk kuralı nedir ve bugün uygulanan kural ondan daha kısıtlayıcı mıdır, belirlemek gerekmektedir. Oysa ne *stand-still* kuralları bütün Schengen ülkelerinde aynı tarihlerde yürürlüğe girmiştir ne de yürürlüğe girdikleri bu ülkelerde, Türklere uygulanan yabancılar kanunları o tarihlerde aynı içeriğe sahiptirler. Bir yandan işçileri, bir yandan işçi ailelerini bir diğer yandan da yerleşim ve hizmet özgürlüklerini kullanan vatandaşlarımızı ilgilendiren, hukuki değerleri açısından da farklı üç mevzuat, farklı Schengen ülkelerinde farklı tarihlerde yürürlüğe girmişlerdir. Bu durumu yakından kısaca inceleyelim.

Birincil hukuk değerindeki katma protokol, ilk imzalandığı ülkelerde yani Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'da, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak yalnızca yerleşim ve hizmet özgürlüğü kapsamına giren vatandaşlarımızı ilgilendirmektedir. Protokol o tarihte AB'ye katılan, ancak Schengen üyesi olmayan, İngiltere, İrlanda ve Danimarka'da da yürürlüğe yine aynı tarihte girmiştir. Diğer Schengen üyesi AB ülkelerinde katma protokolün yürürlüğe giriş tarihi, o ülkelerin AB'ye tam katılım tarihleridir: bu tarih Yunanistan için 1 Ocak 1981, İspanya ve Portekiz için 1 Ocak 1986, Finlandiya, Avusturya ve İsveç için ise 1 Ocak 1995'tir. Bu tarihlerden sonra, AB'ye bildiğiniz gibi üç katılım dalgası olmuştur. Bunlardan birincisi 1 Mayıs 2004'te, Kıbrıs ve eski doğu bloğu ülkeleridir. Kıbrıs dışında bu ülkeler, Schengen alanına Aralık 2007'de katılmışlardır. İkinci dalga, 1 Ocak 2007'de Romanya ve Bulgaristan'dır ki, daha önce de belirttiğimiz gibi bu iki ülke, Schengen alanı dışında kalmıştır. AB'ye en son katılım, 1 Temmuz 2013'te Hırvatistan olmuştur. Bu ülkenin 2015 yılında Schengen'e katılımı beklenmekte-

dir. Konumuza dönersek, demek ki yerleşim ve hizmet özgürlükleri açısından, Türk vatandaşlarının haklarını belirlemek için, bahsettiğimiz ülkelerde, sözü geçen tarihlerde vatandaşlarımıza hangi kurallar uygulanıyordu ve bu kurallar, Schengen mevzuatına uyum için ya da başka bir nedenle yapılan değişikliklerle, zorlaştırılmışlar mıdır, yeni kısıtlama olarak nitelendirilebilirler mi, bunu belirlemek gerekmektedir. Yaptığımız bu detaylı çizelge, Schengen’de veya yabancılar iç hukuklarında açılacak çatlaklarında darlığını göstermektedir. Bu darlık nedeni yalnızca dikkate alınması gereken tarihlerin ve iç hukuk kurallarının farklılıkları değil aynı zamanda da farklı kategorilerdeki Türk vatandaşlarına farklı bir incelemenin gerekliliğidir.

Vatandaşımız eğer işçi olarak başvurusunu yapıyorsa, yukarıda yaptığımız tarihsel ve bölgesel inceleme geçersiz kalmaktadır, çünkü işçi ve işçi aileleri özgürlükleri konusunda katma protokol değil, sadece ikincil hukuk değerindeki ve farklı tarihlerde yürürlüğe girmiş AB-TC Ortaklık Konseyi kararları uygulanmaktadır. Olaya sadece işçiler açısından baktığımızda, geçerli *stand-still* kuralı ilk taraf ülkelerde 20 Aralık 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş 2/76 sayılı karardır. İşçi aileleri ise, sadece 1 Aralık 1980’de yürürlüğe girmiş 1/80 sayılı kararda *stand-still* kapsamına alınmıştır. Bu iki kararın AB’ye sonradan katılan ülkelerde yürürlüğe giriş tarihleri ise, yine bu ülkelerin AB’ye katılım tarihleridir. Görüyoruz ki, farklı *stand-still* kuralları, farklı ülkelerde farklı tarihlerde geçerli olmuşlardır. Aynı zamanda, her ülke bu anahtar tarihte Türklere aynı kanunları uygulamadığı için, kural da farklı etkiler doğurmuştur ve doğurmaktadır. Bütün bu farklılıklar nedeniyle, bugün bu kuralın kapsam alanı hukuken de kısıtlı kalmaktadır. Bir de bu duruma, Türk vatandaşlarının haklarını sınırlayan ortaklık hukuku mevzuatlarını ve yorumlarının gitgide sıkılaşacağı mesajını veren ABAD’ın değişen tutumunu da eklemekte yarar vardır. Kısaca bu iki noktayı özetleyelim.

İlk olarak, şunu belirtmeliyiz ki, Türk vatandaşları, *stand-still* kuralının dolaylı olarak doğurduğu avantajlar dışında, AB vatandaşları gibi her ülkede geçerli bir dolaşım hakkı elde etmemektedirler. Aynı zamanda bu avantajlar sıkı şartlar veya sınırlandırmalarla çevrelenmiştir. Mesela, işçi özgürlüğü kapsamında 1/80 kararının tanıdığı sözleşme yenileme ve iş değiştirme hakları, aynı

işveren altında belli bir sürenin doldurulması şartına bağlanmıştır. Yerleşim ve hizmet özgürlüklerinde ise, katma protokolün 59. maddesi, Türk vatandaşlarının AB vatandaşlarına yapılan uygulamalardan daha avantajlı haklara sahip olamayacaklarını hükmetmektedir.

Yazılı hukukun getirdiği bu kısıtlamaların yanında, Schengen ve benzeri uygulamaların içinde açılan çatlakların dar kapsamını, bir kaç senedir ABAD'ın yorumlarında gördüğümüz değişimlerle de açıklayabiliriz. Daha önce de bahsettiğimiz gibi ABAD, uzun seneler boyunca, geniş ve dinamik yorumlarıyla bu çatlakları yaratmıştır. Birlik hâkimi, hükümetlerin ve özellikle de hukuk sözcülerinin ısrarlı ve sürekli itirazlarına rağmen, Ankara Anlaşmasını sade bir ekonomik anlaşma olarak görmemiş, yazılı hükümlere de uygun olarak basit ticari bir işbirliğinin ötesinde, Türkiye'yi AB'ye tam üyeliğe, bir başka deyişle bütünleşme sürecine hazırlayan ve aynı zamanda Türk işçi ve işverenlerinin buldukları üye devletlerinin ekonomilerine entegre olmalarını kolaylaştıran bir araç olarak yorumlamıştır. Bu bağlamda ortaklık hukukunu, daha önce de bahsettiğimiz analogik yorumla, AB kurucu antlaşmaları gibi güçlendirmiştir. Ancak, 2011 *Ziebell* kararında ABAD 1. dairesi bu anlayışa ilk darbeyi vurarak, Ankara Anlaşmasını «*sadece ekonomik amaçlı*»⁴¹ bir anlaşma olarak nitelendirmiş, davaya söz konusu mevzuatı analogik yorumun dışında tutmuştur. Bildiğiniz gibi, bu kararla ABAD, Türk vatandaşlarına, AB vatandaşlarına uygulanabilecek dar kısıtlamaları değil, herhangi bir yabancıya uygulanabilecek daha geniş dolaşım ve oturma özgürlüğü istisnalarını uygulamayı kabul etmiştir. Her ne kadar, bu karardan bir yıl sonra, başka bir daire, Ankara Anlaşmasının bu yorumunu bırakarak, anlaşmanın basit bir ekonomik işbirliğinden öteye gittiğini savunmuşsa da⁴², 2013'te toplanan Büyük Daire'nin *Demirkan* kararı iki daire arasındaki yorum değişikliğine son vermiştir. Onlarca yıldır Ankara Anlaşması bütünleşme amacı ışığı altında yorumlanırken, bu kararda «*sadece [veya esasen] ekonomik*» bir anlaşma olarak nitelendirilip analogik yorumun dışında tutulmuştur. Bu yolla AB sözleşmelerinin geniş yorumu terk edilerek, hizmet özgürlüğü hizmet alana değil, ortaklık hukuku çerçevesinde, sadece

⁴¹ ABAD, 8 Aralık 2011, *Ziebell*, C-371/08, prgrf. 64.

⁴² ABAD, 19 Temmuz 2012, *Dülger*, C-451/11, prgrf. 45.

hizmet verenlere ait bir hak olarak tanımlanmıştır. Bu yorum değişimi, en son *Demir*⁴³ kararında da görülmüş, daha önce mutlak bir kural olarak tanımlanan *stand-still* kuralı, oldukça eleştirebilecek bir şekilde, ilk defa kamu yararı istisnası ile sınırlandırılabilir bir kural olarak nitelendirilmiştir. Böylelikle, yukarıda da bahsettiğimiz gibi kendiliğinden bir hak kazandırmadığı için ABAD'ın önceki kararlarında «*mutlak*»⁴⁴ olarak sıfatlanan *stand-still* kuralı, hiçbir yazılı hükümde var olmayan bir kısıtlamaya tabi edilmiş ve dolayısıyla da etki alanı darlaştırılmış ya da bu darlaşmanın yolu açılmıştır.

İşte hem yazılı hukukun hükümleri hem de sözlü hukukun son gelişmeleri gösteriyor ki *stand-still* kuralının kapsam ve etkisi, dolayısıyla Schengen ve benzeri özgürlük kısıtlayıcı mevzuatlardaki çatlakların boyutları, dar kalmaktadır ve hatta gitgide de darlaşmaktadır. Buna rağmen, şunu belirtelim ki, Schengen duvarındaki çatlaklar her ne kadar dar kapsamlı olursa olsunlar, genişletilebilir özelliğe sahiptirler.

B. Kapsamın genişletilebilir olması

Schengen duvarındaki *Soysal* çatlağı, kapsamı çok geniş olmasa da, Türk vatandaşlarına uygulanan haksız yaptırımlarla hukuki mücadele yolunda oldukça verimli bir kaynak oluşturmaktadır. Bu mücadele elbette ki ancak ortaklık hukuku çerçevesinde sürdürülebilir. Ancak, biliyoruz ki, hem Schengen engellerinin hem de benzeri dolaşım kısıtlamalarının ortadan kalkması için siyasi otoritelerin desteği gerekmektedir. Aynı zamanda, AB üyeliği hedefi doğrultusunda, Türkiye'nin en azından ortaklık anlaşmasının ve konsey kararlarının yenilenmesinde ve güçlendirilmesinde ısrarlı olması hukuki mücadeleyi daha da güçlendirecektir. Özetle, bahsettiğimiz çatlakların genişletilebilirliği ve hatta duvarların yıkılabilirliği, sadece ortaklık hukukunun verdiği imkânların avukatlar ve akademisyenler tarafından iyi kullanılmasıyla değil (1), siyasi otoritelerin iradesiyle de olacaktır (2).

⁴³ ABAD, 7 Kasım 2013, *Demir*, C-225/12, prgrf. 40.

⁴⁴ ABAD, 21 Temmuz 2011, *Oguz*, C-186/10, prgrf. 27.

1. Ortaklık hukukundaki imkânlar

Ne AB Komisyonu ne de Ankara Anlaşması taraf ülkeleri, ulusal hukuklarda Türklere uygulanan yabancılar kanunlarını ortaklık anlaşması ışığında yeterince değerlendirmişlerdir. Daha önce de belirttiğimiz gibi yalnızca Almanya ve Danimarka için ve sadece hizmet özgürlüğü alanında, *stand-still* kuralına uyum gerekliliği Komisyon tarafından vurgulanmıştır⁴⁵. Ancak, AB ülkelerinin iç hukuklarına baktığımız da, ortaklık anlaşmasının ihlallerinin daha büyük boyutlarda olduğunu ve Ankara Anlaşmasının iç hukuklarda ve Schengen kurallarında çok daha büyük çatlaklar oluşturabileceğini görüyoruz.

Bu bağlamda hatırlatalım ki, AB üye devletleri Türk vatandaşlarına, özellikle de iki binli yılların başından itibaren gitgide sıkılaştıran, genel yabancılar hukuklarını uygulamaktadırlar. Oysa ne AB Komisyonu ne de üye devletler ve idareleri, bu son zorlaştırmalardan önce Türklere uygulanan dolaşım kolaylıklarını hesaba katmaktadırlar. Mesela 29 Temmuz 1954'te yürürlüğe giren ve üç aydan az Fransa dolaşımı için tüm Türk vatandaşlarının vize zorunluluklarını kaldıran diplomatik anlaşmayı, 1953 yılında Almanya, Hollanda ve 1956 yılında Belçika ile ikili olarak imzalanmış benzeri anlaşmaları göz ardı etmektedirler. Aynı şekilde, bu dört ülkeyle beraber dokuz başka Avrupa ülkesi tarafından 13 Temmuz 1957 tarihinde imzalanan, Avrupa Konseyi üye devletleri arasında kişi serbest dolaşımını üzerine Avrupa anlaşması dikkate alınmamaktadır. Türkiye'nin anlaşmaya katılım tarihi olan 1 Haziran 1961'den itibaren Türk vatandaşlarına çoğu Avrupa ülkesinde vizesiz dolaşım hakkı tanıyan bu anlaşma nedense uygulamada bu ülkeler tarafından *stand-still* kuralının içinde tutulmamaktadır⁴⁶. Elbette, 12 Eylül 1980 darbesinden sonra, sözü geçen ülkeler Türklere tanıdıkları vize serbestisini kaldırmak için Avrupa Konseyi anlaşmasına çekinceler koymuş ve iç hukuklarında vatandaşlarımıza yeni vize zorunlulukları getirmişlerdir. Ancak bu değişiklikler çoğunlukla *stand-still* kurallarından sonra yapıldıkları için hukuksuzdurlar. Fransa ve

⁴⁵ Bkz. dipnot 39.

⁴⁶ Bu anlaşma, 1 Ocak 1958 tarihinde Belçika, İtalya ve Fransa'da, 1 Haziran 1958'de Almanya ve Avusturya'da, 1 Mart 1961'de Hollanda'da, aynı yılın 1 Mayıs ayında Lüksemburg'da, 1 Haziran'da Malta'da, 1 Haziran 1982'de İspanya ve 1 Haziran 1984'te de Portekiz'de yürürlüğe girmiştir.

Almanya’da değişiklik, 5 Ekim 1980, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg’da ise 1 Kasım 1980 tarihinde yapılmıştır. Dolayısıyla, Ortaklık Konseyi 1/80 kararındaki *stand-still* kararına, bir başka deyişle, Türk işçi ailelerine tanınmış vize kolaylıklarına, istisna olabilirler. Fakat yerleşim ve hizmet özgürlüğünden yararlanan Türk vatandaşlarına uygulanamazlar çünkü 1973’te ilgili ülkelerde yürürlüğe girmiş olan katma protokolden sonra oldukları için *stand-still* kuralı kapsamına girerler ve «yeni kısıtlama yasağı»’na ters düşmektedirler. Aynı şekilde, bu değişikliklerin işçi vatandaşlarımıza uygulanmaları da yıllarca yapılan bir hukuksuzluktur, çünkü vize zorunluluğu 1976’da yürürlüğe girmiş olan 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 7. maddesinde bulunan *stand-still* hükmünü ihlâl etmektedir. 1957 Avrupa Konseyi anlaşmasına Türk vatandaşları aleyhine sadece 17 Nisan 1990’da çekince koyan Avusturya, 24 Haziran 1994’de koyan Portekiz ve 1 Eylül 2003’te koyan Malta için de aynı inceleme yapılabilir. Yine, anlaşmaya Türkler aleyhine hâlâ hiçbir çekince koymamış İspanya ve İtalya için de bu analizi tekrarlayabiliriz. Aynı zamanda, İngiltere gibi, anlaşmayı imzalamamış olmalarına rağmen *stand-still* kuralı topraklarında yürürlüğe girdiği tarihte Türklere çeşitli vize kolaylıkları tanımakta olan ülkeler de bu inceleme kapsamında tutulmalıdır. Bu ülkelerde, bu tarihten sonra Türk vatandaşlarına karşı alınan zorlaştırmacı vize önlemlerinin hukuksuz olduğu unutulmamalıdır. Ortaklık hukuku nezdinde ve AB genel hukuk kuralları ışığında, bu hukuk ihlallerine maruz kalan bütün vatandaşlarımız yargı yoluyla ülkelerin sorumluluklarını hâkim önüne çıkarabilirler ve yeni vize zorunluluklarının doğurduğu zararların tazminatını isteyebilirler. Ayrıca, Lizbon Antlaşması sonrası yürürlüğe giren AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 265. maddesi temelinde, konu hakkındaki yetersiz tutumundan dolayı, AB Komisyonuna da ABAD önünde yetersizlik davası açılması da düşünülebilir.

Görüyoruz ki, Schengen duvarındaki çatlak *Soysal* kararının ve bu karardan sonra AB Komisyonunun kısıtlı değişim önerilerinin çok ötesinde geniş bir alana yayılma potansiyeli olan bir çatlaktır. Bu durumun fark edilmesi için, vatandaşlarımızın ve özellikle de avukatlarımızın duyarlı olmaları gerekmektedir. Ancak maalesef, bilgilendirme eksiğinin de ötesinde, ilgili Türk kurumlarının da konu hakkında eleştirilebilecek tutumları vardır. Ne yazık

ki, Türkiye Cumhuriyeti de diğer taraf ülkeler gibi ortaklık hukukunu ihlâl etmiştir ve etmektedir. Bugünkü konumuza girmediği için sadece çok kısaca bu tutumun Türk vatandaşlarının hakları üzerinde oldukça kötü bir etki yarattığını hatırlatalım. Örnek olarak, vize serbestisine rağmen Türkiye'nin de 1980 sonrası Hollanda ve Belçika vatandaşlarına vize zorunluluğu getirmesi, *Demirkan* kararında ABAD tarafından gerekçe olarak kullanılmış ve bu bağlamda ne Türkiye'nin ne de diğer AB ülkelerinin vize serbestisini mutlak bir hak olarak tanımadıklarına hüküm verilmiştir. Bunun yanında, aynı kararda siyasi iradenin yetersizliği ve AB Ortaklık Konseyi'nin yıllardır AB-Türkiye yakınlaşma sürecine katkıda bulunmadığının altı çizilmiş ve yorum yoluyla bu sürecin ABAD tarafından daha da kuvvetlendirilmesinin bir yetki ihlâli olacağı savunulmuştur. Görüyoruz ki, siyasi irade yetersiz kaldıkça, Schengen duvarındaki çatlağın hukuk yoluyla genişletilmesi de zora girecektir. Ancak, böyle bir iradenin son zamanlarda tekrar ortaya çıkmaya başladığını belirtelim. Bu yeni politik atılımları çatlağın boyutları açısından incelemek uygun olur.

2. Siyasi iradenin girişimleri

Uzun yıllar boyunca Türkiye ne vatandaşlarının ortaklık anlaşmasından doğan haklarına yapılan ihlâllere itiraz etmiş, ne de bu hakların arttırılması için konu hakkında kayda değer bir girişimde bulunmuştur. 1964 yılından 1980'e kadar etkin adımlar atılmış ancak sonrasında, 1996 yılında yürürlüğe giren Gümrük birliği dışında önemli bir ilerleme olmamıştır. Özellikle kişi dolaşım-ları hakkında katma protokol ve 1976-1980 Ortaklık Konseyi kararlarından başka yenilik yapılmamıştır. Tersine, Türkiye Schengen hukukuyla serbest dolaşım haklarının yok edilmesine seyirci kalmış ya da, daha önce de belirttiğimiz gibi, kendisi de ortaklık hukukunu ihlâl ederek bazı AB ülke vatandaşları için yeni vize yükümlülükleri getirmiştir. İki binli yıllardan sonra ise, hükümet AB'ye tam katılım müzakerelerine odaklanmış ve Ankara Anlaşmasının öngördüğü gerekli yeni atılımları neredeyse tamamen göz ardı etmiştir. Ne yazık ki katılım müzakereleri de, özellikle Kıbrıs meselesi nedeniyle, sekteye uğramıştır. Zaten, bilindiği gibi, Türkiye'nin tam üyelik süreci diğer ülkelerinkinden farklı bir muameleye tutulduğu için var olan zorluklara başkaları eklen-

miş, Sayın Nicolas Sarkozy gibi zamanın bazı AB devlet başkanları ve Sayın Valery Giscard d'Estaing gibi diğer politikacılar, Türkiye'nin Avrupalı kimliğini bile tartışır duruma gelmişlerdir. Bu noktada Fransız eski Cumhurbaşkanı'nın Türkiye'ye üyelik yerine “*ayrıcılık partner*” statüsü tanınmasını teklif etmesi bile, Ankara ortaklık hukukunun ne kadar bilinmediğini, siyasi iradenin bu hukukun doğru uygulanmasında ne kadar eksik kaldığını kanıtlamaktadır.

Ancak bu gelişmelere rağmen son yıllarda, belki de hükümet değişikliklerinin de yardımıyla, katılım müzakerelerinin ilerlemeye başladığını görüyoruz. Hatta son zamanlarda vize serbestisinin de gündeme oturduğunu, konu hakkında bazı yeni girişimlerin olduğunu fark ediyoruz. Bunlardan en önemlisi 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanan AB-Türkiye geri kabul anlaşmasıdır. Anlaşma kendiliğinden bir vize serbestisi öngörmemektedir. Yalnızca, AB göç politikaları çerçevesinde, Türkiye yoluyla AB ülkelerine izinsiz göç akımlarının önünü kesmek, AB'yi bu akımların baskısından kurtarmak için Türkiye'ye teklif edilmiş bir anlaşmadır. Türk otoriteleri bu teklifi kabul etmiş ve karşılığında da AB'nin vize serbestisi için pratik adımlar atmasını istemişlerdir. Bu yönde, AB Komisyonu bir «yol çizelgesi» yayınlamış⁴⁷ ve Türkiye'nin vize engelinden muaf tutulması için gerekli şartları ortaya koymuştur. Bu şartlara baktığımızda, ne yazık ki geri kabul anlaşmasının Türkiye için diplomatik bir zafer olmaktan çok, siyasi bir başarısızlık gibi görüldüğünü söylemeliyiz. Anlaşma geri kabul kuralıyla Türkiye'yi göç baskısı altına sokarken, doğurduğu zorunlulukların maddi ve idari yükünü de büyük ölçüde Türkiye'ye yüklemektedir. Bunun karşısında ise, Türk hükümeti tarafından arzu edilen vize serbestisi son derece geniş şartlar altına sokularak gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsız bir hayale çevrilmiştir. Özellikle, AB Komisyonunun «yol çizelgesi», bu serbestiyi 1993 Kopenhag kriterlerinden bile daha zorlayıcı şartlara bağlamıştır. Buna göre serbesti, kimlik belgelerinin güvenilirliği, göç ve sınır yönetimi, kamu düzeni-güvenlik ve temel haklar adıyla dört ana başlık altında, her başlığın içinde de birçok detaylı şartlarla çevrelenmiştir. Öyle görülüyor ki, eğer siyasi irade vize serbestisini Komisyonun bu çizelgesine bırakacak olursa, Türkiye AB'ye

⁴⁷ İngilizce olan bu belgeye ulaşmak için: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/docs/20131216-roadmap_towards_the_visa-free_regime_with_turkey_en.pdf

katıldıktan sonra bile Schengen duvarından tamamen kurtulamayacaktır.

Bu duvardan kurtulmak, ya da en azından duvardaki çatlakları genişletmek için ilgili kurumlar kanımızca ana iki yol izlemelidirler. Birincisi, kapsamlı olarak hukuk yollarının kullanılması, haksız uygulamaların itirazı için vatandaşlarımıza yol gösterilmesi, destek olunması ve Ankara Anlaşması taraf ülkelerinin konu hakkında duyarlı olmaya zorlanması. İkinci yol ise, anlaşmanın tam olarak uygulanması, öngördüğü ilerlemelerin hayata geçirilmesi ve ortaklık hukukunun katılım müzakerelerinin gölgesinden kurtarılması. Müzakereler devam ederken bile Ortaklık Konseyi toplanabilir ve yıllardır alınmayan kararlar alınabilir. Böylelikle, Türk vatandaşlarının ortaklık hukukundan doğan hakları geliştirilerek AB vatandaşlarının statülerine yakınlaştırılabilir. Görüyoruz ki, Schengen duvarındaki çatlakların genişletilmesinde yalnız hukukçulara değil, vatandaşlarımızın duyarlılığına ve aynı zamanda siyasi iradeye de oldukça yüklü görevler düşmektedir.

SONUÇ

Schengen çatlağı ortaklık hukukunun yarattığı diğer çatlakların sadece küçük bir uzantısıdır. Unutmamak gerekir ki, Türklere uygulanan her türlü ulusal kural ya da Birlik önemi, Ankara Anlaşmasının geniş kapsamı ışığında incelenmelidir. Elbette vize serbestisi konusu en medyatik olan konudur. Ancak bu, Iceberg'in sadece görünen kısmıdır. Bu buz dağının, daha doğrusu 1964'lerde yükselmeye başlamış bu hukuk dağının, medyatik olmayan, su altında kalmış en büyük bölümünü unutmayalım. Oturum, iş, gelir, sosyal hizmet, sosyal yardım, vb. her türlü konuda eşitlik ilkesi ve *stand-still* ilkesi, TC vatandaşlarını korumakta ve onlara diğer yabancı ülke vatandaşlarından daha güçlü bir hukuکی statü vermektedir.



KAYNAKÇA

Genel Eserler:

C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4 basım, Litec, 2010.

M. Cremona, *Developments in EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2008.

G. de Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University Press, 2008.

C.-E. Held, *Les accords internationaux conclus par la Communauté économique européenne*, Vevey, Säuberlin & Pfeiffer, 1977.

A. Fenet, *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006.

G. Isaac, M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 10 basım, Sirey, 2012.

Ch. Kaddous, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne*, LGDJ, 2010.

E. Neframi, *Recherches sur les accords mixtes de la Communauté européenne, aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

D. Petrovic, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne: à la recherche d'un concept*, Paris, PUF, 2000.

Ansiklopedi, Sözlükler ve diğer eserler:

Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit communautaire*, 4 cilt.

LexisNexis, *Jurisclasseur Europe*, 7 cilt.

A. Barav, C. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993.

Y. Bertoncini, T. Chopin, A. Dulphy, S. Kahn, C. Manigaud, *Dictionnaire cri-*

tique de l'Union européenne, Armand Colin, 2008.

F.-X. Priollaud, D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaires*, Paris, *La Documentation française*, 2008.

Tez veya konuya özel eserler:

K. Ant, *L'Adhésion de la Turquie à l'Union européenne. Une conditionnalité hors du commun*, Paris, *L'Harmattan*, 2010.

B. Bonnet, J.-P. Jacqué, *Turquie et Union européenne. États des lieux*, Bruxelles, *Bruylant*, Col. droit de l'Union européenne – Colloques, 2012

D. Cailliau, *L'union douanière entre l'Union européenne et la Turquie et ses perspectives*, Lille, *ANRT*, 2004, Doktora tezi, Université Paris 10.

G. Coşkun, *Ankara Antlaşması'ndan günümüze AB'de Türk işçi ve ailelerinin serbest dolaşımı*, Tez, Gazi Üniversitesi, n° 172796, 2006.

M. E. Güney, *Türkiye'nin Avrupa Ekonomik Topluluğuna başvurusu ve Ankara Antlaşması'nın imzalanma süreci*, Tez, İstanbul Üniversitesi, n° 141323, 1999.

P. Mavridis, *Les Turcs dans l'Union européenne: réflexions sur la prééminence du droit*, Athènes-Bruxelles, *Ant. N. Sakkoulas-Bruylant*, 2009.

N. Rogers, *A practitioner's guide to the EC-Turkey Association Agreement*, The Hague, *Kluwer Law International*, 2000.

C. Z. Pirim, *Un exemple d'association à la communauté européenne: le cas de la Turquie*, Bruxelles, *Bruylant*, Col. Organisation internationale et relations internationales, 2012.

Makaleler

D. Akagül, "Association CEE-Turquie: à la recherche d'une nouvelle dynamique", *RMC*, n° 303, 1987, s. 3-13.

S. Barbou des Places, "La libre circulation des travailleurs turcs dans l'UE", in P. Chabal et A. de Raulin (sous dir.), *Les chemins de la Turquie vers l'Europe*, *Artois Presses Université*, 2002, s. 179

J. Charpentier, “Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté”, *RMCUE*, 1997, p. 413 à 421.

G. De Moffarts, “La libre circulation des travailleurs de nationalité turque et des membres de leur famille”, *RDE*, mars-avril, 1985, n° 33, s. 50-52

A. de Walsche, “Le contrôle juridictionnel des accords internationaux”, J.-V. Louis, M. Dony (yönetiminde), *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE et de l’Union européenne, Relations extérieures*, 12. cilt, Bruxelles, Ed. de l’Université, p. 141 à 166.

Y. Doutriaux, “L’Union européenne et la Turquie d’ici 2020: convergences ou divergences ?”, *RMCUE*, 2010, n° 542, octobre-novembre, s. 582-588.

I. Göçmen, “To Visa or Not to Visa: That Is the (Only) Question, or Is It? - Case C-228/06, Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v. Bundesrepublik Deutschland [2009] ECR I-1031”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2010, s. 149-162

A. Hoogenboom, “Moving forward by standing still?: First admission of Turkish workers: comment on «Commission v Netherlands (Administrative Fees)”, *ELR*, 2010, Vol. 35, n°5, Octobre, s. 707-719.

E. Leray et A. Potteau, “Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne”, *RTDE*, 1998, p. 535 à 571.

G. Lesort, “L’Association avec la Turquie”, in *L’Association à la Communauté Économique Européenne. Aspects juridiques*, W. J. Van Der Meersch et A. GANSHOF (Sous la dir. de), Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, s. 89 à 111.

F. Mariatte, “Sur l’éventuelle responsabilité des Communautés pour la mise en oeuvre de l’Accord d’association avec la Turquie”, *Europe*, 2006, n°5, s. 14-15.

Y. Renier, «Le protocole additionnel à l’Accord d’Ankara et ses implications pour le développement économique de la Turquie», *RMC*, 1972, s. 162

J. Rideau, “Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE – Réf-

lexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux”, *RGDI publ.*, 1990.

E. Tezcan, “Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l’Union européenne à la lumière des arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2001, n° 445, s. 117-128.

E. Tezcan, I. Narin, “Free movement of persons between Turkey and the EU: to move or not to move? The response of the judiciary”, *CMLR*, 2009, v. 46, n. 5, October, s. 1621-1665.

B. Tornay, “L’effet direct des traités internationaux dans l’ordre juridique de l’Union européenne”, *RDUE*, 2006, p. 325 à 350.

J.-V. Louis, “L’insertion des accords internationaux dans l’ordre juridique de la Communauté et des États membres”, J.-V. Louis, M. Dony (yönetiminde), *Commentaire J. Megret*, 12. cilt, *Relations Extérieures*, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2005, p. 113 à 140.

EVLİLİĞİN BUTLANININ EVLENME NEDENİYLE KAZANILAN TÜRK VATANDAŞLIĞINA ETKİSİ HUSUSUNDA DEĞERLENDİRMELER

*Assessments on the Impact of Nullity of Marriage on the Acquisition
of Turkish Nationality by Way of Marriage*

Doç. Dr. Rifat ERTEN *

ÖZET

Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Türk vatandaşıyla evli yabancı, Türk vatandaşlığını İçişleri Bakanlığının kararıyla kazanabilir. 5901 sayılı Kanun m. 16(3)'de, evliliğin butlanına karar verilmesi hâlinde, evlilik nedeniyle Türk vatandaşlığını kazananların, evlenmede iyiniyetli iseler vatandaşlıklarını muhafaza edecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak, Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin Yönetmelik m. 31(1) evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, evliliğinin butlanına karar verilmesi hâlinde Türk vatandaşlığını kaybedeceğini belirtmiştir. Aynı maddede, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancının, Bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyiniyetli olduğunun tespiti durumunda Türk vatandaşlığını muhafaza edeceği de ifade edilmiştir. Makalede, söz konusu hükümler, Anayasa m. 66/III, Türk vatandaşlık hukukunun ilkeleri ve 5901 sayılı Kanunun sistematiği bağlamında değerlendirilmiştir. Ayrıca, evliliğin butlanıyla ilgili kanunlar ihtilâfi ve milletlerarası usûl hukuku meselelerine de değinilmiştir.

Anahtar Kavramlar: Türk vatandaşlık hukuku, Türk Vatandaşlığı Kanunu, Türk vatandaşlığının kazanılması, evlenme, evlenmenin butlanı.

ABSTRACT

Acquisition of Turkish nationality by way of marriage is regulated under Article 16 of the Turkish Nationality Act, numbered 5901. According to the said provision a foreign spouse married to a Turkish national can acquire Turkish nationality following the decision of the Ministry of Interior Affairs. Article 16(3) states that in the event of

* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
rifaterten@gmail.com

declaration of nullity of marriage, persons who have acquired Turkish nationality by way of marriage shall keep their nationality provided that they got married in good faith. On the other hand Article 31(1) of the By-Law on the Implementation of Turkish Nationality Act states that persons who have acquired Turkish nationality shall lose their nationality in the event of declaration of nullity of marriage. Article 31(1) also states that a foreigner who acquired Turkish nationality by way of marriage shall keep his/her nationality, only if it is determined by an investigation of Ministry of Interior Affairs that he/she was in good faith in marriage. This article aims to evaluate the said provisions as regards Article 66/III of the Turkish Constitution, principles of Turkish nationality law and the system of the Turkish Nationality Act. Issues on conflict of laws and international procedure as regards nullity of marriage are also covered.

Key Words: Turkish nationality law, Turkish Nationality Act, Acquisition of Turkish nationality, marriage, nullity of marriage.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Evlilik, vatandaşlığın kazanılması ve/veya kaybı sonucu doğuran hukukî ilişki türlerinden biri olarak hukuk sistemlerinin düzenleme konuları arasında yer almıştır¹. Yirminci Yüzyılın başlarında, çoğunlukla ailede vatandaşlık/tâbiyet birliğinin sağlanmasını amaç edinen klâsik tez/yaklaşım uyarınca kadının vatandaşlığının kocasına tâbi olduğu fikri kabul edilmiştir². Kabulde, o zamanın hukuk anlayışına göre evli kadının ehliyetsizliği, kocanın ailenin başkanı/reisi olması etkilidir³. Buna göre, vatandaşlık kanunlarında yabancıyla evlenen

¹ Çağımız modern hukuk sistemlerinde evlilik, daha çok vatandaşlığın sonradan kazanılması yollarından biri olarak düzenlenmektedir. Örn. bkz. İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybına Dair Federal Kanun m. 27-28 [Kanun için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Switzerland>>, (01.09.2014)]; Alman Vatandaşlık Kanunu § 9 [Kanun için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Germany>>, (01.09.2014)]; Fransız Medenî Kanunu m. 21.2 [Kanun için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=France>>, (01.09.2014)].

² Nedenler için bkz. **NOMER, Ergin**: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul: Filiz 2014, s. 96; **BERKİ, O. Fazıl**: “*Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Etkisi*”, AÜHFD, 1946, C. 3, S. 1, s. 47; **AYBAY, Rona**: Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi, Ankara: AÜSBF 1980, s. 4 vd.; **SANDYS, Edwina**: Women, Nationality and Citizenship, UN Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs, June 2003, s. 5.

³ **BERKİ**, s. 47; **FİŞEK, Hicri**: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara: AÜHF 1959, s. 80; **BER-**

kadının, sırf evliliği nedeniyle, iradesine bakılmaksızın kocasının vatandaşlığını kazanması; paralel olarak yabancıyla evlendiği için de mevcut vatandaşlığını kaybetmesi yönünde düzenlemelere gidilmiştir. Ancak feminist hareketlerin ve insan haklarına dair gelişmelerin etkisiyle, milletlerarası sözleşmelerde, kadının vatandaşlığının bağımsızlığı (modern tez/yaklaşım) yönünde hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, bazı uluslararası sözleşmelerde yabancıyla evlenen kadının vatansız kalmasının engellenmesi, vatandaşlık kazanmada kadının iradesine bakılması; bazılarında ise cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması yönünde hükümler kabul edilmiştir⁴. Örneğin vatandaşlık konusunda en yeni

Kİ, O. Fazıl: “*Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyete Etkisi*”, Prof. Dr. H. C. OĞUZOĞLU’na Armağan, Ankara: AÜHF 1972, s. 89 [1972]. Ayrıca bkz. **DOĞAN, Vahit:** Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara: Savaş 2014, s. 84 vd.

⁴ Vatandaşlığa dair evrensel düzeyde ilk çok taraflı uluslararası sözleşme niteliği taşıyan ve Milletler Cemiyetinin öncülüğünde hazırlanan 12.04.1930 tarihli Vatandaşlık Kanunlarının İhtilâfına Dair Bazı Sorunlara İlişkin Lahey Sözleşmesinin, “*Evli Kadının Vatandaşlığı*” başlıklı üçüncü bölümü altındaki 8 ilâ 11. maddeler, kadının evlenmesi, kocasının vatandaşlığının değişmesi, evliliğinin sona ermesi hâlinde vatansız kalmasını önlemeyi amaç edinmiştir; sadece, kocanın vatandaşlığında telsikle değişiklik olması durumunda, kadının iradesinin aranacağı belirtilmiştir. Türkiye, Sözleşmeye taraf değildir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/databases/international-legal-norms/?styp=3>>, (01.09.2014). Sözleşmenin üçüncü bölümündeki hükümlerin Türkçe çevirisi için bkz. **AY-BAY**, s. 131-132. Kocanın vatandaşlığını esas alması itibarıyla Sözleşme, bu konuda mücadele içinde olanları tatmin etmemiştir. Çabalar, Birleşmiş Milletlerin [BM] kurulmasından sonra da devam etmiştir. Kadınların Statüsü Komisyonunun girişimleriyle, kadınların siyasî, ekonomik, sivil ve eğitim alanlarında haklarının artırılması yönündeki çalışmalar neticesinde, New York’ta 20.02.1957 tarihli Evli Kadınların Vatandaşlığına İlişkin Sözleşme imzalanmıştır. 11.08.1958 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye Türkiye taraf değildir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/databases/international-legal-norms/?styp=3>>, (01.09.2014). Sözleşmenin ilgili maddelerinin çevirisi için bkz. **AY-BAY**, s. 135-136. Evli kadının vatandaşlığı hususunda kocasından bağımsız olması yönünde hükümler içeren Sözleşme, taraf olmayan devletlerin düzenlemelerini de etkilemiştir. Bu sözleşmelerin yanında, Amerikan Devletleri Konferansı bünyesinde yapılan sözleşmelerde, eşitlik esasına dayalı hükümler kabul edilmiştir. 26.12.1933 tarihli Kadınların Vatandaşlığı Konusunda Montevideo Sözleşmesinin 1. maddesinde, vatandaşlığa ilişkin düzenleme ve uygulamalarda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmayacağı hükmü bağlanmıştır. Yine aynı tarihli Vatandaşlık Hakkında Montevideo Sözleşmesinin 6. maddesinde, evliliğin veya evliliğin sona ermesinin, kocanın, karının ya da çocukların vatandaşlığı üzerinde etkisi olmayacağı belirtilmiştir. Sözleşme metinleri için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/databases/international-legal-norms/?styp=3>>, (01.09.2014). Bölgesel nitelik taşımamasına rağmen, bu hükümlerin uluslararası metinlerde yer alması önemli bir adım sayılmaktadır. Son olarak Türkiye’nin de tarafı olduğu 18.12.1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türül Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin BM Sözleşmesi [CEDAW] m. 9(1) hükmü şu şekildedir: “*Taraf Devletler; tabiiyetin kazanılmasında, değiştirilmesinde veya muhafazasında kadınlara erkekler ile eşit haklar tanyacaklar ve özellikle bir yabancıyla evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın*

çok taraflı milletlerarası sözleşme niteliğini taşıyan 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin⁵ m. 4(d) hükmünde, kadın/erkek ayırımı yapılmaksızın, evliliğin yapılması veya sona ermesinin ya da evlilik sırasında eşlerden birinin vatandaşlığını değiştirmesinin diğer eşin vatandaşlığını kendiliğinden/otomatikman etkilemeyeceği; m. 5(1)⁶ de ise, vatandaşlık kanunlarının, cinsiyet, din, ırk, renk veya millî ya da etnik orijine dayalı farklılık içermeyeceği veya uygulamaya gidilemeyeceği belirtilmiştir. Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, kadının vatandaşlığının bağımsızlığını sağlamanın yanında, çocukların vatandaşlık kazanmalarında da eşitlik esasına uygun düzenlemeler yapılmasını gerekli kılar⁶. Milletlerarası alandaki bu gelişmelere bakıldığında, modern hukuk sistemlerinde çoğunlukla eşlerle ilgili cinsiyet ayrımcılığı yapılmaksızın düzenlemelerin yapıldığı söylenebilir. Bununla birlikte, eski anlayışın etkilerinin devam ettiği hukuk düzenlerine ve mahkeme kararlarına da rastlanabilmektedir⁷.

Çabalar ve düzenlemeler eşlerin birbirlerinin ya da birinin diğerinin vatandaşlığını kazanmasını, yani ailede vatandaşlık birliğinin sağlanmasını önlemeye yönelik değildir. Aksine, devletlerin, eşlerin birbirlerinin vatandaşlığını kazanabilmesini kolaylaştıran hükümler getirmesi arzu edilmektedir. Örneğin, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin 6. maddesinin dördüncü fıkrasında, taraf devletlerin, kendi vatandaşlığını kazanmasını kolaylaştıracakları kişiler arasında, vatandaşlarıyla evli olanlar da sayılmıştır. İstenen, tarafların menfaat-

tâbiyetini değiştirmesinin, kadının da otomatik olarak tâbiyet değiştirmesine, tâbiyetsiz kalmasına veya kocanın tâbiyetini zorla almasına yol açmamasını sağlayacaklardır.” Sözleşme için bkz. RG 14.10.1985, S. 18898.

⁵ Türkiye Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine taraf değildir. Sözleşme metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=166&CM=8&DF=12/04/2014&CL=ENG>>, (01.09.2014). Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. **AYBAY, Rona:** Vatandaşlık Hukuku, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006, s. 449-461 [*Vatandaşlık Hukuku*]. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. **GÜNGÖR, Gülin:** “*Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*”, MHB, 2000, Y. 17-18, S. 1-2 (1997-1998) [Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan], s. 229-250.

⁶ Bu konuda CEDAW m. 9(2) hükmü örnek verilebilir: “*Taraf devletler, çocukların tâbiyeti konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlayacaklardır.*”

⁷ Bkz. **KNOP, Karen/CHINKIN, Christine:** “*Remembering Chrystal MACMILLAN: Women’s Equality and Nationality in International Law*”, Michigan Journal of International Law, 2000-2001, V. 22, s. 527 vd.; **PRADHAN-MALLA, Sapana/GAUTAM, Phanindra:** “*Women’s Right to Nationality and Citizenship*”, IWRAP Asia Pacific Occasional Papers Series No. 9, Kuala Lumpur/Malaysia: IWRAP Asia Pacific 2006, s. 6-7.

lerine öncelik verilerek, konunun eşitlik ilkesi çerçevesinde ilgilinin iradesine bırakılmasıdır. Eşler, aile birliğinin daha kolay kurulması, korunması ve devamı bağlamında, birbirlerinin vatandaşlığını kazanmayı tercih edebilirler. Zira vatandaşlığı kazanmayan eşle ilgili, ülkeye giriş, ikamet ve çalışma hakları açısından kolaylıklar sağlansa da, yabancı olmaları nedeniyle, yine de bazı sınırlamalara tâbi tutulmaları mümkündür. Günümüzde, özellikle, çifte/çok vatandaşlığın engellenmesine dair ilkenin eski önemini yitirmesi de, evlenen eşlerin birbirlerinin vatandaşlığını kazanmasını kolaylaştırmaktadır.

Türk hukukunda evlilik, tek başına vatandaşlığın iradî veya irade dışı kaybı nedenlerinden biri değildir; bununla birlikte, bir Türk vatandaşı ile evli yabancı, olağan telsike kıyasla daha kolay yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilir⁸. Konu, 29.05.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun⁹ [5901 sayılı Kanun] 16. maddesinde, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarından biri olarak düzenlenmiştir. 5901 sayılı Kanundaki düzenlemenin, “*eşlerin vatandaşlığının bağımsızlığı*”na dair modern yaklaşıma uygunluk gösterdiğini, ancak diğer yandan “*ailede vatandaşlık birliğini*” sağlamayı amaçlayan düşünceyi de göz ardı etmediğini söyleyebiliriz¹⁰. Kanundaki şartları taşıyan yabancı, Türk vatandaşlığını kazanma isteminde bulunduğu anda, yetkili makam olan İçişleri Bakanlığının kararıyla vatandaşlığa alınabilmektedir. Aranılan şartları taşımak, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak bahsetmez (5901 sayılı Kanun m. 10(1)); İçişleri Bakanlığının bu konuda takdirî yetkisi söz konusudur.

5901 sayılı Kanun m. 16'nın üçüncü fıkrasında, evliliğin butlanına karar verilmesi hâlinde, evlilik nedeniyle Türk vatandaşlığını kazananların, evlenmede iyiniyetli iseler vatandaşlıklarını muhafaza edecekleri hüküm altına

⁸ 5901 sayılı Kanun m. 16 uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılması, ancak Türk vatandaşıyla *evli* olan yabancılar hakkında uygulama alanı bulur. Evlilik, Türk hukukundaki anlamıyla, kadın ve erkeğin, maddî ve şeklî şartlarını yerine getirerek bu ad altında kurulan hayat birlikteliğini ifade eder. Dolayısıyla, bazı ülke hukuklarında son dönemlerde düzenleme konusu yapılan “tescilli birliktelik”, “hayat ortaklığı” adı altındaki birliktelikler, m. 16 uyarınca Türk vatandaşlığı için başvurabilme hakkı doğurmaz: **NOMER**, s. 100, dph. 66.

⁹ RG 12.06.2009, S. 27256.

¹⁰ **GÜNGÖR, Gülin**: Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler), B. 2, Ankara: Yetkin 2014, s. 114-115 [*Tâbiyet Hukuku*].

alınmıştır. 11.02.2010 tarih ve 2010/139 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹¹ [*Yönetmelik*] “*Evliliğin iptalinde iyiniyetin korunması*” başlıklı 31. maddesinin ilk fıkrasında, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, evliliğin butlanına karar verilmesi hâlinde vatandaşlığını kaybedeceği; ancak, İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyiniyetli olduğunun tespiti durumunda bu kişinin Türk vatandaşlığını muhafaza edeceği belirtilmiştir.

Ayrıca, 5901 sayılı Kanun m. 31(1)’de, Türk vatandaşlığının kazanılması, ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuşsa, vatandaşlığı kazanma kararının, kararı veren makamca iptal edileceği; TVK m. 40’da ise, vatandaşlığın kazanılması veya kaybına ilişkin kararların hukukî şartlar oluşmadan veya mükerrekler olarak verildiğinin sonradan anlaşılması hâlinde geri alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Çalışmamızda, 5901 sayılı Kanun m. 16’ya ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, belirtilen hükümler ve Kanunun sistematığı dâhilinde, 16. maddenin üçüncü fıkrasının anlamı tartışılacaktır. Yeri geldikçe, konuyla ilgili olduğu kadarıyla 5901 sayılı Kanundan önceki düzenlemelere de değinilecektir.

I. GENEL OLARAK TÜRK VATANDAŞLIĞININ EVLENME YOLUYLA KAZANILMASI

Türk hukukunda, Cumhuriyet tarihinde¹² yürürlüğe giren tüm kanunlarda, farklı şekillerde ve şartlarda da olsa evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması hususu düzenlenmiştir. 23.05.1928 tarih ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹³ [*1312 sayılı Kanun*] m. 13/I’in ilk iki cümlesinde “*Türklerle evlenen ecnebî kadınlar Türk vatandaşı olurlar. Ecnebîlerle evlenen Türk kadınları*

¹¹ RG 06.04.2010, S. 27544.

¹² Çalışmanın kapsamını çok genişletmemek için Osmanlı Devleti dönemindeki düzenlemelere değinilmemiştir. Bu döneme ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. **UNAT, İlhan:** Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları), Ankara: AÜSBF 1966, s. 1-37; **FİŞEK,** s. 81 vd.; **BERKİ,** s. 48-49; **AYBAY,** s. 63-74; **AYBAY,** Vatandaşlık Hukuku, s. 68-70; **OSMANAĞAOĞLU, Cihan:** Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, İstanbul: Legal 2004, s. 200 vd.

¹³ RG 04.06.1928, S. 904.

Türk kalırlar...” hükmüne yer verilmiştir. Evliliğin vatandaşlığa etkisi meselesini sadece kadınlar açısından düzenleyen hükme göre, Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadın, iradesine bakılmaksızın Türk vatandaşlığını evlilik nedeniyle kendiliğinden kazanırken¹⁴; yabancı erkekle evlenen Türk vatandaşı kadın vatandaşlığını muhafaza etmektedir. Kanun koyucunun, dönemin koşulları çerçevesinde, bir yandan nüfusun artırılmasını sağlamayı, diğer yandan azalmasını önlenmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır¹⁵.

1312 sayılı Kanunu ilga ederek yürürlüğe giren 11.02.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹⁶ [403 sayılı Kanun] dönemini, 2003 yılı öncesi ve sonrası olarak ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. 403 sayılı Kanunun 5. maddesinin ilk hâlinde, Türk vatandaşı erkekle evlenen *yabancı kadınların* Türk vatandaşlığını kazanması hususu düzenlenmiştir. Bunun yanında, istisnaî vatandaşlığa alınmanın düzenlendiği¹⁷ 7. maddede, bu yola başvurabilecekler arasında “(b)ir Türk vatandaşı ile evli olanlar” a yer verilmiştir (403 sayılı Kanun m. 7/I, b)¹⁸. Hatta 7. maddeye göre, “(b)ir Türk vatandaşıyla evlenme kararıyla Türkiye’de yerleşmiş olanlar” da, istisnaî yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişiler arasında sayılmıştır (403 sayılı Kanun m. 7/I, ç)¹⁹. Madde 7’de kadın/erkek ayırımı yapılmadığından, şartları taşıyan yabancı kadın veya erkek bu yola başvurma hakkına sahiptir. Ancak, kadınlar açısından

¹⁴ 1312 sayılı Kanun m. 13’ün ikinci fıkrasında, evlilik nedeniyle vatandaşlık kazanan kadınlara, seçme hakkı tanınarak, evliliğin zevalinden itibaren tâbiyeti asliyelerine dönebilmelerine imkân verilmiştir.

¹⁵ BERKİ, s. 51; GÖGER, Erdoğan: Türk Tâbiyet Hukuku, B. 4, Ankara: AÜHF 1979, s. 60; AYBAY, s. 88.

¹⁶ RG 22.02.1964, S. 11638.

¹⁷ 403 sayılı Kanunun 7. maddesinde, istisnaî yoldan Türk vatandaşlığını kazanacak gruplar ve bu yoldan vatandaşlığın kazanılmasının şartları ile yetkili makam belirtilmiştir. Sayılan kişiler, genel olarak vatandaşlığa alınmanın düzenlendiği 403 sayılı Kanun m. 6’da yedi bend hâlinde sayılan şartlardan, müracaat tarihinden geriye doğru beş yıl ikamet etme ve Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etme şartları aranmaksızın, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına alınabilirler.

¹⁸ 403 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte [Yönetmelik (403)], bu grup, “(b)ir Türk vatandaşı ile resmen evli olanlar” şeklinde belirtilmiştir. Yönetmelik (403) için bkz. RG 01.07.1964, S. 11742.

¹⁹ Yönetmelik (403)’te, bu gruba ilişkin daha belirgin bir çerçeve çizilmiştir: “Muntazam pasaportla, iltica sureti ile veya herhangi bir şekilde Türkiye’ye gelmiş ve bir Türk vatandaşı ile karı koca hayatı yaşamaya başlamış, çocukları olmuş veya evlenmeleri kararlaştırılmış ve bu maksatla da Türkiye’de yerleşmiş olanlar”

m. 5 uyarınca vatandaşlığın kazanılması, tanınan seçme hakkı nedeniyle daha kolaydır. 403 sayılı Kanun m. 5’de seçme hakkının m. 42’de belirtilen usûlde kullanılması gerektiği de belirtilmiştir²⁰. Bu usûle riayet etmemesi, yani zamanında seçme hakkını kullanmaması hâlinde yabancı kadın m. 7/I, b hükmü uyarınca, istisnâi vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunabilir. Madde 5’de ayrıca, vatansızlığın önlenmesi amacıyla, vatandaşlığın kanun yoluyla kazanılmasını sağlayan iki duruma yer verilmiştir. Buna göre, evlendiğinde zaten vatansız olan yahut Türk vatandaşı erkekle evlenmekle mevcut vatandaşlığını kaybeden kadın *kendiliğinden/otomatikman* Türk vatandaşlığını kazanır; kadının bu yönde iradesi aranmadığı gibi, yetkili makamın kararına da gerek bulunmamaktadır²¹. Vatansızlığı önlemeye yönelik bu hüküm, doktrinde de tasvip görmüştür²².

403 sayılı Kanunun 5. maddesi, 04.06.2003 tarih ve 4866 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun²³ 1. maddesi ile tamamen değiştirilmiştir. Değişiklik sonrasındaki hüküm, bazı farklılıklar bulunmakla birlikte büyük oranda 5901 sayılı Kanunda da korunmuştur. Değişiklik sonrası 5. maddenin ilk fıkrasında, Türk vatandaşı ile evlenmenin kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmeyeceği ilkesi belirtildikten sonra, “... bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları

²⁰ 403 sayılı Kanun m. 42’ye göre, beyanın, evlenme Türk makamları önünde yapılıyorsa evlenme anında evlendirme makamına; yetkili yabancı makamlar önünde yapılıyorsa, evlenmeyi tescil ile görevli Türk makamlarına evlenme akdinden başlayarak bir aylık süre içinde yazılı bir şekilde yapılması gerekmektedir.

²¹ 403 sayılı Kanunda, m. 5 ve 7 dışında da, evliliğin vatandaşlığa etkisi hususunda hükümlere yer verilmiştir. 403 sayılı Kanunun 19. maddesinde yabancı ile evlenen Türk kadının Türk vatandaşlığını kaybetmesi; 13. maddesinde, m. 19 uyarınca Türk vatandaşlığını kaybeden kadının, evlenmenin sona ermesinden sonra Türk vatandaşlığına dönmesi; 28. maddesinde, 5. maddeye göre Türk vatandaşlığını kazananların Türk vatandaşlığından ayrılması hususları düzenlenmiştir. Madde 13, 19 ve 28’de kadına seçme hakkı tanınmıştır. Konumuzla doğrudan ilgili olmadığından, çalışmamızda bu hükümlere değinilmeyecektir.

²² BERKİ, 1972, s. 94; GÖĞER, s. 63.

²³ RG 12.06.2003, S. 25136. 4866 sayılı Kanunla, 403 sayılı Kanunda, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hüküm dışında da önemli değişiklikler getirilmiştir. Değişikliklerle ilgili değerlendirmeler için bkz. SARGIN, Fügen: “Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Değişiklik Yapan 2003 Tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme”, AÜ-HFD, 2004, C. 53, S. 1, s. 27-63.

ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar.” hükmüne yer verilmiştir²⁴. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancının, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmesi durumunda Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacağı hükme bağlanmıştır. Madde 5’in yeni hâlinde, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında kadın/erkek ayrımı kaldırılmıştır. Ayrıca, öncesine kıyasla, yabancı kadınlar açısından vatandaşlığın kazanılması biraz daha zorlaştırılmıştır²⁵. Türk vatandaşıyla evlenen yabancı, evlenme nedeniyle mevcut vatandaşlığını kaybediyorsa, Türk vatandaşlığını iradesine ve herhangi bir yetkili makamın kararına gerek olmaksızın, kanun gereği kazanmaktadır²⁶. Bununla birlikte, m. 5/I’ın son cümlesinin lafzı nedeniyle, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının, yetkili makam kararıyla mı, yoksa seçme hakkının kullanılması yoluyla mı kazanma olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı çıkmıştır²⁷. Madde 5’de yapılan değişiklik-

²⁴ Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin söz konusu değişikliklerle ilgili bilgi için bkz. **ERDEM, B. Bahadır**: “4686 sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu’nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu İle Kazanılması”, MHB, 2003, Y. 23, S. 1-2 [Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan], s. 339-361; **GÜN-GÖR, Gülin**: “The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment”, ALR, 2004, V. 1, No. 1, pp. 29-49 [Marriage]; **GÜVERCİN, Ayşe**: “Türk Vatandaşı ile Evlenen Yabancılar Hakkında Türk Vatandaşlık Kanunu’nda Getirilen Yeni Düzenleme”, KOÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, S. 5, s. 27-41; **AYBAY**, Vatandaşlık Hukuku, s. 136 vd.; **SARGIN**, s. 29 vd.

²⁵ Değişiklik sonrasında evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması ve KKTC vatandaşlarının Türk vatandaşlığını kazanmaları hususları, değişiklik getiren kanun hükümlerinin gereği olarak ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiştir: 04.05.2004 tarih ve 2004/7275 sayılı Türk Vatandaşı ile Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik [2004/7275 sayılı Yönetmelik]. 2004/7275 sayılı Yönetmelik için bkz. RG 24.05.2004, S. 25471.

²⁶ Bununla birlikte evlendiğinde vatansız olanların da Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacağına ilişkin önceki hükme yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bunlar da evlenme yoluyla ancak şartlarını taşımaları hâlinde Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

²⁷ Hükümde geçen “*inceleme ve soruşturma*” ifadesi, hükmün gerekçesi ve ilgili 2004/7275 sayılı Yönetmelikten yola çıkılarak, yetkili makam kararıyla kazanmanın (**AYBAY**, Vatandaşlık Hukuku, s. 137-138; aynı yönde **ERDEM**, s. 353, 355, 358); buna karşılık, hükmün,

le kadın/erkek ayırımı kaldırılmış olmakla birlikte, m. 7'deki hükümlere dokunulmamıştır. Dolayısıyla, Türk vatandaşıyla evli yabancı kadın veya erkek için, Türk vatandaşlığını kazanmaya yönelik iki yol ortaya çıkmıştır.

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması, 5901 sayılı Kanun m. 16'da düzenlenmiştir. Madde 16'nın ilk fıkrasında da, evlilik nedeniyle doğrudan vatandaşlık kazanılamayacağı ilkesi hükmüne bağlanmıştır. Evlilik yoluyla Türk vatandaşlığına alınma başvurusunu, bir Türk vatandaşı ile üç yıldan beri evli olanlar ve bu evliliği devam eden yabancılar yapabilirler. Başvuru sahiplerinde, aile birliği içinde yaşama, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hâli olmama şartları aranır. Maddede, başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü durumunda, evliliğin devam etmesi şartının aranmayacağı da belirtilmiştir. Buna göre, hem vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunulduğunda, hem de –başvuru sonrası eşin ölümü hariç– kararın verildiğinde evliliğin devam ediyor olması gerekmektedir. Vatandaşlığa alınma başvurusunun, eğer Türkiye'de ikamet ediliyorsa, ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere yapılması gerekir (5901 sayılı Kanun m. 37(1); Yönetmelik m. 64(1)). Yönetmeliğin, 25 ilâ 30. maddelerinde, başvuru, başvuruda aranan belgeler, müracaat makamları (valilik veya konsolosluk), il emniyet müdürlüğü, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonunca yapılacak işlemlere ilişkin detaylı hükümlere yer verilmiştir. Evlilik nedeniyle başvuruda bulunulabilmesi için, diğer eşin evlenme anında Türk vatandaşı olması zorunluluğu yoktur. Ancak bu takdirde, üç yıllık süre, eşin Türk vatandaşlığını kazandığı andan itibaren başlatılır (Yönetmelik m. 25(3)).

5901 sayılı Kanun, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını, yetkili makam kararıyla kazanma şeklinde düzenleyerek; 403 sayılı Kanunun, 4866 sayılı Kanunla değişik 5. maddesinin lafzından kaynaklı görüş ayrılığına

yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması hâllerinden farklı şekilde kaleme alınması; İçişleri Bakanlığının, m. 5/1'de belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, takdiri yetkisinin bulunmaması; idarenin yetkisinin, şartların mevcut olup olmadığını tespitle sınırlanması nedenleriyle, burada seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının söz konusu olduğu ifade edilmiştir: **SARGIN**, s. 33 vd.

son vermiştir²⁸. Hüküm, kadın/erkek ayırımı gözetilmeksizin kaleme alınarak, 403 sayılı Kanunda 4866 sayılı Kanunla getirilen yaklaşımı korumuştur. Evlilik yoluyla vatandaşlığı kazanmada, genel olarak vatandaşlığa alınma için aranan şartlardan, sadece millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engeli bulunmamak şartına yer verilerek, şartlarını taşıyanların daha kolay şekilde Türk vatandaşlığını kazanmasına imkân tanınmıştır. Ancak, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, istisnaî yoldan vatandaşlığın kazanılmasına göre daha zordur²⁹. 403 sayılı Kanunun 7. maddesindeki evlenmeye ilişkin hükümler, 5901 sayılı Kanuna alınmamıştır.

II. EVLİLİĞİN BUTLANI

Evliliğin butlanı, en kısa hâliyle, geçersiz olarak kurulmuş bir evlenmenin mahkeme kararıyla sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır³⁰. Türk hukukunda butlan, mutlak ve nisbî olmak üzere ikiye ayrılır. Her ikisine ilişkin nedenler, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda³¹ [TMK] sınırlayıcı/ tahdidî bir şekilde sayılmıştır (TMK m. 145 vd.). Mutlak butlanla, nisbî butlan arasındaki farklardan birisi, ilkinin kamu düzenini ilgilendiren bir niteliği olmasına rağmen, ikincisi taraflarla ilgilidir³². Bu itibarla, mutlak butlan davasını açma yetkisi, Cumhuriyet savcısına ve ilgililere de tanınmıştır; hatta Cumhuriyet savcısı, mutlak butlan davasını açma hususunda görevlendirilmiştir (TMK m. 146). Oysa nisbî butlan davasını, ilgili eş veya yasal temsilcisi açabilir. İkinci bir fark ise, dava açma süreleri açısından dır. Nisbî butlan davası belli bir sürede açılması gerekirken (TMK m. 151); mutlak butlan davasında herhangi bir zaman öngörülmemiştir. TMK’da sayılan mutlak butlan ve nisbî butlan

²⁸ **ERTEN, Rifat:** “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. I, Ankara: Turhan 2010, s. 941.

²⁹ **TİRYAKİOĞLU, Bilgin:** “Yeni Türk Vatandaşlığı Kanununun Eleştirel Analizi”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler - Uluslararası Sempozyum Bildirileri (15-16 Mayıs 2009, Eskişehir), (Ed. Kay HAILBRONNER/Bilgin TİRYAKİOĞLU/Esin KÜÇÜK/Katja SCHNEIDER), Ankara: TBB 2010, s. 40.

³⁰ **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa A.:** Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz 2011, s. 77.

³¹ RG 08.12.2001, S. 24607.

³² **AKINTÜRK, Turgut/ATES KARAMAN, Derya:** Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, B. 14, İstanbul: Beta 2012, s. 209; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ,** s. 77.

nedenleri arasında evliliğin muvazaalı olması sayılmamıştır. Dolayısıyla Türk hukukuna göre muvazaa, evliliğin hükümsüzlüğü nedeni değildir³³; bununla birlikte, 5901 sayılı Kanunun 16. maddesine göre, evliliğin fiilen de gerçek bir evlilik olması şartının aranması karşısında Türk vatandaşlığının kazanılmasına engel teşkil edebilecektir³⁴.

Vatandaşlığın kazanılması sonucunu doğuran evliliğin butlanına ilişkin dava, Türkiye’de açılabilir. Bu takdirde mahkeme, yabancı unsur içeren bu uyuşmazlık hakkında, yetkili ve görevli olduğunu tespit ettikten sonra uygulanacak hukuku tayin edecektir. Neticede, Türk hukukunun veya yabancı bir hukukun uygulanması gerekebilir. Evliliğin butlanı davasının yabancı bir ülkede açılması ve evliliğin butlanı kararının yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi de mümkündür. Bu takdirde, butlan kararının Türkiye’de nasıl etki doğuracağı hususu gündeme gelecektir.

Evliliğin butlanı kararının kazanılan vatandaşlık üzerindeki etkisine değinmeden evvel, bu konuların açıklanması önem taşımaktadır.

A. Evliliğin Butlanı Davasının Türkiye’de Açılması

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türkiye’de açılan evliliğin butlanı davasında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun³⁵ m. 4 uyarınca, aile mahkemeleri *görevlidir*³⁶. Aile mahkemesi kurulmayan yerlerde, 4787 sayılı Kanun kapsamına giren dava ve işlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenmiş asliye hukuk mahkemesi görevlidir (4787 sayılı Kanun m. 2/II).

Vatandaşlığın kazanılmasına dayanak olan evliliğin butlanı dava edildiğin-

³³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 214; NOMER, s. 102.

³⁴ NOMER, s. 102-103; GÜNGÖR, Tâbiyet Hukuku, s. 116.

³⁵ RG 18.01.2003, S. 24997. 4787 sayılı Kanunun 4. maddesi, 14.04.2004 tarih ve 5133 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası bugünkü hâlini almıştır. 5133 sayılı Kanun için bkz. RG 20.04.2004, S. 25439.

³⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 229; TANRIVER, *Süha*: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara: Yetkin 2014, s. 35-36; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 93.

den, taraflardan en azından birisi Türk vatandaşıdır³⁷. Evliliğin butlanı, kişi hâllerine ilişkin bir konu olduğundan³⁸, yer itibariyle yetkili mahkeme 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun³⁹ [MÖHUK] 41. maddesine göre belirlenecektir⁴⁰. Evliliğin butlanı nedeniyle kişinin sonradan Türk vatandaşlığını kaybetme ihtimalinin bulunması, MÖHUK m. 41'in uygulanmasını engellemeyecektir⁴¹.

MÖHUK m. 41'de, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkiyi haiz mahkemeler alternatif olarak belirlenmemiştir; dolayısıyla, maddedeki sıralamaya riayet edilmelidir. MÖHUK m. 41'de, ilk sırada "*Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkeme*"ye yer verilmiştir. Buna göre, yetkili mahkemenin iç hukukun yetki kurallarına göre tespiti gerekmektedir. TMK m. 160 uyarınca, evliliğin butlanı davasında, yetki ve yargılama usûlü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Boşanma davalarında yetkili mahkemeyi belirleyen TMK m. 168'e göre, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da eşlerin davadan önce son altı aydır birlikte oturdukları yer mahkemesi, evlenmenin butlanı davasında da yetkilidir. Buna göre, evliliğin butlanı davası, yetkili kılınan bu yer mahkemelerinden birinde açabilir. Eşlerin yerleşim yeri ile son altı aydan beri oturulan yer aynı ise, yer itibariyle yetkili tek bir mahkeme vardır. Yargıtay, TMK m. 168'de belirtilen mahkemelerin yetkisinin, kesin yetki niteliğinde olmadığını belirtmektedir⁴². Ancak,

³⁷ Eşin Türk vatandaşlığını kazanmasından sonra, diğer eş Türk vatandaşlığını iradî veya gayri iradî kaybetmiş olabilir.

³⁸ **TİRYAKİOĞLU, Bilgin:** "*Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*", Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan, Ankara: Yetkin 2012, s. 1145, 1151 [*Türklerin Kişi Halleri*].

³⁹ RG 12.12.2007, S. 26728.

⁴⁰ **TİRYAKİOĞLU,** *Türklerin Kişi Halleri*, s. 1141.

MÖHUK m. 41 hükmü şu şekildedir: "*Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakın olduğu yer, Türkiye'de sakın değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.*"

⁴¹ **NOMER, Ergin:** *Devletler Hususî Hukuku*, B. 20, İstanbul: Beta 2013, s. 455 [DHH].

⁴² "... Boşanma davalarında yetki kamu düzenine ilişkin olmadığından mahkemece kendiliğinden nazara alınamaz...": Yargıtay 2. HD, 06.06.2012, E. 2012/10812, K. 2012/15352 [www.kazanci.com.tr], (01.09.2014)]; "... Boşanmada kesin yetkiden söz edilmediğine göre her yer asliye hukuk mahkemesinde dava açılması imkan dahilindedir. Yetki ilk itiraz

doktrinde TMK m. 168'deki yetki kuralını, niteliği itibariyle kesin yetki kuralı kabul eden hukukçular da vardır⁴³. Dolayısıyla, eşlerden biri evliliğin butlanı davasını, TMK m. 168'de belirtilenler dışındaki bir mahkemede açtığında mahkemenin, Yargıtay'a göre, yetki itirazında bulunulmaması hâlinde davanın esasına girmesi⁴⁴; ikinci görüşe göre ise, kesin yetki HMK'da dava şartlarından sayıldığından (HMK m. 114(1)(ç)) davanın her aşamasında yetkisini araştırması gerekmektedir (HMK m. 115)⁴⁵. Doktrinde, evliliğin butlanı davasını, Cumhuriyet savcısı ve eşler dışındaki ilgililerden birisinin açması hâlinde, yetkili mahkemenin HMK m. 6(1) hükmüne göre tespit edileceği, dolayısıyla davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmektedir⁴⁶. Ancak, HMK m. 6'da, boşanma veya butlan davaları hususunda yetkiye ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması, TMK m. 160 yoluyla 168. maddede yetkili mahkemelerin özel olarak belirlenmesi karşısında, dava kim tarafından açılırsa açılsın, yetkili mahkemenin TMK hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini ifade edebiliriz⁴⁷.

Yer itibariyle yetkili mahkeme bulunamazsa, MÖHUK m. 41'deki sıralamada, yetkilendirilmiş diğer mahkemelere sırasıyla bakılacaktır. Türkiye'de

olarak da ileri sürülmemiştir... Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”: Yargıtay 2. HD, 06.05.2003, E. 2003/3625, K. 2003/6711 [<www.kazanci.com.tr>, (01.09.2014)]; Yargıtay HGK, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi döneminde verdiği kararında, şu gerekçelerle, direnen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur: “...boşanma davalarındaki, yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmadığı, diğer bir anlatımla kamu düzeni esasına dayalı olarak konulmadığı, o nedenle ilk (iptidai) itiraz yolu ile, yetkisizlik ileri sürülmedikçe, mahkemenin kendiliğinden yetkisiz olduğunu beyan edip yetkisizlik kararı veremeyeceği sonucunun kabulü gerekir...”: Yargıtay HGK, 22.04.1998, E. 1998/2-276, K. 1998/297 [<www.kazanci.com.tr>, (01.09.2014)]. 743 sayılı Kanun için bkz. RG 04.04.1926, S. 339. Konu hakkında ayrıca bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 280; GENÇCAN, Ö. Uğur: Aile Hukuku, Ankara: Yetkin 2011, s. 497.

⁴³ TANRIVER, s. 59-60 ve aynı eser s. 60, dnp. 28'de zikredilen yazarlar.

⁴⁴ “...evlenmenin butlanı davalarında yetki bakımından boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve bu hususta davalı tarafın herhangi bir itirazının bulunmadığının anlaşılmasına göre...”: Yargıtay 2. HD, 13.05.2010, E. 2009/6395, K. 2010/9708 [<www.kazanci.com.tr>, (01.09.2014)].

⁴⁵ TANRIVER, s. 61.

⁴⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 280; ŞAHİN, Emin: Aile Hukuku Davaları, B. 2, Ankara: Adalet 2012, s. 94.

⁴⁷ Aksi kabul, Anayasanın mahkemelerin yetkilerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 142. ve kanunî hâkim güvencesinin kabul edildiği 37. maddelerine aykırılık teşkil eder.

yer itibariyle yetkili mahkeme bulunmaması hâlinde, evliliğin butlanı davası, ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür. Açılacak davalarda bu sıralamaya riayet edilmesi zorunludur; ancak son basamakta belirtilen mahkemeler birbirinin alternatifini teşkil etmektedir⁴⁸. Bu itibarla, m. 41’de getirilen yetki kuralları, kesin yetki kuralı niteliğindedir⁴⁹. Dolayısıyla, Türklerin kişi hâllerine ilişkin bir dava açıldığında, mahkemenin, m. 41 uyarınca yetkili olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir⁵⁰.

Sadece eşlerin açtığı davalarda değil, Cumhuriyet savcısı, kanunî temsilci veya diğer ilgililerin açacağı Türklerin kişi hâllerine ilişkin *davalarda* da yetkili mahkemenin MÖHUK m. 41 hükmüne göre tespiti gerekmektedir.

2. Uygulanacak Hukuk

Yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesinden sonra, *uygulanacak hukukun* tespiti gerekmektedir. Türk vatandaşlığının kazanılmasının dayanağı olan evlilik yapıldığında, eşlerden biri yabancıdır. Ya da eşlerin ikisi de yabancıdır; ancak, eşlerden biri sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış; eşi ise daha sonra TVK m. 16 uyarınca vatandaşlığa alınmıştır. Yabancı unsur taşıyan bir evlilik olduğundan, butlanı için dava açıldığında, öncelikle kanunlar ihtilâfi kurallarının ve bu kuralların yetkili kıldığı hukukun uygulanması gerekmektedir (MÖHUK m. 2(1)). Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda, evliliğin butlanına uygulanacak özel bir bağlama kuralı vazedilmemiştir; buna gerek de bulunmamaktadır⁵¹. Evliliğin

⁴⁸ **EKŞİ, Nuray:** Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, B. 2, İstanbul: Beta 2000, s. 155.

⁴⁹ **NOMER, DHH,** s. 457. Ancak, MÖHUK m. 41’de, bu davaların yabancı ülke mahkemelelerinde açılabilmesini öngördüğünden, hükümde getirilen yetkinin *münhasır yetki* niteliğinde olmadığı açıktır.

⁵⁰ **NOMER, DHH,** s. 457. 2675 sayılı MÖHUK dönemine ait bir Yargıtay 2. HD kararında, “...*Yabancı ülkede oturan Türk vatandaşları kişi hallerine ait davaları isterlerse oturdukları yerdeki mahkemede, isterlerse yetkili Türk mahkemesinde açabilirler (2675 sayılı Yasanın 28. maddesi). Bu konuda Türk mahkemesinin kesin yetkisi yoktur...*” ifadesine yer vermiştir: Yargıtay 2. HD, 18.03.1998, E. 1998/938, K. 1998/3251, [www.kazanci.com.tr>, (05.05.2014)]. İfadede her ne kadar *kesin yetki* ibaresi kullanılmış olsa da, bağlama baktığımızda, ibarenin *münhasır yetki* yerine kullanıldığı söylenebilir.

⁵¹ **SAYMAN, Yücel:** Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul:

butlanı, evliliğin kuruluşuna ilişkin şartlardaki eksikliklere karşı bir müeyyide olarak öngörüldüğünden, evliliğin kuruluşunu idare eden hukukun (ihlale uğrayan hukukun), evliliğin butlanında da uygulanacağı kabul edilir⁵². MÖHUK m. 13(1) hükmü uyarınca, evlenme ehliyet ve şartları taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbi kılınmıştır⁵³. Yabancı eşin sonradan Türk vatandaşlığını kazanması, uyumsuzlukta yabancı unsur bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz⁵⁴; zira kanun koyucu evlenme ehliyet ve şartları konusunda *evlenme anındaki* millî hukuka/hukuklara bağlanılacağını hükme bağlamıştır. Evlenen taraflar, evlilik anında aynı ve –tek– vatandaşlığa sahipseler, tek bir hukuk düzeni; farklı vatandaşlıkta iseler, eşlerin her birine kendi millî hukuku uygulanacaktır. Farklı devletlerin vatandaşı olan eşlerin yaptıkları evliliğin geçerliliği, iki hukuk düzeninin aradığı şartlara riayet edilmesine bağlıdır. İki hukuk düzeni de evliliği geçersiz sayıyor ise, diğerine göre daha ağır sonuç getiren hukuk düzeninin çözümlenmesi kabul edilmesi gerektiği; bu bağlamda, şartlar konusunda daha ağır koşullar getiren hukuk düzeninin, neticede evliliğin geçerliliği hakkında da söz sahibi olacağı ifade edilmektedir⁵⁵.

Evlilik anında, eşlerden birinin yabancı diğerinin Türk vatandaşı olması ihtimalinde, evlenme ehliyet ve şartları konusunda, eşlerden Türk vatandaşı hakkında Türk hukuku, diğeri hakkında kendi millî hukuku uygulanacaktır. Yabancı hukukun, daha ağır şartlar getirmesi hâlinde, evlilik Türk hukuku açısından geçerli olsa dahi, davanın kabulü gerekecektir. Örneğin Türk huku-

İÜHF 1982, s. 189 vd.

⁵² SAYMAN, s. 190; GÜNGÖR, Marriage, s. 43; NOMER, DHH, s. 251; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, İstanbul: Vedat 2014, s. 124-125; TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B. 11, İstanbul: Vedat 2011, s. 186; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, Ankara: Seçkin 2013, s. 281 [MÖH]; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 12, İstanbul: Beta 2012, s. 227; AKINCI, Ziya/DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul: Vedat 2010, s. 16, 18.

⁵³ Aynı şekilde, şekle aykırılık iddiasının da, evlenmenin yapıldığı ülke hukukuna göre karara bağlanması gerekmektedir (MÖHUK m. 13(2)).

⁵⁴ NOMER, DHH, s. 242-243.

⁵⁵ NOMER, DHH, s. 251; ÇELİKEL/ERDEM, s. 227-228; TEKİNALP /UYANIK ÇAVUŞOĞLU s. 187; DOĞAN, MÖH, s. 281; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 124-125; SAYMAN, s. 202; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. GÜNGÖR, Marriage, s. 45; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 17.

kunda, açık bir düzenleme bulunmadığından muvazaalı evlilikleri butlan yaptırımına tâbi tutmak mümkün değildir; buna karşılık, yabancı hukuk düzeni, evliliğin muvazaalı olmasını iptal nedeni sayabilir.

25.04.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun⁵⁶ 24. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde “(y)urt dışında yabancı yetkili makamlar önünde Türk vatandaşlarının yaptığı evlenmeler, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine uygun olmak ve butlanla batıl olmayı gerektiren bir sebep bulunmamak kaydıyla geçerlidir” hükmüne yer verilmiştir. Hükmün, yurt dışında evlenen iki Türk vatandaşı hakkında uygulanacağı, dolayısıyla MÖHUK m. 13(1)’le uyumlu olduğu söylenebilirse de, ikinci cümleye bakıldığında⁵⁷, bir Türk vatandaşıyla yabancıнын evlenmesi hâlini de kapsadığı görülmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, TMK hükümlerinin tek yanlı olarak uygulanacağı yönündeki bu ifade MÖHUK m. 13(1) hükmüyle çelişmektedir⁵⁹. Mahkemenin, sonraki tarihli olması itibarıyla MÖHUK hükümlerini uygulaması gerektiğini söyleyebiliriz. Evlendirme Yönetmeliğinin⁶⁰ “Yabancı Yetkili Makamlar Önünde Evlenme” başlıklı 11. maddesinin ilk fıkrası ise “(y) urtdışında Türk vatandaşı kadın ve erkek veya bir Türk vatandaşı ile yabancı, buldukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilirler. Böyle bir evlenme, Türk mevzuatına aykırı olmaması şartıyla Türkiye’de de geçerlidir” hükmünü içermektedir. Hükmünde geçen “Türk mevzuatı” tabirinin kapsamına, Türk milletlerarası özel hukuk kurallarının da dâhil olduğu belirtilerek, evliliğin şekli hususunda MÖHUK m. 13(2) uyarınca, yapıldığı ülke hukukuna uygun evliliğin geçerli olduğu ifade edilmiştir⁶¹.

⁵⁶ RG 29.04.2006, S. 26153.

⁵⁷ 5490 sayılı Kanun m. 24(1)’in ikinci cümlesi şu şekildedir: “Bu evliliklerin koca, kocanın yabancı olması halinde kadın tarafından en geç otuz gün içerisinde evlenmeyi yapan yabancı makamdan alınmış belgenin o yerdeki dış temsilcilğe verilmesi veya dış temsilcilğe gönderilmesi suretiyle yapılır.”

⁵⁸ 5490 sayılı Kanun m. 24(1) hükmü, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik [RG 23.11.2006, S. 26355] m. 56(1)’de aynen tekrar edilmiştir.

⁵⁹ Yurt dışında yabancı makamlar önünde yapılan evlenmelerin hangi şartlarda hukuken geçerli olacağını açıklama iddiasını taşıyan böyle bir hükmün 5490 sayılı Kanunda yer almaması gerektiği hakkında bkz. **NOMER**, s. 101-102, dpn. 69.

⁶⁰ RG 07.11.1985, S. 18921.

⁶¹ **ŞANLI/ESEN/FİĞANMEŞE-ATAMAN**, s. 126.

Evlilik anında eşlerin ikisinin de yabancı olması ihtimalinde, eşler farklı yabancı devletlerin ya da tek bir yabancı devletin tâbiyetini taşıyabilirler. Eşler tek bir devletin tâbiyetini taşıyorlar ise, mahkeme, sadece bu hukuk düzenini tespit edeceğinden görece olarak işi daha kolaydır. Eşler farklı vatandaşlığa sahip iseler, iki hukuk düzeninin tespit edilmesi gerekecektir. Bu durumda, yukarıda da belirtildiği üzere, evlenme ehliyet ve şartları konusunda ağır şartlar getiren devletin hukuku, evlenmenin geleceğini de tayin edecektir.

Evlilik anında, eşlerden biri vatansız veya çok vatandaşlığa sahip olabilir. Bu takdirde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 4 uyarınca tayin edilecektir. *Vatansız* olan eş hakkında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 4(1)(a) hükmüne göre, evlilik anındaki yerleşim yeri hukuku, yerleşim yeri yoksa mutad meskeni hukuku, mutad meskeni de yoksa dava tarihinde bulunduğu ülke hukukudur. Buna göre, örneğin yerleşim yeri Türkiye’de ise veya yerleşim yeri yok, fakat mutad meskeni Türkiye’de ise ya da mutad meskeni de yok ancak dava tarihinde Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanacaktır. *Çok vatandaşlığa* sahip olan eş hakkında ise, bunlardan sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devletin hukuku yetkilidir (MÖHUK m. 4(1)(c)). Ancak, sahip olunan vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, Türkiye’yle sıkı ilişki hâlinde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, Türk hukuku yetkilidir (MÖHUK m. 4(1)(b)).

Kural, kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanması olmakla birlikte, yabancı hukuk düzeninin aradığı şartın/şartların Türk kamu düzenine açıkça aykırılığı, bu kuralın istisnasını teşkil eder (MÖHUK m. 5(1)). Örneğin, yabancı hukuk düzeninde yer alan, soya, ırka veya dine dayalı evlilik yasağı Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirir.

Ayrıca, MÖHUK’da aile hukukuna ilişkin hususlarda atf kabul edildiğinden (MÖHUK m. 2(3)), MÖHUK m. 13’e göre tespit edilecek hukukun, başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde –bu hukuk Türk hukuku olabileceği gibi, başka bir yabancı hukuk düzeni de olabilir–, bu hukukun maddî hukuk hükümlerine göre uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Evliliğin butlanına uygulanacak hukuk, sadece evliliğin geçerli olup olmadığı değil, butlan kararına bağlı diğer sonuçlar hakkında da uygulama alanı

bulur⁶². Örneğin Türk hukukunda, butlan kararı geçmişe etkili değildir; butlanına karar verilse dahi evlilik, mahkeme kararına kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurur (TMK m. 156). Buna karşılık, butlan kararının geçmişe etkili olması kuralını benimsemiş hukuk düzenleri de söz konusudur. Yine Türk hukukunda, TMK m. 158/I hükmüne göre, evlenirken iyiniyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu, butlana karar verilse dahi korur. Butlanın etkisini bu şekilde kabul etmeyen hukuk düzenleri de olabilir. Yetkili hukuk olarak tespit edilen yabancı hukuk düzeninin, böyle bir düzenleme içermesi durumunda, bu kural da uygulanacaktır. Meğer ki bu kuralın uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesin.

B. Yabancı Mahkeme Kararı

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaların Türkiye’de görülebilmesi, bu davanın yabancı bir ülke mahkemesinde açılmaması veya açılmamış olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bir Türk vatandaşının evliliğinin butlanıyla ilgili davanın yurt dışında açılması ve orada karara bağlanması mümkündür. Farklı bir deyişle, Türk milletlerarası usûl hukukunda Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda Türk mahkemeleri münhasıran yetkili kılınmamıştır⁶³.

⁶² NÖMER, DHH, s. 251.

⁶³ Buna karşılık, 2675 sayılı MÖHUK’un (RG 22.05.1982, S. 17701) yürürlüğe girdiği tarihten evvel, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu [HUMK] (RG 02, 03, 04.07.1927, S. 622, 623, 624) m. 540/4 hükmü, Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizini engelleyen bir içeriğe sahipti. Bu hükümle birlikte, yabancı bir ülkede oturan ve Türkiye’de ikametgâhı olmayan Türklerin kişi hâllerine uyumsuzluklarda yetkili mahkemeyi tayin eden HUMK’un 18. maddesi, münhasır yetki kuralı olarak kabul ediliyordu. HUMK m. 18’in Türk mahkemeleri münhasır yetkili kıldığından dolayı, yabancı mahkemelerce verilmiş Türklerin kişi hâllerine ilişkin kararların tanınmasının da mümkün bulunmadığı görüşü hâkimdi. Bkz. ARAT, Tuğrul: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD, 1964, C. XXI, s. 481 ve aynı s. dpn. 232’de sayılan yazarlar; FİŞEK, s. 133. Ancak tanıma açısından farklı görüşler de ileri sürülmekteydi. 2675 sayılı MÖHUK m. 46 hükmü ile HUMK’un söz konusu hükümleri kaldırıldı; tanıma ve tenfiz 34 ve devamı maddelerde düzenlenirken, Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemeleri m. 28’de belirlendi. 2675 sayılı MÖHUK m. 28 hükmü ile Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları yabancı ülkelerde açabilecekleri de kabul edildi. Bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, Türklerin Kişi Halleri, s. 1142 vd.; EKŞİ, s. 152 vd.

Yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş evliliğin butlanı kararı, icraî bir etkiyi haiz olmadığından, MÖHUK hükümleri uyarınca Türkiye’de tanınarak etki doğurabilir (MÖHUK m. 58). MÖHUK m. 59 hükmü uyarınca, bu kararın kesin hüküm etkisi, verildiği hukuka göre kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade eder. MÖHUK’tan önce yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁶⁴ m. 101(1)’in ikinci cümlesi de aynı yönde hüküm getirmiştir: “*Yabancı mahkemelerce verilen evliliğin feshi veya iptali kararlarının Türkiye’de işlem görebilmesine esas olmak üzere Türk mahkemelerince tenfiz veya tanıma kararı verilmesi halinde, yabancı mahkeme kararının kesinleşme tarihi, evliliğin feshi veya iptal tarihi olarak kabul edilir...*”

III. BUTLAN KARARININ VATANDAŞLIĞA ETKİSİ

Evlenme nedeniyle kazanılan vatandaşlık devamlıdır; daha sonra evlilik sona erse dahi, kural olarak vatandaşlık bundan etkilenmez. Ancak evliliğin butlanına karar verilmesi hâlinde, kuruluşu sırasında geçerli olması için kanunen aranan bazı şartların bulunmaması ya da irade sakatlıkları nedeniyle evliliğin geçersizliğine hükmedilmektedir⁶⁵; evliliğin diğer sona erme nedenlerine göre butlan, bu yönüyle farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla, evliliğe dayalı olarak kazanılan hakların ve/veya statülerin, bu bağlamda vatandaşlığın akıbetinin ne olacağı hususu önem taşımaktadır. Konu, 5901 sayılı Kanunun 16. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak, 5901 sayılı Kanun hükümlerini incelemeye geçmeden evvel, önceki düzenlemelerde konunun ne şekilde düzenlendiği/anlaşıldığı hususuna da değinmenin, bugünkü düzenlemeye ışık tutması bağlamında faydalı olacağı düşünülmektedir.

A. Önceki Düzenlemeler

Evliliğin butlanının, evlenme nedeniyle kazanılan vatandaşlık üzerindeki etkisi meselesi, açık bir hükme yer vermeyen 1312 sayılı Kanun döneminde doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Konu, 1312 sayılı Kanunun 13. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanan

⁶⁴ RG 23.11.2006, S. 26355.

⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77.

kadının, evliliğin zevalinden sonra üç yıl içinde tâbiyeti asliyesine dönmesine imkân sağlayan hüküm bağlamında tartışılmıştır. Evlilik, ölüm veya boşanma dışında, evliliğin butlanına karar verilmesi nedeniyle sona ermişse, bir görüş, kadının butlan nedeni/nedenleri konusunda iyiniyetli veya kötüniyetli olup olmadığına bakılması gerektiğini; eğer kötüniyetli ise, yani butlan nedenini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, evliliğin butlanına ilişkin kararlar birlikte kadının kazandığı Türk vatandaşlığını da kaybedeceğini; bu nedenle seçme hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁶⁶. Buna göre, kişinin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, yaptığı evliliğin geçerli olması gerekmektedir. Butlanla sakat bir evliliğe dayanarak vatandaşlık kazanılamaz; ancak, “(h) *üsünüyetle evlenen kadın, feshine hükmedilmiş olsa bile evlenme ile iktisap ettiği vaziyeti muhafaza eder...*” hükmünü içeren, o dönem yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi m. 126/I uyarınca, butlan nedenleri hususunda iyiniyetli olan kadın, kazandığı vatandaşlığı muhafaza etmelidir. Diğer görüş ise, böyle bir ayırımı doğru görmemiş; her hâlde butlan kararının Türk vatandaşlığının kaybına neden olmayacağını; kadının ancak karar tarihinden itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kaybedeceğini; bu sonucun 1312 sayılı Kanununun 13. maddesinin ruhuna ve sarahatine uygun olduğunu savunmuştur⁶⁷.

Türk vatandaşlığını kazandıran evlenmenin butlanına ilişkin ilk açık düzenlemeye 403 sayılı Kanunun 5. maddesinin orijinal hâlinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer verilmiştir. İkinci fıkrada, evlenmenin butlanına hükmedilmesi hâlinde akitte iyiniyetli olan kadının Türk vatandaşlığını muhafaza edeceği⁶⁸;

⁶⁶ **BİRSEN, Kemaleddin:** Devletler Hususî Hukuku, C. I, Tâbiyet-Yabancıların Hukuku, İstanbul: İÜHF 1936, s. 36.

⁶⁷ **BERKİ,** s. 58; **FİŞEK,** s. 136.

⁶⁸ Benzer hükümlerin, İsviçre, Fransız ve Portekiz hukuklarının o dönem yürürlükte olan düzenlemelerinde de yer aldığı belirtilmiştir: **ULUOCAK,** s. 43, dnp. 99. İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybına Dair Federal Kanunun “*butlanına karar verilen evlenmede, iyiniyetli eşin vatandaşlığını koruyacağı*”na ilişkin 3. maddedeki hüküm bugün için yürürlükte değildir. Fransız ve Portekiz hukuklarında, evliliğin butlanı konusunda iyiniyetli olunması hâlinde kazanılan vatandaşlığın korunacağına ilişkin hükümler kabul edilmiş olmakla birlikte, bu hukuklarda evlilik nedeniyle vatandaşlığın kazanılmasında hâlen ilgilinin iradesi esastır. Bkz. Fransız Medenî Kanunu m. 21.2 ve 21.5. Portekiz Vatandaşlık Kanunu m. 3. Portekiz Vatandaşlık Kanunu için bkz. <<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Portugal>>, (01.09.2014).

son fıkrada ise, butlanına karar verilmiş evlenmeden doğan çocukların, ana veya babaları iyiniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşı kalmaya devam edecekleri hüküm altına alınmıştır.

Yönetmelik (403) m. 8’de, evlenme yoluyla vatandaşlık kazanacak kadınlar sayıldıktan sonra, “*(b)u şekilde Türk erkeklerle evlenmek sureti ile kocasının vatandaşlığını kazanan kadın*”ın, evlenmenin butlanına karar verildiği takdirde, evlilik akdinde iyiniyetli ise, kazandığı vatandaşlığı koruyacağı ve “*bu evlenmeden olan çocukların*” ise ana veya babalarının iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın, kazandıkları Türk vatandaşlığını koruyacakları hükme bağlanmıştır. Yönetmelik (403) hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, evliliğin butlanı hâlinde vatandaşlığın bundan etkilenip etkilenmeyeceği hususu, sadece m. 5 uyarınca evlenme yoluyla vatandaşlık kazanan kadınla ilgilidir. 403 sayılı Kanun m. 5’de ve Yönetmelik (403) m. 8’de düzenlenen vatandaşlığın kazanılması ise, seçme hakkının kullanılması veya kanun yoluyla olmaktadır. Bu itibarla da vatandaşlık, herhangi bir idarî işleme/yetkili makamın kararına gerek kalmaksızın evlilik akdine ya da iradeye dayalı olarak kazanılmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, butlana ilişkin bu hüküm, sadece 403 sayılı Kanun m. 5 uyarınca kazanılan vatandaşlıkla ilgilidir. 403 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak doktrin, bu hükümler kapsamında, evlenme aktinde kötünietli olan kadının butlan kararıyla birlikte kazandığı vatandaşlığı kaybedeceği konusunda görüş birliği içindedir⁶⁹.

403 sayılı Kanununun 7. maddesi uyarınca, evlilik dolayısıyla istisnaî yoldan Türk vatandaşlığını kazananlar hakkında, evliliğin butlanına dair bir hükme yer verilmemiştir. 403 sayılı Kanun m. 7 uyarınca, yine evliliğe dayanılarak vatandaşlık kazanılmaktadır; ancak, bunun öncekinden farkı, vatandaşlığın evlilikten sonra, yetkili makamın kararıyla kazanılmasıdır. Madde 7 hükmü,

⁶⁹ SEVİÇ, M. Raşit: Devletler Hususî Hukuku (Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku), İstanbul: İÜHF 1983, s. 94; AYBAY, s. 105; ULUOCAK, s. 43; GÖĞER, s. 65; RUHİ, A. Cemal: “Evlenme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 112. GÖĞER, kötünietli olunması halinde kazanılan vatandaşlığın kaybedileceğini kabul etmekte; ancak, vatandaşlığı kayıp nedeninin vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hüküm içinde yer almasını eleştirmektedir: GÖĞER, s. 65.

ilgiliye, evliliğe dayalı olarak mutlak anlamda vatandaşlığı kazanma hakkı bahsetmemektedir. Şu hâlde, m. 7 uyarınca kazanılan vatandaşlık, bu evliliğin butlanından nasıl etkilenir sorusu akla gelmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu hüküm uyarınca kazanılan vatandaşlıkla ilgili m. 5 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Sorunun, vatandaşlığa alınmanın iptalinin düzenlendiği 403 sayılı Kanun m. 24 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

403 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan evliliğin butlanına ilişkin hükümler 4866 sayılı Kanunla getirilen değişiklik sonrasında da korunmuştur. 2004/7275 sayılı Yönetmeliğin 5. maddesi, kanunun ilgili hükümlerini tekrar etmekle yetinmiştir. 403 sayılı Kanun m. 5’de “*evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar*”dan ve 2004/7275 sayılı Yönetmelik m. 5’te “*Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazananlar*”dan bahsetse de, hükümlerde kastedilen, evlenme nedeniyle kazanılan tüm vatandaşlık hâlleri değildir. Çünkü, 2004/7275 sayılı Yönetmelik, 4866 sayılı Kanunla getirilen değişikliklere ilişkin usûl ve esasları düzenlemek üzere, bu Kanunda verilen yetki çerçevesinde çıkarılmıştır. Buna göre de, evliliğin butlanı hâlinde etkilenecek vatandaşlık, TVK m. 5 kapsamında kazanılan vatandaşlıktır. Dolayısıyla, m. 7 kapsamında, istisnaî yoldan vatandaşlığın kazanılmasına dayanak oluşturan evliliğin butlanı hâlinde, 403 sayılı Kanun m. 5’de yer alan bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır.

B. 5901 Sayılı Kanun

1. Butlan Nedeni/Nedenleri Hususunda İyiniyet

Evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının düzenlendiği, 5901 sayılı Kanunun 16. maddesinin son fıkrasında, “*(e) vlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.*” hükmüne yer verilerek, 403 sayılı Kanun m. 5’de yer alan hüküm korunmuştur. Ancak, butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklarla ilgili hüküm, 5901 sayılı Kanuna alınmamıştır⁷⁰.

⁷⁰ Bununla birlikte, 5901 sayılı Kanuna alınmayan bu hükme Yönetmelik m. 31(2)’de yer verilmiştir: “*Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuk ise ana ve babalarının ev-*

Evliliğin butlanı davası, butlan kararının geçmişe etkili olacağını, yani evliliğin yapılmasından itibaren hüküm ve sonuç doğuracağını kabul eden yabancı bir hukuka göre hükme bağlanabilir. Hatta yabancı hukuk düzeni bu evliliğe dayanarak kazanılan vatandaşlığın kaybedileceğine dair açık düzenleme içerebilir. Yahut tanınmasına karar verilen yabancı mahkeme kararında bu yönde hüküm verilmiş olabilir. Yabancı hukukun veya yabancı mahkeme kararında evliliğin butlanına bağladığı sonuçlardan ancak özel hukuk alanına ilişkin bulunanları Türk hukuku açısından etki doğurabilir. Başka bir ifadeyle, uluslararası hukukta, vatandaşlarını belirleme hususunda devletlere tanınan münhasır/ mahfuz yetki nedeniyle, butlan kararının, ilgilinin kazandığı Türk vatandaşlığı üzerinde etki doğurup doğurmayacağı hususunda 5901 sayılı Kanun uyarınca karar verilebilecektir.

Madde 16'da kullanılan butlan ibaresi, hem mutlak hem de nisbî butlan kararlarını kapsar⁷¹. Evlenmenin butlanına ilişkin karar, Türk mahkemesi veya yabancı mahkeme tarafından verilmiş olabilir. Türk hukukunda, evlenmede iyiniyet ifadesinden “*eşin ya da eşlerin evlenme sırasında, evlenmeyi batıl kılan bir sebebin bulunduğunu bilmemeleri ve gerekli özeni göstermelerine rağmen bunu öğrenememiş olmaları*”⁷² anlaşılmaktadır. Eşin iyiniyetli olup olmadığı her olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Yargıtay HGK, bir kararında bu tespiti, olayların oluş silsilesi ve hayat deneyimlerini dikkate alarak yapmıştır⁷³. Mirasçılık belgesinin iptaline ilişkin söz konusu davada HGK, murisin eski eşinin kızı olan davalının, muris ile evlenme akdinin kurulması sırasında, murisin daha önceden öz annesi ile evli olduğunu bilmemesinin dü-

lenmede iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın Türk vatandaşlığını muhafaza eder.” Butlanına karar verilen evlenmeden olan çocuklar, doğum anında anaları ve/veya babaları Türk vatandaşı olduğu için zaten Türk vatandaşlığını kazanacaklarından, hükme yer verilmemesinin isabetli olduğu hakkında bkz. **TİRYAKIOĞLU, Bilgin:** “*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması*”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 92; **ERTEN**, s. 945; **GİRAY**, s. 397.

⁷¹ 403 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak da, daha ağır bir durumu belirten butlan nedenleri hâlinde iyi niyetli kadından esirgenmeyen Türk vatandaşlığını muhafaza etme hakkını, nisbî butlan (fesih) hâlinde esirgemenin mantıklı olmayacağı belirtilmiştir: **AYBAY**, s. 107.

⁷² **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 231; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 95.

⁷³ Yargıtay HGK, 02.11.2011, E. 2011/7-695, K. 2011/673 [www.kazanci.com.tr], (01.09.2014)].

şünülemeyeceğini, bu nedenle de iyiniyetli olduğunun kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Doktrinde, Türkiye’de çok evliliğin olduğuna inandığı/ inandırıldığı için, evli bir Türk vatandaşıyla evlenen kadının, Türk hukukunda tek evliliğin kabul edildiğinin kolayca öğrenilebilecek bir gerçek olmasından dolayı iyiniyetli sayılamayacağı belirtilmiştir⁷⁴. Ancak, yabancı kadın, Türk vatandaşının evli olmadığına –örneğin Türk vatandaşı, yurt dışında yapmış olduğu önceki evliliği Türk makamlarından gizlemiş olabilir– inanarak bu evliliği yapmışsa, bu takdirde iyiniyetli olduğundan bahsedilebilecektir.

Yönetmeliğin “*Evliliğin iptalinde iyiniyetin korunması*” başlıklı 31. maddesinin ilk fıkrası, 5901 sayılı Kanun m. 16(3)’den oldukça farklı bir şekilde kaleme alınmıştır: “*Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişi, evliliğinin butlanına karar verilmesi halinde Türk vatandaşlığını kaybeder. Ancak, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı, Bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyiniyetli olduğunun tespiti durumunda Türk vatandaşlığını muhafaza eder.*” Madde 16(3)’de iyiniyetli olunması durumunda, kazanılan vatandaşlığın korunacağına dair, ilgili hakkında teminat sağlayan bir düzenlemeye yer verilmişken; Yönetmelikte, kural, butlana karar verilmesi hâlinde evlenme nedeniyle kazanılan vatandaşlığın kaybedileceği; istisna ise İçişleri Bakanlığının yaptığı inceleme sonucunda iyiniyetin varlığının tespiti hâlinde vatandaşlığın korunacağı yönündedir. Yönetmelikteki yaklaşım, madem kanun hükmü, iyiniyetin varlığını vatandaşlığın muhafazası için şart koşturmuş, o hâlde kötünietli olunması hâlinde vatandaşlık kaybedilir şeklinde, aksi ile kanıtla (mefhum-u muhâlif) bir yoruma⁷⁵ vararak hüküm tesis etmiştir⁷⁶.

Anayasanın 66. maddesinin üçüncü fıkrası, vatandaşlığın, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağı ve ancak kanunda belirtilen hâllerde kaybedileceğini belirterek, konuya ilişkin kanunîlik ilkesini açıkça ifade etmiştir. Hükümde geçen kanun ifadesinin, hukuk anlamında kullanılmadığı, dar ve şekli anlamıy-

⁷⁴ AYBAY, s. 106.

⁷⁵ Doktrinde de ağırlıklı olarak bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bkz. NOMER, s. 103; DOĞAN, s. 98; ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 3, İstanbul: Beta 2013, s. 159 [*Vatandaşlık Hukuku*]; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 231.

⁷⁶ GÜNGÖR, Tâbiyet Hukuku, s. 119.

la kanunu ifade ettiği⁷⁷; bu bağlamda, vatandaşlığın kazanılması/kaybı nedenleri ve bu nedenlerin şartlarının kanunla belirtilmesi gerektiği; kanun dışında, daha alt düzenlemelerle, boşluk doldurma gerekçesiyle dahi yeni bir neden ve/veya kanunen belirlenmiş şartlara yeni bir şart eklenemeyeceği hususunda bir tereddüt yoktur⁷⁸. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu hususlarda, yoruma veya bir boşluğa neden olmayacak nitelikte, çerçevesi net hükümler ihdas etmesi gerekmektedir.

Şu hâlde, evliliğin butlanı nedeniyle vatandaşlığın kaybedileceği hususu, kanunen düzenlenmemiş olmasına rağmen, Yönetmelikte buna yer verilmesi, Anayasa m. 66 ile teminat altına alınmış kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁷⁹. 5901 sayılı Kanunun sistemi dâhilinde, m. 16(3) hükmünü, vatandaşlığın irade dışı kaybını sağlayan değil, iyiniyetin korunmasını güvence altına alan⁸⁰ bir hüküm olarak kabul etmenin daha yerinde olacağı söylenebilecektir. Bu yaklaşım, 5901 sayılı Kanunun sistematığı bağlamında da uygundur. Zira 5901 sayılı Kanunun ikinci bölümünde, vatandaşlığın kazanılması hâlleri, şartları ve kazanmanın sonuçları; üçüncü bölümünde ise, Türk vatandaşlığının kaybı hâlleri, şartları ve kaybın sonuçları düzenlenmiştir. Madde 16(3), ikinci bölüm altında yer almaktadır ve üçüncü bölüm altında evlenmenin butlanı dolayısıyla vatandaşlığın kaybına dair bir hükme yer verilmemiştir.

Yönetmelik hükmü, kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğuna dayandırılabilirse de, ne 5901 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, ne de madde gerekçesinde konuya ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Gerekçede –farazî olarak– böyle bir açıklama olsa dahi, bu anlamda bir dayanak oluşturamaz. Kaldı ki, vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin düzenlemelerin ne şekil-

⁷⁷ GÜNGÖR, *Tâbiyet Hukuku*, s. 49.

⁷⁸ Danıştay 10. Dairesi, 403 sayılı Kanun döneminde, istisnaî vatandaşlığa alınma başvurusunun reddine dair işlem ile Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün Genelgesinin işleme dayanak oluşturan hükümlerinin iptali için açılan davada, istisnaî olarak vatandaşlığa alınma şartlarının kanunda tek tek sayılmak suretiyle belirlendiği, kanunda sayılanlar dışında idarî düzenlemeler ile başkaca bir şart getirilmesine hukukî olanak bulunmadığına karar vermiştir: Danıştay 10. Daire, 27.04.2011, E. 2007/8150, K. 2011/1628 [EKŞİ, *Nuray*: Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı, B. 4, İstanbul: Beta 2012, s. 8-16].

⁷⁹ Yönetmelik hükmünün, kanunilik ilkesi karşısında yerindelığının tartışmaya açık olduğu hakkında bkz. GÜNGÖR, *Tâbiyet Hukuku*, s. 120.

⁸⁰ GÜNGÖR, *Tâbiyet Hukuku*, s. 122.

de yapılması gerektiği Anayasa m. 66/III hükmü ile belirtilmiştir.

Yönetmelik hükmünün, kanunîlik ilkesini ihlâl etmesinin dışında, düzenleniş tarzı itibariyle başka bazı sorunları doğurması da muhtemeldir. İlk olarak, vatandaşlığın devamlılığı/istikrarı açısından hüküm problemlidir. İçişleri Bakanlığının incelemesi uzun ya da kısa bir süreyi gerektirecektir. Buna göre butlan kararının verilmesiyle ilgilinin, kazandığı Türk vatandaşlığını, iyiniyetin tespit edildiği tarihe kadar kaybetmesi gibi garip bir durumla karşılaşılacaktır. Söz konusu edilen, yabancı bir mahkemenin butlan kararı ise, bu takdirde İçişleri Bakanlığı, bu kararın tanınması ve tanıma kararının kesinleşmesinden sonra incelemesine başlayabilecektir. Bir başka sorun, evliliğin butlanı davalarında, uygulanacak hukukun, evlilik nedeniyle elde edilen hakların devam edip etmeyeceği noktasında, eşlerin iyiniyeti konusunda da karar verilmesini gerekli kılmasından doğabilir. Örneğin Türk hukukunda, mahkemeler, eşlerin iyiniyetli/kötüniyetli olup olmadıkları hususunda da karar verebilmektedirler (TMK m. 159). Yani, Türk mahkemesinin kararında ya da tanınmasına karar verilmiş yabancı mahkeme kararında ilgilinin iyiniyetli olduğuna dair hükme yer verilmiş olabilir. Mahkemenin iyiniyete dair tespitini içeren böyle bir hükmüne rağmen, Bakanlığın farklı bir karar verebilmesi mümkün müdür? İçişleri Bakanlığının incelemesinde, dayanılacak en önemli unsur butlana dair mahkeme kararı olacağından ve idare tarafından mahkeme kararına aykırı bir işlem yapılamayacağından (Anayasa m. 138/son⁸¹), soruya olumsuz yanıt vermek gerekecektir. O hâlde Bakanlığa böyle bir yetki verilmesinin gerekçesi –aşağıda değinilecek bir ihtimal dışında– anlaşılammaktadır. Bir diğer sorun ise hükümde Bakanlığın incelemesine ilişkin bir sürenin öngörülmemesidir. Bakanlığın re’sen incelemeye başlamaması hâlinde, ilgilinin Bakanlığa başvuruda bulunması, başvurunun olumsuz sonuçlanması durumunda idarî yargıya başvurması gerekecektir ki, yine bu da vatandaşlık statüsü hakkında bir belirsizliğe neden olacaktır.

⁸¹ Anayasa m. 138/son: “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

2. Butlan Nedeni/Nedenleri Hususunda Kötüniyet

Madde 16(3) hükmünün, evliliğin butlanı nedenleri konusunda iyiniyetli eşi koruma amacı taşıdığı; anayasal teminat altına alınan kanunilik ilkesi uyarınca hükmün aksi ile kanıtla yorumundan yeni bir vatandaşlık kaybı nedeni kabul edilemeyeceği sonucuna varılması hâlinde; butlan nedenleri hususunda kötüniyetli olanların, evlenme dolayısıyla kazandıkları vatandaşlık statüsünün akıbetinin de sorgulanması gerekmektedir.

Evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, yukarıda da sıklıkla belirtildiği üzere, 5901 sayılı Kanunda vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılması yollarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu yolla vatandaşlığın kazanılması için, ilgilinin iradesi tek başına yeterli değildir; yetkili makamın da, şartlarını taşıyan kişinin, vatandaş olma iradesini kabul etmesine ihtiyaç vardır. Hatta 5901 sayılı Kanun kapsamında, Türk vatandaşı ile evlenen kişinin vatansız ya da bu evlilik dolayısıyla vatansız duruma düşecek olması dahi, kendisine daha kolay yoldan vatandaşlık kazanma imkânı sağlamamaktadır.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi de her zaman ihtimal dâhilindedir. Hukuka aykırı sonuç, ilgilinin hileli davranışlarından ya da idarenin yanlışlığından kaynaklanabilir⁸². 5901 sayılı Kanun, her iki durumla ilgili düzenlemeye sahiptir. “*Türk vatandaşlığının iptali*” başlıklı 31. maddede⁸³, Türk vatandaşlığını kazanma

⁸² **FİŞEK, Hicri:** “*Vatandaşlığa Alınmanın İptali*”, Prof. Dr. Osman F. BERKİ’ye Armağan, Ankara: AÜHF 1977, s. 376, 379 [*İptal*].

⁸³ 403 sayılı Kanunun, aynı konuyu düzenleyen 24. maddesinin başlığı “*Vatandaşlığa alınmanın iptali*”dir. Dolayısıyla, 403 sayılı Kanun döneminde, m. 24 yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması hâllerinde uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. **FİŞEK**, *İptal*, s. 378, 391; **GÖGER**, s. 138; **ULUOCAK**, s. 109 vd.

5901 sayılı Kanunun 31. maddesinin başlığı, lafzen bakıldığında, hangi şekilde/türde kazanılan vatandaşlık için iptalin söz konusu olacağı hususunda herhangi bir sınırlama içermemektedir. Ancak maddenin metninden, iptalin konusunun “*Türk vatandaşlığını kazanma kararı*”nın olduğu görülmektedir (aynı yönde bkz. Yönetmelik m. 57(1)). Buna göre, yetkili makam kararıyla kazanılan vatandaşlığın m. 31 anlamında, iptale konu olabileceği hususunda tereddüt yoktur. Maddede kullanılan ifade, yetkili makam kararıyla kazanılma dışında, seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını da kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsaittir. Doktrinde, 5901 sayılı Kanun kapsamında, ağırlıklı olarak, iptalin konusunun yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması hâlleri olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **NOMER**, s. 146; **ERDEM**, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 241; **DOĞAN**, s.

kararının, ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucu vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edileceği; “*Vatandaşlık kararlarının geri alınması*” başlıklı 40. maddede ise, Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararların, hukukî şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınacağı hükme bağlanmıştır⁸⁴. Madde 31 ilgilinin hileli davranışı nedeniyle, m. 40 ise idarenin hatasından kaynaklanan hâllerde kazanılan vatandaşlığın, ilgilinin iradesi dışında kaybedileceği yönünde hükümler tesis etmiştir⁸⁵. Her iki hükümde de, yetkili makamın yetkisi bağlıdır ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin bir süre sınırlamasına yer verilmemiştir. 403 sayılı Kanunda, iptal kararının alınabilmesi için beş yıllık bir süre öngörülmüşken, 5901 sayılı Kanunda bu anlamda bir sınırlama/şart getirilmemesi vatandaşlığın devamlılığı, hukukî istikrar ve güvenlik ilkeleri bağlamında doktrinde eleştirilmektedir⁸⁶.

Dolayısıyla, m. 16 uyarınca, İçişleri Bakanlığının kararıyla kazanılan vatandaşlığın, evliliğin butlanından ne şekilde etkileneceğini, bu hükümlere bakarak cevaplamak gerekmektedir. Vatandaşlığın evlenme yoluyla kazanılmasının düzenlendiği 5901 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin incelenmesinden, evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılabilmesi için öncelikle evliliğin

137. Kanun maddesinde kullanılan ifadeden yola çıkılarak m. 31’in kapsamının, 403 sayılı Kanundan daha geniş tutulduğu, sonradan vatandaşlığın kazanılmasının diğer hâllerinin de iptale konu olabileceği yönünde bkz. **GÜNGÖR**, *Tâbiyet Hukuku*, s. 167.

⁸⁴ Vatandaşlığın kazanılması kararlarına ilişkin sonuçları yönünden hükmün eleştirisi için bkz. **GÜNGÖR**, *Tâbiyet Hukuku*, s. 183.

⁸⁵ 403 sayılı Kanunda, geri almaya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, 403 sayılı Kanunun, “*alınan kararlarda maddî bir hata bulunduğu sonradan anlaşılırsa, bu kararı veren makam düzeltme veya değiştirme kararı alabilir*” hükmünü taşıyan 44. maddesine dayanarak, idarenin, kendi hatası nedeniyle kanunî koşulları oluşmadan vermiş olduğu vatandaşlık kararını geri alabileceği belirtilmiş; ancak, hükmün önemli eksiklikler taşıdığı da ifade edilmiştir: **FİŞEK**, *İptal*, s. 383 vd. Bu durumda, m. 44 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı, sakat bir idarî işleme ilişkin genel uygulamaya gidilmesinin isabetli olduğu da ileri sürülmüştür: **ULUOCAK**, s. 113. Madde 44 hükmünün, kapsamını aşar şekilde kullanıldığı yönünde eleştiri için bkz. **AYBAY**, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 241 vd.

⁸⁶ **GÜNGÖR**, *Tâbiyet Hukuku*, s. 167; **DOĞAN**, s. 141; **ERDEM**, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 244 vd.; **TİRYAKİOĞLU**, *Analiz*, s. 61; **GİRAY, F. Kerem**: “*5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme*”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, S. 1 (Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan), s. 398.

hukuken ve fiilen gerçek bir evlilik olmasının arandığı görülmektedir. Evliliğin hukuken gerçek bir evlilik kabul edilebilmesi, öncelikle, hukuka uygun bir şekilde kurulmasını gerekli kılar. İlgili, evliliğin butlanla sakatlığını bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen başvuru yaparak, m. 16 uyarınca vatandaşlık kazanabilir. Vatandaşlığı kazanmanın dayandığı hukukî ilişkinin/evliliğin kurucu şartlarının oluşmadığını bilmesine/bilebilecek olmasına rağmen bu başvurunun yapılması; inceleme ve soruşturma sırasında bu yönde beyan ve eylemde bulunulması, idarenin vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden bir hususta yanıtılması anlamına gelir. Dolayısıyla, m. 31 uyarınca, bu yolla kazanılan vatandaşlığın iptali gündeme gelecektir.

Butlan kararında iyiniyete/kötüniyete ilişkin bir *tespit* yapılmışsa, İçişleri Bakanlığının mahkeme kararındaki bu tespitle bağlı olduğunu söyleyebiliriz (Anayasa m. 138/son). Aksi yönde tesis edilecek idarî işlem, kesin hüküm niteliği kazanmış mahkeme kararıyla çelişir. Mahkeme kararında kişinin iyiniyetli olup olmadığı hususunda bir hüküm bulunmayabilir. Örneğin, evliliğin butlanı davasında, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukuk düzeninin, iyiniyetli olup olmamaya herhangi bir hukukî sonuç bağlamaması hâlinde, verilen karar bu konuda bir hüküm içermeyebilir. Yahut yabancı bir mahkeme tarafından verilen ve Türkiye’de tanınmasına hükmedilen kararda, kişinin iyiniyetine ve/veya kötüniyetine dair bir hükme yer verilmemiş olabilir. Bu durumda, ilgilinin butlan nedeni hususunda kötüniyetli olup olmadığını İçişleri Bakanlığının tespit etmesi gerekecektir. Bakanlığın, kişinin kötüniyetli olduğunu tespit ederek evlilik nedeniyle kazanılan vatandaşlığın iptaline ilişkin idarî işlemin iptali için idare mahkemesine başvurulabilir. Bu takdirde, ilgilinin iyiniyeti/kötüniyeti hususunda idare mahkemesince karar verilecektir.

Evliliğin butlanına hükmedilmiş olmakla birlikte, ilgilinin hileli davranışlarının tespit edilememesi ihtimalinde, hukukî şartları oluşmadığından vatandaşlığın kazanılmasına karar verildiği gerekçesiyle m. 40 uyarınca, vatandaşlığa alınma kararının, İçişleri Bakanlığı tarafından geri alınması da gündeme gelebilir. Böyle bir ihtimalde, m. 16(3)’ün açık hükmü karşısında, butlan nedenleri konusunda iyiniyetli olduğundan, ilgili hakkında geri alma kararının verilebilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle m. 16(3), iyiniyetli eşler açısından,

idarenin bu yönde karar almasını engelleyecek bir fonksiyona sahiptir.

SONUÇ

Modern hukuk sistemlerinde evlilik vatandaşlığın kazanılmasına dayanak oluşturan hukukî ilişki türlerinden biri olarak düzenlenmektedir; vatandaşlığın kendiliğinden kaybı nedeni sayılmamaktadır. Hukuk sistemlerinin, evlilik nedeniyle vatandaşlığın kazanılmasını yabancı eşin iradesine bıraktıkları, bu yönüyle bir yandan özellikle kadının vatandaşlığının bağımsızlığı, diğer yandan bu yolla vatandaşlığın kazanılmasını kolaylaştırmakla ailede vatandaşlık birliğinin sağlanması düşüncesine uygun hükümler sevk ettikleri görülmektedir. 5901 sayılı Kanun m. 16'daki düzenlemenin de bu yönde olduğunu belirtiriz. Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, otomatikman Türk vatandaşlığını kazanamaz; kazanabilmesi için kanundaki şartları taşıması ve vatandaşlığı kazanma iradesini beyan etmesi, yetkili makamın da vatandaşlığa alınma kararı vermesi gerekmektedir. Türk hukukunda evlenme nedeniyle, genel olarak vatandaşlığın kazanılmasına göre daha kolay, istisnaî vatandaşlığın kazanılmasına göre daha zor şartlarda Türk vatandaşlığı kazanılabilmektedir.

Türk vatandaşlığın kazanılabilmesi için 5901 sayılı Kanunda aranan şartlara bakıldığında, evliliğin hukuken ve fiilen gerçek bir evlilik olması gerektiğinin arandığı görülmektedir. Evliliğin fiilen gerçekliğinin aranması, başvuru sonrasında bu yönden inceleme yapılması, muvazaalı evlilikler nedeniyle vatandaşlığın kazanılmasını engellemeye yöneliktir.

Evliliğin hukuken gerçek bir evlilik olması, hukuk düzeninin belirlediği maddî ve şeklî şartlara riayet edilmesi hâlinde mümkündür. Yabancı unsur içeren evliliklerde, bu şartlara uygulanacak hukuk MÖHUK m. 13(1) ve (2)'de tayin edilmiştir. Bazı durumlarda, evliliğin aslında kuruluş şartlarını haiz olmadığından dolayı hükümsüzlüğü gündeme gelebilmektedir. Evliliğin hükümsüzlüğü, yokluk veya butlanı olabilir. Butlanla ilgili, 5901 sayılı Kanun m. 16(3)'de, evliliğin butlanına karar verilmesi hâlinde, evlilik nedeniyle Türk vatandaşlığını kazananların, evlenmede iyiniyetli iseler vatandaşlıklarını muhafaza edecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak, Yönetmelik m. 31(1), evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, evliliğinin butlanına karar

verilmesi hâlinde Türk vatandaşlığını kaybedeceğini belirtmiştir. Aynı madde, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı, Bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyiniyetli olduğunun tespiti durumunda Türk vatandaşlığını muhafaza edeceği de ifade edilmiştir.

Anayasa m. 66/III’de belirtilen kanunilik ilkesi uyarınca vatandaşlık kanununun gösterdiği şartlarda kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hâllerde kaybedilebilir. 5901 sayılı Kanunda, evliliğin butlan nedenleri konusunda kötüniyetli olanların Türk vatandaşlığını kaybedeceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Yönetmelikte buna yer verilmiştir. 5901 sayılı Kanunun sistematigi açısından da Yönetmelik hükmünün yerinde olmadığı söylenebilir. Ayrıca Yönetmeliğin söz konusu hükmü, vatandaşlığın devamlılığı/istikrarlılığı ilkesi açısından belirsizliklere yol açacak bir mahiyet arz etmektedir.

Şu hâlde kötüniyetli olunması hâlinde, evliliğe dayalı kazanılan vatandaşlık statüsünün akıbeti için 5901 sayılı Kanun hükümlerine bakılması gerekmektedir. İlgilinin kötüniyetli, yani butlan nedenlerini bilmesi/bilebilecek olmasına rağmen bunu gizleyerek vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunması, başvuru sonrasında yapılan inceleme ve araştırma sırasında da bu yönde davranışlarını devam ettirmesi idarenin yanıltılmasıdır. Bu hâlde, 5901 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca vatandaşlığa alınma kararının iptali gündeme gelecektir. Buna karşılık, kötüniyetli değilse ilgili hakkında, sırf evliliğin butlanı neden gösterilerek kazandığı vatandaşlık hakkında olumsuz bir karar alınmasını m. 16(3) önleyecektir.



KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya/DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul: Vedat 2010.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, B. 14, İstanbul: Beta 2012.

ARAT, Tuğrul: “*Yabancı İlämlerin Tanınması ve Tenfizi*”, AÜHFD, 1964, C. XXI, s. 421-527.

AYBAY, Rona: Kadının Uyrakluğu Üzerinde Evlenmenin Etkisi, Ankara: AÜSBF 1980.

AYBAY, Rona: Vatandaşlık Hukuku, B. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006. [*Vatandaşlık Hukuku*]

BERKİ, O. Fazıl: “*Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Etkisi*”, AÜHFD, 1946, C. 3, S. 1, s. 46-61.

BERKİ, O. Fazıl: “*Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Etkisi*”, Prof. Dr. H. C. OĞUZOĞLU’na Armağan, Ankara: AÜHF 1972, s. 89-100. [1972]

BİRSEN, Kemaleddin: Devletler Hususî Hukuku, C. I, Tâbiyet-Yabancıların Hukuku, İstanbul: İÜHF 1936.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 12, İstanbul: Beta 2012.

DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara: Savaş 2014.

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, Ankara: Seçkin 2013. [*MÖH*]

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa A.: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz 2011.

EKŞİ, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, B. 2, İstanbul: Beta 2000. [*Yetki*]

EKŞİ, Nuray: Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı, B. 4, İstanbul: Beta 2012.

ERDEM, B. Bahadır: “4686 sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu’nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu İle Kazanılması”, MHB, 2003, Y. 23, S. 1-2 [Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan], s. 339-361.

ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 3, İstanbul: Beta 2013. [*Vatandaşlık Hukuku*]

ERTEN, Rifat: “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. I, Ankara: Turhan 2010, s. 917-959.

FİŞEK, Hicri: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara: AÜHF 1959.

FİŞEK, Hicri: “Vatandaşlığa Alınmanın İptali”, Prof. Dr. Osman F. BERKİ’ye Armağan, Ankara: AÜHF 1977, s. 373-371. [*İptal*]

GENÇCAN, Ö. Uğur: Aile Hukuku, Ankara: Yetkin 2011.

GİRAY, F. Kerem: “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, S. 1 (Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan), s. 381-402.

GÖĞER, Erdoğan: Türk Tâbiyet Hukuku, B. 4, Ankara: AÜHF 1979.

GÜNGÖR, Gülin: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, MHB, 2000, Y. 17-18, S. 1-2 (1997-1998) [Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan], s. 229-250.

GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler), B. 2, Ankara: Yetkin 2014. [*Tâbiyet Hukuku*]

GÜNGÖR, Gülin: “The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment”, ALR, 2004, V. 1, No. 1, pp. 29-49. [*Marriage*]

GÜVERCİN, Ayşe: “Türk Vatandaşı ile Evlenen Yabancılar Hakkında Türk Vatandaşlık Kanunu’nda Getirilen Yeni Düzenleme”, KOÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, S. 5, s. 27-41.

KNOP, Karen/CHINKIN, Christine: “Remembering Chrystal MACMIL-

LAN: Women's Equality and Nationality in International Law", Michigan Journal of International Law, 2000-2001, Vol. 22, pp. 523-585.

NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, B. 20, İstanbul: Beta 2013. [*DHH*]

NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul: Filiz 2014.

OSMANAĞAOĞLU, Cihan: Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, İstanbul: Legal 2004.

PRADHAN-MALLA, Sapana/GAUTAM, Phanindra: "*Women's Right to Nationality and Citizenship*", IRAW Asia Pacific Occasional Papers Series No. 9, Kuala Lumpur/Malaysia: IRAW Asia Pacific 2006.

RUHİ, A. Cemal: "*Evlenme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması*", Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 107-117.

SANDYS, Edwina: Women, Nationality and Citizenship, UN Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs, June 2003.

SARGIN, Fügen: "*Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme*", AÜHFD, 2004, C. 53, S. 1, s. 27-63.

SAYMAN, Yücel: Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul: İÜHF 1982.

SEVİĞ, M. Raşit: Devletler Hususî Hukuku (Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku), İstanbul: İÜHF 1983.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, İstanbul: Vedat 2014.

TANRIVER, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara: Yetkin 2014.

TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B. 11, İstanbul: Vedat 2011.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması*”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 79-96.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “*Yeni Türk Vatandaşlığı Kanununun Eleştirel Analizi*”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler - Uluslararası Sempozyum Bildirileri (15-16 Mayıs 2009, Eskişehir), (Ed. Kay HAILBRONNER/Bilgin TİRYAKİOĞLU/Esin KÜÇÜK/Katja SCHNEIDER), Ankara: TBB 2010, s. 24-66. [*Analiz*]

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “*Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*”, Prof. Dr. Tuğrul ARAT’a Armağan, Ankara: Yetkin 2012, s. 1141-1165. [*Türklerin Kişi Halleri*]

ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 3, İstanbul: Filiz 1987.

UNAT, İlhan: Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları), Ankara: AÜSBF 1966.

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN CEZAÎ HÜKÜMLER BAKIMINDAN NE BİS İN İDEM İLKESİNİN UYGULAMA ALANI

*Scope of Application of the “Ne Bis In Idem” Principle f
or Criminal Provisions of the Code of Enforcement and Bankruptcy*

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK*

ÖZET

İcra ve İflâs Kanunu'nda iflâs suçlarının yanı sıra Onaltıncı Bapta cezaî hükümler başlığı altında bazı fiiller icra suçu, bazı fiiller kabahat ve bazı fiiller de iflâs ve konkordatoya ilişkin suç olarak düzenlenmiştir. Kanun Koyucu bu bapta düzenlenen fiillerin işlenmesi halinde bazı cezaî yaptırımlar da öngörmüştür. Bu çalışmada, bir fiil ile gerek bu Kanun'da ön görülen suç ve kabahatlere ilişkin birden fazla normun, gerekse diğer kanunlarda ön görülen suç ve kabahatlere ilişkin normun ihlal edilmesi halinde ne bis in idem ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışılmıştır. Bu çerçevede icra mahkemesinde dava açılmasının veya icra mahkemesince bir karar verilmesinin diğer ceza mahkemelerinde dava açılmasına ve davanın yürütülmesine; diğer ceza mahkemelerinde dava açılmış olmasının ya da hüküm verilmiş olmasının icra mahkemesinde dava açılmasına ve davanın yürütülmesine etkisi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kavramlar: Ne bis in idem ilkesi, icra suçları, iflâs suçları, kabahatler, icra ceza yargılaması

ABSTRACT

Beside the bankruptcy crimes in The Code of Enforcement and Bankruptcy, some actions are specified as enforcement crimes or misdemeanors or bankruptcy or concordatum related crimes under the criminal provisions of the 16th Book. The lawmaker stipulated criminal sanctions for the actions regulated in the said book. In this study, the problem of applicability of the “ne bis in idem” principle where an action violates multiple criminal or misdemeanor related norms of the Code or where an action also

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ermenek33@gmail.com

violates criminal or misdemeanor related norms stipulated by other legislation are discussed. The effects of filing a case in enforcement courts or ruling of the enforcement court on filing cases in other criminal courts or carrying out court cases and vice versa are also discussed.

Key Words: Ne bis in idem principle, enforcement crimes, bankruptcy crimes, criminal proceedings in enforcement law.



Giriş

İcra ve İflâs Kanunu'nun Onaltıncı Babı cezaî hükümlere ayrılmıştır. Bu bapta yer alan düzenlemelerden madde 331 ile 345/b arası maddî ceza hukukuna ilişkin hükümler ihtiva ederken, 346 ile 354'ncü maddeleri arası ceza usulüne ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 310'ncü maddesinde taksiratlı iflâs, 311'nci maddesinde ise hileli iflâs suçları düzenlenmiştir. İşaret ettiğimiz bu suçlar bağlamında failin eylemi bazen Türk Ceza Kanunu'nda ön görülen aynı veya benzer nitelikteki başka bir ceza normunun ihlaline de neden olabilmektedir. Bu çerçevede özellikle icra suçları için icra ceza mahkemelerinin görevli olması, buna karşın Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen bir normun ihlali halinde ceza mahkemelerinin görevli olması, bu tip suçların yargılanması bağlamında bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda icra suçları ile Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen özel suç tipleri arasında ne bis in idem ilkesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ne bis in idem ilkesine ilişkin düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/7'nci maddesinde, "aynı fiil nedeniyle, önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış dava varsa davanın reddine karar verilir" şeklinde yer almaktadır. Bu hüküm dolayısıyla, ne bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı iki kere yargılama olmaz şeklinde de ifade edilmektedir. Ceza yargılaması bağlamında İcra ve İflâs Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanunu'na yapılmış genel bir atıf yoktur. Bu bağlamda icra suçları bakımından İcra ve İflâs Kanunu madde 346 ile 354 arasında özel bir yargılama usulü düzenlenmiş olması, bu hükümlerde Ceza Muhakemesi Kanunu'na genel bir atıf yapmak yerine sadece eski hale getirme

müessesesinin uygulanma alanına ilişkin olarak (İİK md. 349/7) ve icra ceza mahkemesi hükümlerine karşı başvurulacak kanun yollarına ilişkin (İİK md. 353/2) bir atıf yapılmış olması, ne bis in idem ilkesinin icra ve iflâs suçları bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının yapılmasını meşru kılmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ndan farklı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu şahsi davaya ve şahsi hak taleplerine yer vermemiştir. Bu nedenle suçtan zarar görenlerin cezalandırma veya tazminat talebi ile doğrudan doğruya ceza mahkemelerine başvurmalarının yasal bir dayanağı kalmamıştır. Dolayısıyla ceza yargılaması alanında suçtan zarar görenler, suç, takibi şikâyete bağlı olsa bile, kovuşturmanın yapılabilmesi için cumhuriyet savcılıklarına başvurmak zorundadırlar. Bu konuda kamu davası açılmasına veya kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verilmesi cumhuriyet savcılığının yetkisindedir. Buna karşın icra suçları bakımından şikâyette bulunup bulunmama doğrudan doğruya suçtan zarar görenin tasarrufundadır. Şayet suçtan zarar gören şikâyette bulunmak isterse, cumhuriyet savcılığına değil, doğrudan doğruya icra ceza mahkemesine başvurmaktadır. Bu suçlara ilişkin icra mahkemesince yapılacak yargılamada, şikâyetçi dilekçesinde veya beyanında göstermiş olduğu delillerle bağlıdır (İİK md 351/1). Mahkemeleri hareket geçirme bağlamında ortaya çıkan bu farklılık ile yargılama sırasında delil gösterilmesine ilişkin ortaya çıkan farklılıklar da, ne bis in idem ilkesi açısından yaptığımız bu tartışmayı haklı kılan başka bir nedeni oluşturmaktadır.

Nihayet, hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçlarının İcra ve İflâs Kanunu’nun yanı sıra aynı zamanda Türk Ceza Kanunu’nda da düzenlenmiş olması meselenin tartışılmasını lüzumlu kılan bir başka etkidir. Biz de çalışmamızda, buraya kadar işaret ettiğimiz gerekçelerden hareketle, hem icra suç ve kabahatleri hem de iflâs suçları açısından konuyu tartışmayı uygun bulduk. Ancak, incelemenin kapsamının sınırlandırılması açısından, meselenin güncelliği ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar, bütün icra suç ve kabahatleri bakımından değil, birkaç suç tipi üzerinden ele alınmıştır. Çalışmamız, esasen ne bis idem ilkesinin icra ve iflâs hukuku alanında ön görülen cezai hükümler bakımından uygulama alanının tespitine yönelik olduğundan, ceza ve ceza yargılaması hu-

kuku alanındaki tartışmalara mümkün olduğunca değinilmemiş olup, ne bis in idem ilkesinin unsurlarına ve diğer uygulama alanlarına ilişkin meselelere sorunun çözümüne ışık tuttuğu ölçüde değinilmesine özen gösterilmiştir.

I. Ne Bis İn İdem İlkesi

A) Genel Olarak

Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı ile yakından ilgili olan kavramlardan birisi de hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, mahkeme kararlarının sürprize açık olmamasını ve bu çerçevede, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde Devlete güven duymasını; Devletin de yaptığı yasal düzenlemelerde bireylerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını ifade eder. Bu çerçevede hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olarak, kanunun metni, bireylerin gerektiğinde hukukî yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verir nitelikte olmalıdır¹. Tam da bu noktada hukuki güvenlik ilkesi, dolayısıyla adil yargılanma hakkı ile ne bis in idem ilkesi arasındaki ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda ne bis in idem ilkesinin kabul edilmemesi halinde, aynı sanığın daha önceden yargılanıp be-
raat ettiği aynı fiilden dolayı, bu fiilin başka bir suça vücut verdiği gerekçesi ile tekrar yargılanabilme ihtimalinin varlığı ya da o fiilden dolayı mahkûm olsa bile, o fiilin aslında daha ağır bir cezayı gerektiren suça vücut verdiği gerekçesi ile tekrar yargılanma tehlikesinin varlığı hukuki güvenlik ilkesine yönelmiş açık bir tehdittir. Bu nedenle ne bis in idem ilkesinin bir gereği olarak aynı faile karşı dava açılmış bir fiil dolayısıyla yeniden dava açılmaz; daha önceden o fiile ilişkin hüküm kurulmuşsa yeniden hüküm kurulamaz². Ceza yargılamasında, kesin hükmün önleme etkisi olarak da ifade edilen bu hususa bağlanan en önemli sonuçlardan birisi de ne bis in idem etkisi olmaktadır³.

¹ Bkz., Any. Mah. 28.02. 2013 Tarih ve 2012/116 sayılı Kararı; www.anayasa.gov.tr, e.t: 05.01.2014.

² **Özen**, Mustafa: Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, GÜHFD., C.XIV, S. 2010/1, (s. 389 -417), s. 390.

³ **Ünver**, Yener / **Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 654; **Özen**, s. 390.

Bu bağlamda bir suça ilişkin olarak cezalandırma yetkisi kullanan Devlete ait organların hepsi bir bütün olarak değerlendirilmekte; bu çerçevede devletin bir organının verdiği kararın (kesin hükmün), Devletin diğer bir organınca tartışılmaması, bu organların kararlarını önceki tespitlere ve kesin hükme uydurmaları gerektiği ifade edilmektedir⁴. Aksi bir düşüncenin kabulü, Devletin yargı fonksiyonunu kullanan makamların birlik ve bütünlüğü yerine, her bir organın münferiden bir karar verebilmesi sonucunu doğurur ki, keyfiliği de beraberinde getirebilecek olan bu durum açıkça hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelir⁵.

Ne bis in idem ilkesinin yasal dayanağına bakıldığında, bu ilkenin uluslararası dayanağı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yedi numaralı ek protokolünün 4/1’nci maddesi oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre; hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve kanununa uygun olarak kesin hükümle beraat ettiği veya mahkûm olduğu bir suçtan dolayı, aynı suç sebebiyle aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez. Ancak, Türkiye bu protokole taraf değildir⁶. Bu nedenle 1982 Anayasasının 90’ncü maddesi çerçevesinde bu düzenleme iç hukukumuz bakımından bir etki göstermez. Ayrıca, bu protokole Türkiye’nin taraf olmaması nedeni ile ne bis in idem ilkesinin ihlali halinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun mümkün olup olmadığı hususu da tartışılabilir. Bu çerçevede her ne kadar bu protokole Türkiye taraf olmadığı için 1982 Anayasasının 148/3’ncü maddesi bağlamında bireysel başvurunun mümkün olmadığı düşünülebilirse de; kanımızca, bu ilkenin ihlali doğrudan doğruya hukuki güvenlik ilkesinin de ihlali olduğundan, Anayasanın 36’ncü maddesinin ihlali bağlamında bireysel başvuru yolunun açık olduğunun kabulü gerekir⁷. Zira Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ilkesinin Anayasada

⁴ Ünver / Hakeri, s. 654.

⁵ Binding, Karl: Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, II. Band, München – Leipzig 1915, s. 311 vd, (Ünver / Hakeri, s. 654, dn. 1353’ten naklen).

⁶ Göztepe, Ece: Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S. 2011/95, (s. 14 -40), s. 36.

⁷ Meseleye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun aynı fiilden dolayı birden fazla yargılamaya izin veren 536/1 ve 2’nci fıkrâ hükümlerinin anaya-

açıkça düzenlenmemiş olması nedeni ile doğrudan bireysel başvurunun dayanağını teşkil edemeyeceğini kabul etmekle birlikte, anayasanın bütünselliği çerçevesinde bireysel başvuru teminatı altında olan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantı kurularak her zaman bireysel başvuruya konu edilebileceği görülmüştür⁸. Ne bis in idem ilkesinin iç hukuk bağlamında dayanağını ise, Anayasanın 36'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile kurduğumuz ilgi dışında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/7'nci maddesi oluşturmaktadır. Bu madde hükmüne göre, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. Aynı husus mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 253/3'te, aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir, şeklinde ifade edilmiştir⁹. Bu düzenlemeler bağlamında ne bis in idem ilkesinin ceza usul hukukuna ait bir ilke olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu ilkenin etkisi sadece ceza yargılaması bağlamında ortaya çıkmakta, hukuk yargılaması yapılmasını, idarî ve disiplin soruşturması açılmasını engellemektedir¹⁰.

Buraya kadar yaptığımız tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda ne bis

saya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Bu başvuru talebi eşitlik ilkesi ve cezaların kişiselliği ilkesine aykırılık gerekçesine dayandırılmıştı. Mahkeme, suç ile bozulmuş olan kamu düzeninin ve toplumsal barışın sağlanması için, mevcut cezalandırma yönteminin suçluların ıslahı ve bozulan toplumsal barışın yeniden sağlanması amacının gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, failin aynı fiilden dolayı birden fazla cezalandırılmasına ilişkin kural koymanın, özellikle kamu yararını da dikkate alarak, yasa koyucunun takdirinde olduğu, gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiştir. Bkz. 29.04.1980 T, 1980/1 E, 1980/5 K (23.8.1980Tarih ve 17084sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır); Ayrıca bkz., www.anayasa.gov.tr, e.t: 21.04.2014. Ancak, burada kararın verildiği tarih dikkate alındığında kararın 1961 Anayasası dönemine rastladığına ve o tarihte adil yargılanma hakkının henüz anayasal bir güvenceye kavuşturulmamış olduğu dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğinin altı çizilmelidir.

⁸ Bkz. Any. Mah. Tarih 19.12.2013 ve 2012/989 sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr, e.t: 10.01.2014; bu konuda detaylı bilgi için bkz., **Ermenek**, İbrahim: Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar, MİHDER C.IX, S.26, Y.2013/3, (s.3 - 56), s. 36 vd, (**Ermenek** -Bireysel Başvuru).

⁹ Bu konuda Bkz., **Yurtcan**, Erdener: Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987, s. 34 vd, (**Yurtcan** –Kesin Hüküm); **Özmen**, İsmail / **Aktalay**, Uygur: Ceza Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1993, s. 353 vd; **Öztürk**, Bahri / **Erdem** Mustafa R / **Özbek**, Veli Özer: Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999, s. 72, 73.

¹⁰ **Özen**, s. 390; **Ünver** / **Hakeri**, s. 658.

in idem ilkesini, ceza yargılaması alanında aynı failin daha önceden yargılanıp beraat ettiği veya mahkûm olduğu bir fiilden dolayı yeniden yargılanamaması veya aynı sonucun başka bir yöntemle sağlanamaması şeklinde tanımlamak mümkündür¹¹.

B) Ne Bis İn İdem İlkesinin Unsurları

Ne bis in idem ilkesinin tanımından da hareket edilerek, aksine görüşler de bulunmakla birlikte¹², doktrinde bu ilkenin iki temel unsurunun bulunduğu işaret edilmektedir. Bu unsurlar, failin aynı olması ve fiilin aynı olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹³.

1. Failin Aynı Olması Unsuru

Failin aynı olması unsuru ile, bir fiilden dolayı önceden hakkında hüküm kurulan veya hala yargılanırken, aleyhine (aynı fiiline dayanarak) yeniden dava açılan veya bir hüküm kurulan kişi kastedilmektedir. Başka bir ifade ile daha önceden verilen hükümdeki kişi ile yeni açılan davanın iddianamesindeki kişi ya da devam etmekte olan yargılamadaki kişi ile yeni iddianamedeki kişinin hem nüfus bilgileri hem de cismanî olarak aynı kişi olması ifade edilmektedir¹⁴.

Failin aynılığı bağlamında ceza yargılamasında özellikle iştirak halinde işlenen suçlar bakımından, faillerden bir kısmı hakkında dava açılıp hüküm verilmesinin; hakkında dava açılmamış olan diğer failler hakkında dava açılmasına engel teşkil edip etmeyeceği tartışması yapılmaktadır. Bu konuda bir

¹¹ Benzer tanımlar için, bkz., **Özen**, s. 391; **Ünver / Hakeri**, s. 655; **Gülşen**, Recep: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır, 2005, (s. 317 - 345), s. 317, 318; **Yurtcan** –Kesin Hüküm, s. 34.

¹² Dava konusunun da aynı olması nedeni ile bu hususu da ne bis in idem ilkesinin bir unsuru sayan görüş için bkz., **Cihan**, Erol / **Yenisey**, Feridun: Ne Bis İn İdem İlkesi, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004, (s. 219 -225) s. 219; Özellikle yabancı ülke mahkemelerince verilen kararlara ilişkin olarak ne bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için tarafların da aynı olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz., **Demirel**, Hakkı: Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, AÜHFD, C. IX, S.1- 4, 1952, (s. 300 - 316) s. 314, 315.

¹³ **Yurtcan** -Kesin Hüküm, s. 34. **Cihan/Yenisey**, s. 220; **Özen**, s. 391; **Ünver / Hakeri**, s. 654 vd.

¹⁴ **Özen**, s. 393.

görüş, özellikle beraat kararı verilmesi halinde ne bis in idem ilkesinin diğer sanıklara da sirayet edeceğini ve onlar hakkında da dava açılmayacağını ileri sürerken¹⁵; diğer bir görüş ne bis in idem ilkesinin haklarında dava açılmayan sanıklar bağlamında bir sonuç doğurmayacağını, bu ilkenin daha önceden haklarında dava açılmamış failler hakkında dava açılmasını engellemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁶. Diğer bir görüş ise, burada beraat kararının içeriğine bakılması gerektiğini, bu çerçevede özellikle fiilin suç teşkil etmediğinin tespit edilmesi halinde, ne bis in idem ilkesinin diğer faillere de sirayet etmesi gerektiğini, aksi halde ise bu ilkenin diğer faillere dava açılmasına engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedir¹⁷.

Üzerinde durduğumuz konu bağlamında failin aynılığına ilişkin olarak işaret edilmesi gereken diğer bir husus ise mağdurun değişmesinin failin aynılığını etkileyip etkilemeyeceği meselesidir. Ceza hukuku alanında mağdurun değişmesinin fiili de değiştireceği ve nihayet fiilin değişmesinin failin değişmesi sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir¹⁸. Hal böyle olunca mağdurun değişmesi halinde ne bis in idem ilkesi fail hakkında yeniden dava açılmasına veya hüküm kurulmasına engel olmayacaktır.

2. Fiilin Aynı Olması Unsuru

Fiilin aynılığından ne anlaşılması gerektiği meselesi ceza yargılaması hukukunda oldukça tartışmalıdır. Bir görüş fiilin aynılığı ile, yargılama sırasında hukuki nitelendirilmesi de¹⁹, iddianamede sınırı çizilen eylemin kastedildiğini²⁰; diğer bir görüş, dava konusunun tespitine ilişkin olarak iddi-

¹⁵ **Kunter**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 213.

¹⁶ **Yurtcan** -Kesin Hüküm, s. 45.

¹⁷ **Özen**, s. 394.

¹⁸ **Özen**, s. 394; “İtalyan Yargıtay’ı, ceza yargılamasında mağdurun bir taraf olduğunu, mağdurun değişmesinin, fiilin tekliğini ortadan kaldırıp, farklı bir fiil oluşturacağını ve dolayısıyla da, yeni bir ceza yargılaması yapılabileceğine hükmetmiştir”. (**Özen**, s. 394, dn. 25’den naklen).

¹⁹ “İtalyan Yargıtay’ı verdiği bir kararında, bir sanığın, daha önceki bir yargılamada beraat etmesinden sonra, aynı fiilin farklı bir değerlendirmeye tabi tutularak, tekrar yargılanıp cezalandırılmayacağına hükmetmiştir”. **Özen**, s. 393, dn.21’den naklen.

²⁰ **Cihan / Yenisey**, s. 220; **Özen**, s. 392.

anamede belirtilen, ferdileştirilmiş eylemin kastedildiğini²¹; bir diğer görüş, aynı fiil ile olayın kastedildiğini, bu bağlamda fiil ibaresinin geniş anlamda anlaşılması gerektiğini, bu yönü ile verilecek hükmün iddianamede gösterilen olayı ve onunla sıkı bağlantı içerisinde bulunan ve sonradan ortaya çıkan tüm olayları da kapsamı gerektiğini iddia etmektedir²². Fiilin aynılığı bağlamında, yargılama sırasında suça ilişkin hukuki nitelenimin değişmesi halinde fiilin teklisinde bir değişiklik olup olmayacağı meselesi inceleme konumuz açısından önemlidir. Bu çerçevede, suçun hukuki niteliği değişse dahi, fiilin teklisinde bir değişiklik olmayacağı kabul edilmektedir²³.

II. Genel Olarak İcra ve İflas Kanunu’nda Öngörülen Cezaî Hükümlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi

Türk Ceza Kanunu ile özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar arasındaki ilişki, Türk Ceza Kanunu’nun 5’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bu Kanun’un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Bu husus 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu madde 10’da, bu Kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur, şeklinde ifade edilmişti. Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında, mülga Ceza Kanunu ceza hukukunun genel hükümlerinin uygulanması bağlamında, (şayet varsa) özel kanunlarda bu konuda ön görülen normun uygulanmasına öncelik verirken, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun, en azından bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte olan özel kanun hükümleri bakımından, genel kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması prensibini kabul ettiği sonucuna kolaylıkla varılabilir²⁴. Bu düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, hukuk uygulamasında birliğin ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için, diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmesinin

²¹ Yurtcan -Kesin Hüküm, s. 94.

²² Ünver / Hakeri, s. 649, 650; Göktürk, Neslihan: Fikri İçtima, Ankara 2013, s.18, 19, 153; Ayrıca, ceza muhakemesinde kullanılan fiil kavramının, içtima için ön görülen fiil kavramından daha geniş ve farklı bir anlama sahip olduğu konusunda bkz., Göktürk, s. 18, 19.

²³ Özen, s. 392; Göktürk, s. 18, 19; Yurtcan -Kesin Hüküm, s. 94.

²⁴ Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s. 94, (Özgenç -Şerh).

sağlanmasına yönelik olarak böyle bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır²⁵.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi özel kanunlarda yer alan muhakeme hukukuna ilişkin düzenlemelerle bir ilişki kurulmamıştır. Sadece Kanun'un kapsamına ilişkin birinci maddede, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerinin belirlenmesi amacıyla bu Kanun'un hükümlerinin sevk edildiğine işaret edilmiştir. 1412 sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda ise benzeri bir hükme hiç yer verilmemişti. Diğer taraftan İcra ve İflâs Kanunu madde 349/7 gelemeyen tanığa ilişkin, madde 353/2 ise kanun yollarına ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'na açıkça atıf yapmıştır. Ancak, bu iki husus dışında İcra ve İflâs Kanunu'nda da Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilişki kuran bir düzenleme yoktur. Şu halde, ceza muhakemesine ilişkin olarak özel Kanunlarda mevcut olan düzenlemeler öncelikle uygulanmaya devam edecektir²⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kendisine atıf yapılmamış diğer hükümleri ise, ilgili özel kanunun amaç ve prensiplerine uygun düştüğü ölçüde, kıyas yolu ile uygulanacaktır²⁷.

Buraya kadar yaptığımız tespitler çerçevesinde üzerinde durduğumuz meselenin çözümüne ışık tutması bakımından ne bis in idem ilkesinin maddî ceza hukukunun bir konusu mu olduğu yoksa ceza muhakemesinin bir konusu mu olduğuna yönelik tespitler de son derece önemlidir. Zira bu ilke, asıl dayanağını her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7'den alsa da, hüküm kurulmasına ve dolayısıyla yeniden cezalandırılmaya engeldir. Başka bir ifade ile, o fiilden dolayı bir kez yargılanmış ve -suçun nitelendirilmesinde yapılan açık hataya rağmen- hüküm verilmiş (mesela beraat hükmü) ve bu

²⁵ Bkz, TCK md. 5 madde gerekçesi.

²⁶ **Pekantez**, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özekes**, Muhammet / **Sungurtekin Özkan**, Meral: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012, s. 866.

²⁷ “Aksine kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığı hallerde ceza yargılamasının “usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanması” amacı ve “adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıtların araştırılıp tartışılması” zorunluluğu, İY'da düzenlenen suçlara ilişkin yargılamalarda da aynen geçerlidir”. CGK 01.02.2011 T. 2010/16HD-226 E. ve 2011/10 K sayılı Kararı., **Kürtül**, Mehmet: İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2014, s. 631.

hüküm kesinleşmişse; daha sonradan suçun hukuki niteliği doğru tespit edilerek dava açılmamakta, açılmışsa da mahkumiyet hükmü verilerek fail cezalandırılmamaktadır. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu madde 8 ila 13 arasında ön görülen düzenlemelerin de doğrudan doğruya veya aksi ile kanıt yöntemi ile bu ilkeye kaynaklık ettiği söylenebilir. Diğer taraftan Türk Ceza Kanunu’nun fikri içtimaya ilişkin 44’ncü maddesinde yer alan; “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”, şeklindeki hüküm de bu ilkenin dolaylı bir dayanağını teşkil etmektedir²⁸. Ayrıca dava ve cezaların düşürülmesine ilişkin genel hükümlere Türk Ceza Kanunu 64 ve devamı maddelerinde yer verilmiş olması bu tartışmayı haklı kılmaktadır. Üzerinde durduğumuz husus bağlamında yapılacak tartışmada varılacak sonucun tespitinin derin bir ceza ve ceza muhakemesi analizini gerektirmesi nedeni ile, biz burada bu tartışmanın detaylarına girmeyip sadece mevcut soruna işaret etmekle yetineceğiz. Ancak, ne bis in idem ilkesinin aslî ve birincil etkilerini, yeniden dava açılmasına ve hüküm kurulmasına engel olması dolayısıyla, ceza muhakemesi hukuku alanında doğurduğunu; buna karşın cezalandırılma engeli olmasının bu birincil etkiye bağlı ikincil bir sonuç olduğu düşüncesinden hareketle, biz bu ilkeyi bir ceza muhakemesi müessesesi olarak kabul ederek, değerlendirmelerimizi bu çerçevede yapacağız²⁹.

²⁸ **Göktürk**, s.270, 272; Ayrıca tek ve aynı fiil ile gerçekleştirilen farklı suç tipleri söz konusu olduğunda suçu düzenleyen normlar arasında genel norm özel norm ilişkisinin bulunması halinde, fikri içtima kurallarının değil, özel normun uygulanacağı hakkındaki görüş için bkz., **Göktürk**, s.282.

²⁹ Benzer şekilde dava ve cezanın düşmesi üzerine etkisi olan “uzlaşma” kurumu için bu müessesenin etkileri itibari ile Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmesi gerekirken, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmekle muhakeme hukuku yönü ağır basan bir müessese yaratıldığını ileri süren görüş için Bkz, **İpek**, Ali İhsan / **Parlak** Engin: İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Ankara 2009, s. 4; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiş ve hükümlerle ilgili olması nedeni ile bir muhakeme hukuku müessesesi, sanık ile ceza arasındaki ilişkiyi askıya alıp, daha sonra sona erdirdiği için ceza hukuku müessesesi ve dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının karma karakterli bir müessese olduğu görüşü hakkında, bkz; **Artuç**, Mustafa: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2010, s.7; Şikâyet, talep, izin, uzlaşma gibi kurumların hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun birer ceza muhakemesi kurumu olduğu ve bu nedenle derhal uygulanırlık ilkesine tabi olduğu hakkındaki görüş için, bkz; **Şahin**, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, Ankara 2007, s. 45, 46.

III. İflâs Suçları Açısından Ne Bis İn İdem Kuralının Uygulanabilirliği

A) İflâs Suçlarına İlişkin Bazı Tespitler

İcra ve İflâs Kanunu hükümleri incelendiğinde iflâs suçlarının iki ayrı kısımda düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan ilk kısmı İcra ve İflâs Kanunu'nun Onüçüncü Babında düzenlenmiş olan taksiratlı iflâs ve hileli iflâs halleridir. Ancak taksiratlı ve hileli iflâsa ilişkin olarak yapılan tek düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 161'nci maddesinde hileli iflâs, 162'nci maddesinde ise taksiratlı iflâs suçu düzenlenmiştir. Ancak burada hemen şu hususa işaret edelim ki, İcra ve İflâs Kanunu hileli iflâs ve taksiratlı iflâs bakımından sadece suçun unsurlarını tespit etmiş ve uygulanacak cezaî yaptırımını Türk Ceza Kanunu'na bırakmıştır. Ayrıca, bu suçlara ilişkin olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 346 ila 354'ncü maddeleri arasında ön görülen yargılama usulü kurallarına atıf yapılmamıştır. Diğer taraftan söz konusu hükümlerde, taksiratlı iflâs ve hileli iflâs suçlarının düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun Onüçüncü Babına yapılmış bir atıf da yoktur. Nihayet, İcra ve İflâs Kanunu'nun 346 ila 354'ncü maddeleri arasında yer alan yargılama hukuku kuralları sadece icra mahkemesinin görev alanına giren suç ve kabahatlere ilişkindir (İİK md. 346/3). Buna karşın, hileli ve taksiratlı iflâs suçları bakımından genel ceza mahkemeleri görevlidir (TCK md. 161, 162).

Diğer bir kısım İflâs suçları ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun Onaltıncı Babının 331 ila 345/b maddeleri arasında yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerde yer alan suçların bir çoğu salt iflâs hukukuna ilişkin olmayıp, bazıları icra suçları ile beraber (mesela, İİK md. 331, 337, 337/a, 345 ve 345/b gibi), bazıları konkordatoya ilişkin suçlar ile beraber (İİK md. 333, 334 gibi), bazıları ise salt iflâs hukukunu ilgilendiren suçlar olarak düzenlenmiştir (İİK md. 336, 337, 345/a gibi). Bu bapta öngörülen suçların genel özelliği, her ne kadar içtima, iştirak gibi ceza hukukunun genel hükümleri bağlamında Türk Ceza Kanunu hükümlerine tabi olsalar da (TCK md. 5); yargılama hukuku bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 346 ila 354'ncü maddeleri arasında yer alan hükümlere tabi olmalarıdır. Ayrıca bu suçların tamamı bakımından görevli mahkeme icra ceza mahkemesidir.

İşaret ettiğimiz gerekçelere bağlı olarak Onaltıncı Babta öngörülen iflâs suçları ile icra suçları ne bis in idem ilkesinin uygulanabilirliği açısından aynı rejime tabidir. Bu nedenle iflâs suçları başlığı altında sadece İcra ve İflâs Kanunu'nun Onüçüncü Babında düzenlenmiş olan hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçlarına ilişkin değerlendirmeler yapılacak; Onaltıncı Babta yer alan iflâs suçları ise icra suçları ile birlikte değerlendirilecektir.

B) İflâs Suçları Bakımından Türk Ceza Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu Arasındaki İlişki

Hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçuna ilişkin olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmeden önce, suçun unsurlarına ilişkin düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nun 310 ve 311'nci maddelerinde, suça uygulanacak ceza ise mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 506 ve 507'nci maddelerinde düzenlenmişti. Bu hükümlere göre, hileli müflisler hakkında iki seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası (765 s.K md. 506), taksiratlı müflisler hakkında ise bir aydan iki seneye kadar hapis cezası verilmekte idi (765 s.K md. 507).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükte olduğu dönemde hileli iflâs suçunun unsurlarının düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 311/1'nci maddesi “iflâstan evvel veya sonra alacaklılarını zarara sokmak kastıyla ve hususiyle aşağıdaki suretlerle hileli muamelelerde bulunan kimse hileli müflis sayılır ve Türk Ceza Kanunu'na göre cezalandırılır” hükmünü ihtiva etmekte idi. Ayrıca madde metninde geçen hususi ile ibaresine ilişkin olarak özellikle hangi hallerin hileli iflâs sayıldığı sekiz bent halinde düzenlenmişti. Bu düzenlemeden hareketle hileli iflâs hallerinin İcra ve İflâs Kanunu'nda sayma yolu ile belirtildiği ileri sürülmekte ise de³⁰, bizim de katıldığımız görüşe göre buradaki sayma tahdidi olmayıp örnek kabilindedir³¹. Suçun unsurlarının gerçekleşmiş varsayılabilmesi için, iflâstan önce veya iflâstan sonra alacaklıları zarara sokmak kastıyla yapılan hileli muamelelerin varlığı yeterliydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Kanun ilga edilince, bu Kanun'un 161'nci

³⁰ **Özgenç**, İzzet: İflâs Suçları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II., Y.2009, (s. 333 - 367), s. 336, (**Özgenç** –İflâs Suçları).

³¹ **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C.II, Ankara 2013, s. 1580.

maddesinde hileli iflâs hem suçun unsurları bağlamında hem de uygulanacak müeyyide bağlamında yeniden düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 161/1'nci maddesi, “malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflâsına karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” dedikten sonra, hileli iflâsın varlığı için dört bent halinde saydığı hallerden birisinin gerçekleşmesi şartını aramıştır. Bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nun 311'nci maddesinde yapılan sayımın örnek kabilinden, buna karşın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 161'nci maddesinde yapılan sayımın tahdidi olduğunu tespit ettikten sonra; İcra ve iflâs Kanunu'nda sekiz bent halinde ve daha somut olarak sayılan hususların hepsinin Türk Ceza Kanunu'nda daha genel mahiyette ifade edilen dört bendin içeriğine rahatlıkla dahil edilebileceğın altını çizmek gerekir. Üzerinde durduğumuz bu iki düzenleme bağlamında altını çizmemiz gereken diğer bir önemli husus ise, Türk Ceza Kanunu'nun, İcra ve İflâs Kanunu'na göre suçun kapsamını daraltmış olmasıdır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'na göre, alacaklıları zarara sokmak kasdiyle yapılacak her türlü hileli işlem hileli iflâs sonucunu doğururken, Türk Ceza Kanunu'na göre bu tür işlemler ancak 161/1'de yer alan dört bentten birisinin kapsamına girmesi halinde hileli iflâs suçuna vücut verecektir.

Taksiratlı iflâs bağlamında her iki Kanun hükümleri karşılaştırıldığında ise, İcra ve İflâs Kanunu madde 310/1 hükmü, “aşağıdaki hallerden birisi kendisinde bulunan müflis taksiratlı sayılır ve Türk Ceza Kanunu'na göre cezalandırılır” şeklindedir. Bu hükümden sonra Kanun Koyucu hangi hallerin taksiratlı iflâs nedeni teşkil ettiğini on bent halinde ve tahdidi olarak saymıştır³². Şu halde, İcra ve İflâs Kanunu bağlamında bu on bentte sayılan haller dışında taksiratlı iflâs söz konusu olmayacaktır. Buna karşın taksiratlı iflâs suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 162/1 maddesi, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemiş olması dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü ihtiva etmektedir. Her iki düzenleme karşılaştırıl-

³² Özgenç -İflâs Suçları, s. 337; Muşul, s.1575.

dığında bu defa da Türk Ceza Kanunu'nun taksiratlı iflâs suçunun kapsamını genişlettiği görülmektedir³³. Zira, İcra ve İflâs Kanunu madde 310'da tahdidi olarak sayılan hallerin tamamı, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemiş olması kavramı içerisine kolaylıkla dahil edilebilir. Ancak, Türk Ceza Kanunu madde 162 kapsamında taksiratlı iflâs suçunun oluşabilmesi için failin davranışının İcra ve İflâs Kanunu madde 310'da sayılan hallerden birisine dahil edilebilmesine gerek yoktur. Bu madde kapsamında sayılmamış olmakla birlikte, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmediği başka bir hal de iflâsa neden olmuşsa, bu husus da Türk Ceza Kanunu bağlamında taksiratlı iflâs sayılacaktır³⁴. Şu halde somut bir olay bakımından tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğini takdir etme yetkisi hâkime bırakılmış olmaktadır³⁵.

Taksiratlı iflâs ve hileli iflâsa ilişkin olarak her iki Kanun hükümleri arasında ortaya çıkan bu farklılık, işaret ettiğimiz bu Kanun hükümleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İcra ve İflâs Kanunu'nun 310 ve 311'nci maddelerinin yürürlükten kaldırıldığına dair her hangi bir hüküm yoktur. Bu

³³ **Kürtül**, s. 4; **Kuru / Arslan / Yılmaz'a** göre, iflâsın açılmasından sonra müflis iflâs idaresinin veya iflâs dairesinin emir ve talimatlarına mazeretsiz olarak uymazsa, taksiratlı iflâs nedeni ile Türk Ceza Kanunu Madde 162 bağlamında cezalandırılabilir. Bu halde müflis ayrıca İcra ve İflâs Kanunu madde 337/2'ye göre de cezalandırılmalıdır. Bkz, **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s. 552; Bu görüş iki noktadan eleştirilebilir. Her şeyden önce, İcra ve İflâs Kanunu madde 310'da yer alan bütün hallerin Türk Ceza Kanunu madde 162 bağlamında taksiratlı iflâs suçu kapsamına girmediğine dikkat edilmelidir. Zira, Türk Ceza Kanunu madde 162 bağlamında taksiratlı iflâs suçunun gerçekleşmesi için, failin ticari hayatın gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme eyleminin iflâsın açılmasından önce gerçekleşmiş olması gerekir. Şayet bu eylemler iflâsın açılmasından sonra gerçekleşmişse, faille taksiratlı iflâs suçu nedeniyle ceza vermek mümkün olmaz. Oysa, İcra ve İflâs Kanunu madde 310/7 hükmüne göre, iflâsın açılmasından sonra da müflis mahkeme, iflâs dairesi veya iflâs iradesi tarafından çağrıldığı halde kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın gelmemişse taksiratlı iflâs suçu oluşmakta ve fail cezalandırılabilir. İkinci olarak, İcra ve İflâs Kanunu madde 337/2'de ön görülen cezaî hükmün ne olduğu belli değildir. Zira söz konusu hükümdeki cezaî yaptırımdan ne anlaşılması gerektiği konusunda atıf yapılan aynı maddenin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu nedenle kanımızca, suç ve cezaların kanuniliği prensibi nedeniyle, artık İcra ve İflâs Kanunu madde 337/2 hükmü dolayısıyla failleri cezalandırmak mümkün değildir.

³⁴ **Özgenç** -İflâs Suçları, s. 361; **Ermenek**, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2010, s. 41, (**Ermenek** -İflâsın Ertelenmesi).

³⁵ **Ermenek** -İflâsın Ertelenmesi, s. 41.

çerçevede, hileli iflâs ve taksiratlı iflâsın aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda da suç olarak düzenlenmesi nedeniyle, doktrinde İcra ve İflâs Kanunu madde 310 ve 311 hükümlerinin zımnî olarak ilga edildiği ileri sürülmektedir³⁶. Ancak, kanımızca burada bir zımnî ilgadan ziyade bu madde hükümlerinin konusuz kalmasından bahsedilmelidir³⁷. Öncelikle üzerinde durduğumuz husus bağlamında Türk Ceza Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu arasında her ne kadar suçun düzenlendiği yer itibari ile bir genel kanun özel kanun ilişkisi varsa da, kanımızca suçun düzenlendiği normlar arasında bir genellik özellik ilişkisi yoktur. Bu çerçevede her ikisi de birer genel norm mahiyetindedir. Bu nedenle, her iki Kanun'un hükümleri arasında genel kanun özel kanun ilişkisi değil, önceki tarihli kanun sonraki tarihli kanun ilişkisi vardır³⁸. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, her ne kadar önceki tarihli kanun sonraki tarihli kanun ilişkisi bağlamında her iki kanun hükümlerinin çelişmesi halinde sonraki tarihli Kanun'un önceki kanun hükümlerini zımnî olarak ilga etmiş varsayılacağı kabul edilmekte ise de³⁹, İcra ve İflâs Kanunu'nun taksiratlı iflâs ve hileli iflâs suçları ile itibarın iadesi müessesesi arasında kurduğu sıkı ilişkidir. Başka bir ifade ile Türk Ceza Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu'nda ön görülen hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçlarını bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırmış değildir⁴⁰.

Buraya kadar yaptığımız tespitler çerçevesinde Türk Ceza Kanunu madde 161 ve 162 hükümleri ile, İcra ve İflâs Kanunu'nun 310 ve 311'nci madde hükümlerinin zımnî olarak ilga edildiği yaklaşımının kabulü, hakkında Türk Ceza Kanunu'nda hiçbir düzenleme olmayan İcra ve İflâs Kanunu'nun hileli

³⁶ **Özgenç** -İflâs Suçları, s. 338; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 1392, 1393; **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin** Özkan, s. 696; **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, H. Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, s. 4725 vd; **Kürtül**, s. 9.

³⁷ **Ermenek** –İflâsın Erteleenmesi, s. 41.

³⁸ **Ermenek** –İflâsın Erteleenmesi, s. 41; **Pekcanitez / Atalay / Özekes / Sungurtekin Özkan**, s. 696.

³⁹ **Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 181, 183; **Zevkliler**, Aydın: Zevkliler Medenî Hukuk, Ankara 1991, s. 75; **Akipek**, Jale G / **Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I., İstanbul 2002, s. 108.

⁴⁰ Bu konuda ayrıca bkz., yuk. dn. 33'de yer alan açıklamalar.

İflâs halinde itibarın iadesine ilişkin 312’nci maddesinin ve taksiratlı iflâs halinde itibarın iadesine ilişkin 313’ncü maddesinin uygulanmaması sonucunu doğurur. Zira Türk Ceza Kanunu’nda itibarın iadesine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda mevcut olan memnu hakların iadesi müessesesine de yer verilmemiştir. Başka bir ifade ile, bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, Türk Ceza Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan hileli ve taksiratlı iflâs suçlarının bütün sonuçları ile birlikte zımnî olarak ilga edildiği sonucuna varılabilir⁴¹. Fakat varılan bu sonuç bu defa da, İcra ve İflâs Kanunu’nun 314’ncü maddesinde ön görülen adi müflisin itibarının iade edilmesine ilişkin hükmün uygulanması bağlamında bir takım sorunlara neden olur. Zira, birer suç teşkil eden hileli iflâs ve taksiratlı iflâs halinde müflisin itibarının iadesine gerek görülmezken, hiçbir suç teşkil etmeyen adi iflâs halinde müflisin itibarının iadesini istemek adalet ve hakkaniyet duygularını rencide eder. Buna karşın, Türk Ceza Kanunu’nda hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçlarının düzenlenmesi ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 310 ve 311’nci maddelerinin konusuz kaldığı yönündeki görüşümüz kabul edilirse, aynı Kanun’un itibarın iadesine ilişkin 312, 313 ve 314’ncü maddeleri Adli Sicil Kanunu madde 13/A,1 hükmü çerçevesinde uygulanılabilecektir⁴². Oysa zımnî ilga görüşü ka-

⁴¹ “...Anayasamızda belirlenen bu ilkelere göre; hangi fillerin suç oluşturduğunun kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak, ancak bir kanunî tanımda belirlenen muayyen filler, ceza yaptırımını gerekli kılabilir. Bu bakımdan, belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Suç tanımlarının redaksiyonunda, bu ilkeye bağlı kalmaya büyük özen gösterilmiştir. Örneğin, Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, dolanlı (hileli) ve taksirli iflâs suçlarının sadece yaptırımı belirlenmiştir (md. 224). Buna karşılık hangi fiil ve davranışların bu suçları oluşturabileceği konusunda, herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu konuda 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun 310 ve 311’nci maddelerinde yapılan düzenlemelere yollamada bulunulmuştur. Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda, ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birisini oluşturan belirlilik ilkesinin gereği olarak, hileli ve taksirli iflâs suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğu açık ve seçik bir şekilde belirlenmiştir...”. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2014 Tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Rapor, **Özgenç** – Şerh, s. 45.

⁴² Adli Sicil Kanunu madde 13/A,1 hükmü şu şekildedir: **(Ek: 6/12/2006-5560/38 md.)** (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanunu’nun 53 üncü madde-

bul edildiğinde Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte taksiratlı iflâs ve hileli iflâs suçları, itibarın iadesi de dahil olmak üzere bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkmış olacağından, daha sonraki tarihte yürürlüğe giren Adli Sicil Kanunu madde 13/A hükmü ile tekrar canlandırılmaz⁴³.

Buraya kadar yaptığımız tespitler çerçevesinde hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçları bakımından görevli mahkemenin tespiti ve uygulanacak yargılama hukuku kuralları bir özellik arzetmemektedir⁴⁴. Bu nedenle her iki suçun unsurlarına Türk Ceza Kanunu'nda da yer verilmiş olması nedeni ile İcra ve İflas Kanunu madde 310 ve 311 hükümlerinin ister zımnî ilga görüşü kabul edilmiş olsun, isterse de bu madde hükümlerinin konusuz kaldığı görüşü kabul edilmiş olsun ne bis in idem ilkesinin uygulanması bağlamında her hangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

IV. İcra Suçları Açısından Ne Bis İn İdem Kuralının Uygulanabilirliği

A) İcra Suç ve Cezalarına İlişkin Bazı Tespitler

1. İcra Suçlarında Görevli Mahkeme

İcra ve İflâs Kanunu madde 346'da, bu Kanun'un Onaltıncı Babında düzenlenmiş suçlar için görevli mahkemenin icra mahkemesi olduğu açıkça belirtilmiştir (İİK md. 346/3). Ayrıca, aynı madde hükmünde bu Kanun hükümlerine göre verilecek disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarına icra mahkemesince karar verileceği (İİK md. 346/1) ve icra mahkemesinin görev alanına giren bu işlerle diğer mahkemelerde görülen ceza davalarının birleştirilemeyeceği (İİK md. 346/2) hüküm altına alınmıştır. Bu maddede 5358 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, sadece birleştirme yasağına ilişkin hükme yer verilmişti. 5358 sayılı Kanun'un 18'nci maddesinin gerekçesinde, bu madde yapılan değişiklik "Kanun'un bu babında yer alan suçlar ve disiplin veya tazyik hapsini gerektiren filler ile ilgili davalara ihtisas mahkemesi olan icra

sinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

⁴³ Aksi görüş için, **Pekcanitez / Atalay / Özkes / Sungurtekin Özkan**, s. 698, 699.

⁴⁴ **Ünver**, Naci: İcra ve İflâs Kanunu'nda Suç Sayılan Eylemler, Ankara 1997, s. 5, 7.

mahkemesince bakılacaktır” şeklinde ifade edilen nedene dayandırılmıştır. Bu gerekçelerle, İcra ve İflâs Kanunu madde 346’da yapılan değişiklikle Onaltıncı Babta yer alan suçlarla ilgili davalara icra mahkemesince bakılacağı belirtilmişken, aynı maddenin birinci fıkrasında bu Kanun hükümlerine göre verilecek disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarını vermekle icra mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin ayrı bir düzenleme yapılması gereksiz bir tekrarmış gibi görünse de, bu cezaların verildiği eylemlerin birer kabahat olduğu düşünüldüğünde, söz konusu bu düzenleme anlamlı olmaktadır. Bu değişiklikten önce, Onaltıncı Babta yer alan suçlardan hapis cezasını ve ağır para cezasını gerektiren suçlarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi iken, hafif hapis, hafif para cezası ve hapisle tazyik cezalarından birini gerektiren suçlar bakımından görevli mahkeme icra ceza mahkemesi idi⁴⁵. İşaret ettiğimiz değişiklikte birlikte asliye ceza mahkemelerinin icra suçlarına ilişkin görevleri sona ermiş, bu suçlara ilişkin davaların görülmesi icra mahkemesinin görev alanına dahil edilmiştir⁴⁶.

2. İcra Suçlarında Dava Açma Usulü ve Davanın Yürütülmesi

İcra ve İflâs Kanunu’nun Onaltıncı Babında yer alan suçlar dava açma bakımından tetkik edildiğinde, bu suçlardan bazılarının kovuşturulması şikâyete tabi iken, bazılarının kovuşturmasının re’sen yapılması gerektiği görülmektedir. Bu çerçevede, İcra ve İflâs Kanunu madde 331, 332, 333/a, 334, 337/a, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345/a’da yer alan suçlar takibi şikâyete bağlı iken; İcra ve İflâs Kanunu madde 333, 335, 336, 337/2, 342, 345/b’de yer alan suçların takibi re’sen yapılmaktadır⁴⁷.

Takibi re’sen yapılan suçlarda dava cumhuriyet savcısı tarafından bir iddi-

⁴⁵ Ünver, s. 10 vd, 25 vd.

⁴⁶ Çetin, Emine Halman: İcra ve İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2010, s. 61.

⁴⁷ “01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Yasa ile İcra ve İflâs Yasası’nın 16. bab kapsamındaki fiilleri ikili bir ayrıma tabi tutarak, bir kısım eylemleri suç olarak, diğer bir kısım eylemleri ise, kabahat olarak düzenlemiştir. Bazı suçların re’sen takibi öngörülmüşken bazı suçların ise takibi şikâyet koşuluna bağlanmış, bu husus da suç tanımının yer aldığı maddelerde, “bu suçlar alacaklının şikâyeti üzerine takip olunur”, “alacaklının şikâyeti üzerine”, “ilgilinin şikâyeti üzerine”, “zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine” ibareleriyle açıkça belirtilmiştir”, CGK 22.06.2010 T. 16- 114/154 K sayılı Karar.www.karara.com.e.t:30.04.2014.

aname düzenlenmek suretiyle icra mahkemesinde açılır⁴⁸; ancak, bu davalarda cumhuriyet savcısı duruşmada hazır bulundurulmaz (İİK md. 350/2). Ayrıca bu davalarda taraflar ve mahkeme cumhuriyet savcısının iddianamesinde dayandığı delillerle bağlı değildir. Fakat bu noktada şikâyet yolu ile icra mahkemesinde açılması gereken bir dava iddianame ile açılmışsa, bu husus takibi şikâyete bağlı suçun kamu davasına dönüştüğü ve bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu madde 349'da ön görülen yargılama usulünün uygulanmayacağı anlamına gelmez⁴⁹. Buna karşın takibi şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyetçi şikâyet dilekçesinde veya beyanında dayandığı delillerle bağlıdır (İİK md. 351/1)⁵⁰.

Ceza muhakemesi hukuku alanında şahsi dava ve şahsi hak talepleri kaldırılmış olduğundan⁵¹, takibi şikâyete bağlı suçlar bağlamında da başvuru cumhuriyet savcılığına (veya kolluk güçlerine) yapılmakta (CMK md. 158/1)⁵²,

⁴⁸ “Sanıklara isnat edilen eylemin oluşması halinde haklarında İİK md. 342’nci maddenin yol-laması dolayısıyla TCK’nın 290/1 maddesinin uygulanması ihtimali nedeniyle, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılacak soruşturma sonunda davanın iddianame ile icra ceza mahkemesinde açılması gerekmektedir”. 16.HD 24.01.2011 T. 2010/7543 E ve 2011/6 K sayılı Kararı, bkz., **Kürtül**, s. 453; İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan bütün icra suçlarına ilişkin yargıların madde 349 hükümleri çerçevesinde yapılması gerektiği ve bu çerçevede bu suçların tamamı için şikâyete yoluna başvurulması gerektiği hakkındaki görüş için bkz., **Sunar**, Gülcan: Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikasının, Ceza Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, (s.241 -276), s. 267; İcra ve İflâs Kanunu’nda yaptırımını hapis cezası olarak öngörülen bütün suçlar için iddianame ile dava açılması gerektiği yönündeki görüş için bkz., **Artuç**, Mustafa / **Bikmaz**, Raif: Açıklamalı İçtihatlı İcra – İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 36 vd.

⁴⁹ “Diğer taraftan İİY’nin 349’ncü maddesi uyarınca şikâyet dilekçesi ile açılması gereken davanın, 5271 sayılı CYY’nin 170’nci maddesi uyarınca iddianame ile açılmış bulunmasında isabet görülmemiş ise de, somut olayda müştekinden kaynaklanmadığı için, müşteki aleyhine sonuç doğurmayacağı kabul edilen bu hata, davayı kamu davasına dönüştürmeyecektir”. CGK 8.12.2009 T, 16-139 / 283 K., **Kürtül**, s. 618.

⁵⁰ “Şikâyet dilekçesinde gösterilmeyen delillerin yargılama sırasında re’sen toplanmasına yasal dayanak da bulunmadığından”. 16.HD 29.05.2012 T. 545/4707 K sayılı Kararı, **Kürtül**, s. 632.

⁵¹ Şahsi hak davası ve şahsi hak talepleri bakımından bkz., **Yurtcan**, Erdener: Şahsi Davaya ve Uygulaması, Ankara 1989, s. 2 vd; özellikle şahsi hak talepleri bakımından, s. 194 vd, (**Yurtcan** -Şahsi Davaya); **Öztürk** / **Erdem** / **Özbek**, s. 325, 333 vd; **Kunter**, s. 147 vd; ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu madde 349’ün, icra suçlarına özgü bir şahsi dava olduğu ve bu nedenle şahsi davaya ilişkin hükümlerin halen yürürlükte olduğu hakkındaki görüş için bkz., **Halman Çetin**, s. 65.

⁵² “Yargıtay C.Başsavcılığı’nca ileri sürülen ve bu suça ait soruşturmanın C.Savcılığı’nca yapılması gerektiğine ilişkin olan görüşe yasal dayanak olarak gösterilen, 5320 sayılı Yasa’nın 9. maddesi hükmü, 1412 sayılı Yasa’nın 344 vd. maddelerinde düzenlenen şahsi dava tür-

cumhuriyet savcılığı şikâyetçinin başvurusundan bağımsız olarak suçun vasıflandırılmasını yaparak, bu vasıflandırmaya göre belirlediği görevli mahkemede davayı açmaktadır. Aynı yöntem icra suçları bağlamında takibi şikâyete bağlı olmayan suçlar bakımından da geçerlidir⁵³. İşaret ettiğimiz hususlar bağlamında suçun vasıflandırılması cumhuriyet savcılığınca yapılmakta, cumhuriyet savcılığı bu vasıflandırmaya uygun olarak görevli mahkemeyi belirleyerek dava açmakta; görevli mahkeme ise, cumhuriyet savcılığının yaptığı vasıflandırma ile bağlı kalmaksızın görevsizlik kararı ya da esasa ilişkin hüküm vermektedir⁵⁴.

Takibi şikâyete bağlı suçlar için bir iddianame düzenlenmesine gerek yoktur⁵⁵. İcra mahkemesine yapılacak sözlü veya yazılı bir şikâyet başvurusu yeterlidir (İİK md. 349). Ancak şikâyet beyanın ya da dilekçesinin iddianamede yer alan unsurlarla örtüşmesi şart değildir⁵⁶. Davanın açılması ile birlikte şikâyetçi

leriyle ilgili olup, bu hükmün İY’de yer alan suçlarda uygulama alanı bulunmamaktadır. Anılan yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde ve özellikle İY’nin 5358 sayılı Yasa ile değişik 346 ve 349. maddeleri hükümleri gözönüne alındığında, anılan suç türleriyle ilgili soruşturmanın C.Başsavcılığı’na yapılmasına yasal olanak bulunmadığından, suçların ağırlığı ve adalet düşüncesiyle de olsa, yasakoyucu tarafından öngörülme-
yen bir yöntemin uygulanması veya verilmeyen bir yetkinin kullanılmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşılmakla, yasal bir düzenleme konusu yapılabilecek bu hususta, Özel Daire’ce verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığından, yerinde görül-meyen Yargıtay C.Başsavcılığı İtirazının reddine karar verilmelidir”. CGK. 13.02.2007 T ve 16-17/28 E K sayılı Kararı, <http://yargitaykarar.wordpress.com/>, e.t: 30.04.2014.

⁵³ **Muşul**, C.I, s. 60.

⁵⁴ Ünver / **Hakeri**, s. 650, 651; **Kunter**, s. 680, 681; **Öztürk / Erdem / Özbek**, s. 809, 810.

⁵⁵ “İcra İflâs Yasasında yer alan şikâyete tabii kılınan suçlar dolayısıyla ve bu kapsamda anılan Yasa’nın 331. maddesinde düzenlenmiş bulunup da, kovuşturmasının şikâyete tabii olduğu yönünde kuşku bulunmayan alacaklısını zarara sokmak kasdıye mevcudunu eksiltmek suçundan, yapılan şikâyet İY’nin 347. maddesinde belirtilen süreler içinde, aynı Yasa’nın 348 ve 349. maddeleri uyarınca yetkili İcra Mahkemesine yapılmalıdır. Bu suçlarla ilgili dava açma yöntemi, İY’nin 349. maddesinde açıkça belirtilmiş bulunduğundan, şikâyet Yasa’nın 346. maddesi uyarınca yetkili kılınan İcra Ceza Mahkemesine yapılmalı ve bu suçlarla ilgili soruşturmalarda 5271 sayılı Yasa hükümleri değil, İY hükümleri uygulanmalıdır”. CGK. 13.02.2007 T ve 16-17/28 E K sayılı Kararı, <http://yargitaykarar.wordpress.com/>. e.t: 30.04.2014; aynı yönde CGK 22.06.2010 T. 16- 114/154 K sayılı Karar. www.karara.com.e.t:30.04.2014.

⁵⁶ “Dava açan belge olması nedeniyle müşteki tarafından icra ceza mahkemesine verilecek olan şikâyet dilekçesinin, şüpheli veya şüphelilerin isimleri ve şikâyet konusu olaya ilişkin bilgileri taşıması zorunlu olmakla birlikte, bu dava dilekçesinin 5271 sayılı CYY’nin 170. maddesinde belirtilen iddianamenin bütün şekil koşullarını içermesi zorunluluğu bulunmamaktadır”, CGK 22.06.2010 T. 16- 114/154 K sayılı Karar. www.karara.com.e.t:30.04.2014.

dilekçe ve beyanlarında göstermiş olduğu delillerle bağlıdır. Bu çerçevede maznun (sanık) da savunması için tahkikatın genişletilmesini ancak bir sefer isteyebilir (İİK md. 351). Diğer taraftan icra mahkemesi, ancak iki tarafın ifadelerini, bütün delillerini, iddia ve savunmalarını dinledikten sonra bir karar verebilir (İİK md. 352). İşaret ettiğimiz bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, takibi şikâyete bağlı icra suçları bağlamında icra mahkemelerinin şikâyetçinin iddiaları ile bağlı olduğu⁵⁷, bu iddiaların ispatı bağlamında re'sen araştırma yetkisi olmadığı⁵⁸, ispat yükünün davanın tarafları üzerinde olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bu çerçevede icra mahkemesi, taraflarca yapılacak maddî hatalar dışında⁵⁹, onların talepleri ile de bağlı olmalıdır⁶⁰. Bu bağlamda, şayet şikâyetçi borçlunun yalan beyandan dolayı cezalandırılmasını istemişse, yargılama sırasında icra mahkemesi aslında burada taahhüdü ihlal suçunun unsurlarının oluştuğunu tespit etse dahi, sanığa ek savunma imkânı vermek suretiyle taahhüdü ihlal suçundan yargılama yapamaz; şikâyetçi yalan beyanda bulunma suçunun unsurlarının oluştuğunu ispatlayamazsa sanığın beraatına karar verilmelidir⁶¹.

⁵⁷ Borçlu tüzel kişiliği temsil eden şirket yetkilisinin isminin şikâyet dilekçesinde belirtilmediği dikkate alındığında, şikâyet dilekçesinde gösterilmeyen kişilerin araştırılmasına ve cezalandırılmasına yasal imkân bulunmaması nedeniyle İİK'nun 345'nci maddesi gereği davanın reddine karar vermek gerekirken". 16 HD 24.10.2007 T. 2479/3916 K sayılı Kararı, **Kürtül**, s. 622.

⁵⁸ Şikâyetçinin dilekçe ve beyanında gösterdiği delillerle bağlı olduğuna yönelik İİK'nın 351'nci maddesindeki düzenleme karşısında, hakim in re'sen araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır". 16. HD 26.09.2011 T. 2169/4786 K sayılı Karar, **Kürtül**, s. 636.

⁵⁹ "Her ne kadar şikâyetçi dilekçesinde sanığın İİK'nun 333/a maddesi ile cezalandırılması isteminde bulunmuş ise de, dilekçede ileri sürülen iddiaların İİK'nun 331/1.maddesinde yaptırımı bağlanan suçu oluşturacağı, buna bağlı olarak yasa maddesinin dilekçede yanlış gösterilmiş olmasının müştekiye hak kaybı vermemesi gerektiğinin kabulü ile..", 16. HD 19.09.2011 t. 2795/ 4421 K sayılı Kararı; www.karara.com. e.t: 30.04.2014; "Şikâyet dilekçesinde kanıt olarak gösterilen icra takip dosyasının numarasının veya icra müdürlüğünün isminin veya bir yerde kurulmuş bulunan icra müdürlüklerinin numarasının hatalı bildirilmiş olması halinde, bu hatanın giderilmesine yönelik olarak asıl icra takip dosyası numarasının veya icra müdürlüğünün adının veya numarasının bildirilmesi yeni delil bildirme kapsamında değerlendirilemez", CGK 01.02.2011 T. 2010/16HD-226 E. ve 2011/10 K sayılı Kararı., **Kürtül**, s. 631.

⁶⁰ "İİK'nın 351'nci maddesindeki, şikâyetçi dilekçe ve beyanında göstermiş olduğu delillerle bağlıdır, hükmü karşısında; borçlu sanığın taşınmazın satışından elde ettiği paranın akıbeti hakkında şikâyetçi tarafından bir iddia ve delil sunulmadığına göre, bu yönde araştırma yapılmaması bir eksiklik olarak nitelendirilemez", 16. HD. 01.12.2006 T. 3696/7698 K. sayılı Kararı, **Kürtül**, s. 637, 638.

⁶¹ "...sanık hakkında ticareti terk suçundan dolayı bir şikâyet bulunmadığı halde sonradan yar-

Ancak, şikâyetçi beyanında sadece maddî vakıaları ve ona ilişkin delilleri sunmak suretiyle borçlunun cezalandırılmasını istemişse, o zaman suçun vasıflandırılması bizzat icra mahkemesi tarafından yapılmalıdır. İcra mahkemesi, vasıflandırmasını yaptığı suçun kendi görev alanına girmediğini tespit ederse görevsizlik kararı vermeli, aksi halde işin esasını incelemeye geçmelidir.

Buraya kadar yaptığımız tespitler birlikte değerlendirildiğinde, re’sen takibi gereken icra suçları bağlamında İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerden sadece 346, 348, 352/1 ve 352/2’inci maddelerin uygulanabileceği, bu tip suçlara ilişkin işaret ettiğimiz düzenlemeler dışında Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, bu nedenle bu tip suçların kovuşturulmasının re’sen araştırma ilkesine tabi olduğu; buna karşın İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen özel yargılama usulünün esasında takibi şikâyete bağlı suçlar dikkate alınarak sevkedildiği, bu tip suçların kovuşturulmasında prensip olarak hem taleple hem de gerekçe ile bağlılık ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varmak mümkündür. Ulaştığımız bu sonuç, ne bis in idem ilkesinin icra suçları bağlamında uygulanabilirliğine ilişkin yapacağımız tespitler bakımından oldukça önemli olacaktır.

3. İcra ve İflâs Kanunu’nda Öngörülen Cezaî Yaptırımlara İlişkin Tespitler

İcra ve İflâs Kanunu’nda icra suçları için, hapis cezası adlî para cezası; kabahatler için ise tazyik hapsi ve disiplin hapsi cezaları öngörülmüştür. Hapis cezası ve adlî para cezası verilmesini gerektiren suçlardan bazıları şikâyete tabi iken (İİK md. 331, 332, 345/a gibi), bazıları ise şikâyete tabi değildir (İİK md. 333, 335, 345/b gibi). Disiplin hapsini gerektiren (İİK md. 339 gibi) ve tazyik hapsini gerektiren (İİK md. 76, 338/2, 340, 341, 343, 344 gibi) eylemlerin de takibi şikâyete bağlıdır.

Türk Ceza Kanunu’nun 45’nci maddesinde suçun karşılığı olarak ön gö-

güleme sırasında müşteki vekilinin beyanı ile yargılamaya dahil edilemeyeceği de gözetilmeden 24.06.2010 tarihli celse de müşteki vekilinin şikâyetlerinin usulüne aykırı şekilde ticareti terk ve alacaklısını zarara uğratmak olduğuna yönelik beyanı esas alınarak ticareti terk suçundan da hüküm kurulması isabetsizdir”, 16. HD 01.11.2011 T. 6141/6827 K sayılı Karar, **Kürtül**, s. 633.

rülen yaptırımlar hapis cezası ve adlî para cezasıdır⁶². Şu halde İcra ve İflâs Kanunu'nun Onaltıncı Babında öngörülen ve yaptırımı hapis cezası veya adlî para cezası olarak belirlenen eylemler Türk Ceza Kanunu madde 5 hükmü gereği suçtur. Buna karşın yaptırım olarak disiplin hapsi ya da hapisle tazyik cezası öngörülen eylemler kabahattir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2'nci maddesinde kabahat, Kanun'un karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık, olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 16'ncı maddesinde, kabahatlere yaptırım olarak idarî para cezalarının ve idarî tedbirlerin uygulanacağına işaret edilmiştir. Diğer taraftan 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinde, kanunlarda hafif hapis ve hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların idarî para cezasına dönüştürüldüğü açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile birlikte, 5358 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, İcra ve İflâs Kanunu'nda yaptırım olarak hafif hapis cezası ve hafif para cezası öngörülen suçlar kabahate dönüştürülmüştür. Ancak bu genel uyarılama hükmünün yetersiz olduğunu gören yasa koyucu, 5358 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan eylemler ve yaptırımları yeniden düzenlemiş ve bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 337, 338/2, 339, 340, 341, 343 ve 344. maddelerdeki eylemler kabahat olarak düzenlenip, disiplin hapsi veya tazyik hapsi şeklinde yaptırıma bağlanmış; 331, 332, 333, 333/a, 334, 335, 336, 337/a, 338/1, 342, 345/a,345/b maddelerindeki eylemler ise suç olarak düzenlenmiş ve yaptırımları hapis cezası veya adlî para cezası olarak belirlenmiştir⁶³. Şu halde İcra ve İflâs Kanunu'nun Onaltıncı Babında yaptırıma bağlanmış eylemlerin tamamı suç teşkil etmemektedir. Bu eylemlerin bazıları kabahat niteliğinde iken bazıları da suç niteliğindedir.

4. Dava ve Cezanın Düşmesi ile Ceza Verilemeyecek Haller

İcra ve İflâs Kanunu'nun 354'ncü maddesinde davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek haller düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile her şeyden

⁶² Bu konuda bkz., **Hafizoğulları**, Zeki: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cezalar.pdf, s. 5 vd.

⁶³ CGK. 13.02.2007 T ve 16-17/28 E K sayılı Kararı, <http://yargitaykarar.wordpress.com/>. e.t: 30.04.2014.

önce takibi şikâyete bağlı suçlar ile takibi şikâyete bağlı olmayan suçlar arasında bir ayırım yapılmış, daha sonra ise kabahat niteliğindeki fiillere ilişkin bazı hükümler sevk edilmiştir. Şu halde, İcra ve İflâs Kanunu’nun Onaltıncı Babında öngörülen ve takibi re’sen yapılan suçlar bakımından dava ve cezaların düşürülmesi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 354’ncü maddesi hükmüne değil, Türk Ceza Kanunu madde 5’in bir gereği olarak, Türk Ceza Kanunu madde 64 ve devamı hükümlerine tabi olacaktır.

Türk Ceza Kanunu madde 5 dolayısıyla, aynı Kanun 73’ncü maddesinde düzenlenmiş olan soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava ve cezaların düşmesine ilişkin hükümlerin İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan takibi şikâyete bağlı suçlar bağlamında da uygulanma imkânı olup olmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu’nun 354’ncü maddesi, Türk Ceza Kanunu madde 5 ve 73’ün her ikisine göre de hem özel hem de sonraki tarihli normdur. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu’nda takibi şikâyete bağlı olan suçlarda dava ve cezanın düşmesi için, bu Kanun’un 354’ncü maddesi hükmünün öncelikle uygulanması gerektiğinde tereddüt edilmemelidir. Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu’na göre takibi şikâyete bağlı olan suçlar bakımından, dava devam ederken müştekinin feragat etmesi veya borcun bütün ferileri ile birlikte ödenmesi halinde dava düşecektir. Aynı şekilde cezanın infazı aşamasında da müşteki feragat eder veya borç bütün ferileri ile birlikte ödenirse ceza bütün sonuçları ile birlikte düşecektir (İİK . md. 354/1). Geline bu noktada kanun koyucunun, icra ve iflâs hukuğu alanında bazı suçların takibini şikâyete bağlamakla; borçlunun suç teşkil eden bir fiili nedeni ile alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanmasını amaçladığı; müştekinin feragati veya borcun ferileri ile birlikte ödenmesi ile bu dengenin tekrar kurulduğunu varsayarak, İcra ve İflâs Kanunu’nun dava ve cezanın düşürülmesine ilişkin hükümlerini sevk ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu çerçevede bu tip fiillere cezaî bir sonuç bağlanmakla, cezalandırmanın genel amacı olan failin ıslah edilmesinden farklı olarak, borçluyu borcun ifasına zorlamak gibi özel bir amacın güdüldüğü söylenebilir.

İcra ve iflâs hukuku alanında kabahat teşkil eden fiillerde dava ve cezanın düşmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 354'ncü maddesi hükmüne tabidir. Bu hükme göre, kabahat teşkil eden fiiller hakkında icra mahkemesi tarafından verilen disiplin hapsi veya hapisle tazyik cezaları kesinleşme tarihinden itibaren iki yıl içinde infaz edilmelidir. Bu sürenin geçmesi halinde disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarının infazı mümkün değildir. Bu düzenleme ile kabahatler için öngörülen iki yıllık ceza zamanaşımı süresinin, icra ve iflas hukuku alanında suç sayılan fiiller bakımından da uygulanma kabiliyetine sahip olup olmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca İcra ve İflâs Kanunu madde 354/2'de sadece "bu bap hükümlerine göre verilen disiplin hapsi ve tazyik hapsi" denildiğine göre, burada ön görülen zamanaşımı süresinin suç sayılan fiillerle ilişkin olarak uygulanması mümkün olmamalıdır. Diğer taraftan, süresinde mal beyanında bulunulmaması halinde verilen tazyik hapsine ilişkin cezalar bakımından da (İİK md. 76) işaret ettiğimiz hükmün uygulanması söz konusu olmaz. Zira, süresinde mal beyanında bulunulmaması halinde verilen disiplin hapsi cezaları Onaltıncı Bap hükümlerine göre değil, Dördüncü Bap hükümlerine göre verilmektedir. Sonuç olarak İcra ve İflâs Kanunu madde 354/2'de ön görülen iki yıllık süre sadece kabahatlere ilişkin olup, suç sayılan fiiller için uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bu nedenle, şikayete tabi olup olmadıklarına bakılmaksızın icra ve iflâs hukuku alanında suç sayılan fiiller için, Türk Ceza Kanunu madde 5 hükmünün bir gereği olarak, aynı Kanun'un 66 ila 72'nci maddeleri arasında yer alan zamanaşımı hükümleri uygulanmalıdır.

Son olarak, nafaka alacaklarına ilişkin olanlar hariç olmak üzere, Asgari Ücret Tespit Komisyonunun her yıl belirlediği aylık brüt asgari ücret tutarının altında kalan alacaklara yönelik takipler için de tazyik hapsi ya da disiplin hapsi cezası verilememektedir (İİK md. 354/3). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere bu hüküm sadece İcra ve İflâs Kanunu'nda kabahat olarak nitelendirilebilecek fiillere ilişkindir. Bu nedenle, takibi şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın icra suçu teşkil eden fiiller bakımından, takibe konu alacak miktarı aylık brüt asgari ücret tutarının altında kalsa bile, fail hapis cezası ile cezalandırılabilir.

B) İcra ve İflâs Kanunu’nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirliği

1. Kabahat Sayılan Fiiller Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanması

a) Kabahatler Kanunu’nda Ne Bis İn İdem İlkesi

İcra ve İflâs Kanunu’nda kabahat olarak nitelendirilen fiillere ilişkin olarak ne bis in idem ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağına tespiti için, öncelikle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun içtimaya ilişkin 15/1 ve 15/3’ncü maddelerinde öngörülen hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kabahatler Kanunu’nun 15/1’nci maddesinde, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde hem idarî para cezası hem de başkaca bir idarî tedbirin ön görülmesi halinde her ikisinin de ayrı ayrı uygulanacağı; 15/3’ncü maddesinde ise, bir fiilin hem kabahat hem de suç oluşturması halinde suça ilişkin hükmün uygulanacağı, ancak suça ilişkin yaptırımın uygulanmasının mümkün olmaması halinde kabahate ilişkin yaptırımın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde aynı yaptırım türü ön görüldüğünde içtima kuralları uygulanıp en ağır olan ile fail cezalandırılırken, farklı yaptırım türleri ön görüldüğünde ne bis in idem kuralına bir istisna getirilerek her iki yaptırımın da ayrı ayrı uygulanması prensibi kabul edilmiştir. Bir fiil’in hem suç hem de kabahat oluşturduğu hallerde ise, öncelikle suça ilişkin yaptırımın uygulanacağı kabul edilmekte ne bis in idem prensibine uygun hareket edilmiş olmakta ve fakat suça ilişkin yaptırımın uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde kabahate ilişkin yaptırımın uygulanacağı kabul edilerek bu eylemin cezasız kalması önlenmektedir. Bu çerçevede hangi nedenden dolayı suç için öngörülen yaptırımın uygulanmaması halinde kabahate ilişkin yaptırımın uygulanacağı açıkça düzenlenmediğine göre, bu halde de ne bis in idem ilkesine bir istisna getirilmiş olmaktadır.

b) İcra ve İflâs Kanunu’nda Öngörülen Kabahatler Bakımından Ne bis İn İdem İlkesi

Kabahatlere ilişkin olarak ne bis in idem ilkesinin uygulanmasında icra ve

İflâs hukuku bağlamında sorun, Kabahatler Kanunu'nda ön görülen yukarıda işaret ettiğimiz⁶⁴ düzenlemelerin İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen kabahatler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı noktasında çıkmaktadır. Zira, Kabahatler Kanunu'nda ön görülen yaptırımlar idarî para cezası ve diğer idarî tedbirlerdir (KK md.16/1). Diğer idarî tedbirlerden anlaşılması gereken ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer kanunlarda yer alan idarî tedbirlerdir (KK md. 16/2). İcra ve İflâs Kanunu'nda kabahatlere ilişkin olarak ön görülen yaptırımların idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile bir ilgisi olmadığı açıktır. Bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunu'nda kabahatler için ön görülen disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarının diğer kanunlarda yer alan tedbirler içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir.

Gelinen bu noktada Kabahatler Kanunu bağlamında bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle kabahatlerin işlenmesi halinde yaptırıma karar vermeye yetkili merciiilere bakmak gerekir. Bu çerçevede idarî yaptırımlara karar vermeye yetkili merciiiler, ilgili kanunlarda açıkça gösterilen idarî makam, kurul veya kamu görevlisi (KK md. 22), cumhuriyet savcılığı (KK md. 23) ve mahkemelerdir (KK md. 24). Bu bağlamda özellikle cumhuriyet savcılarını ve mahkemelerin yaptırıma karar verme yetkileri incelendiğinde, aslında bu merciiilerin cumhuriyet savcılığı veya mahkeme sıfatlarından ziyade idarî bir mercii olarak (ya da bir idarî mercii yerine geçerek) karar verdikleri görülmektedir. Gerçekten de cumhuriyet savcılarını, kanunların açıkça cumhuriyet savcısına yetki verdiği haller dışında, bir suç dolayısı ile başlatılan soruşturmada bir kabahat işlendiğini öğrenirse ilgili idarî merciiye bildirebilecekleri gibi, kendileri de idarî yaptırıma karar verebilmektedir (KK md. 23/2). Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğu anlaşılırsa, ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından daha önce idarî yaptırım kararı verilmemiş olmak kaydıyla, idarî yaptırım kararı bizzat cumhuriyet savcılığınca verilmektedir (KK md. 23/3). Benzer şekilde bir suç isnadına ilişkin kovuşturma sırasında mahkeme o fiilin kabahat teşkil ettiğini tespit ederse bizzat kendisi idarî yaptırıma karar vermek-

⁶⁴ Bkz., yuk.,IV.B.1.a.

tedir (KK md. 24). Şayet söz konusu fiil için bir kovuşturma açılmamış olsaydı, idarî yaptırım kararını ilgili kurum, makam ya da kamu görevlisi verecekti. Şu halde Kabahatler Kanunu’nda bir takım idarî yaptırımlara cumhuriyet savcılığı veya mahkemeler tarafından karar verilebiliyor olması söz konusu yaptırımları idarî yaptırım olmaktan çıkarmamaktadır. Bu nedenle meselenin çözümü için, İcra ve İflâs Kanunu’nda kabahatler için ön görülen disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarının hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir.

Disiplin hapsi, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 2,1/1 bendinde, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun disiplin hapsine ilişkin hükümleri incelendiğinde, disiplin hapsinin daha çok duruşma disiplininin sağlanması (CMK md. 203) ve muhakemenin ilerlemesi için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi (sebepsiz olarak tanıklıktan veya yemin etmekten kaçınma CMK md. 60; ispat aracı olarak yararlı görülen ve istenen bir eşyayı vermeme ya da göstermeme CMK md. 124) hallerine özgü olarak verildiği görülmektedir. Bu çerçevede disiplin hapsinin Türk Ceza Kanunu’nda suçlar için ön görülen yaptırımlardan farklı olduğu açıktır. Disiplin hapsi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 339’ncü maddesinde ise, sonradan edindiği malları veya kazancında meydana gelen artışları bildirme yükümlülüğüne aykırı hareket için öngörülmüş bir yaptırımdır. Bu hali ile İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen disiplin hapsinin, yargılama faaliyetlerinin yürütülmesi veya duruşma disiplininin sağlanmasına yönelik olmadığı açıktır. Bu yaptırımın uygulanması kanunen öngörülmüş olan bir yükümlülüğün (İİK md. 77 hükmünün) ihlali şartına bağlıdır. Tam da bu noktada doktrinde disiplin hapsi, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallara aykırı davranılması halinde, kurallara uygun davranılmasını sağlamak amacıyla öngörülen disiplin yaptırımlarından birisi şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁵. Bu çerçevede yürütülen icra takibinin bir kamusal faaliyet olduğundan ve icra

⁶⁵ **Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 594 (**Özgenç** -Genel Hükümler); **Özgenç** –Şerh, s. 621.

takibinin gereği gibi yürütülmesi için borçlunun yeni edindiği mallarını ve mal varlığında meydana gelen artışları bildirmesinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 77'nci maddesi çerçevesinde bir kamusal yükümlülüğün yerine getirilmesi olduğundan tereddüt edilmemelidir.

Tazyik hapsi bağlamında kanunlarda yapılmış herhangi bir tanım olmakla birlikte; doktrinde, kanunun belirli bazı yükümlülükler aykırı hareket eden kişileri, o yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlamak amacı ile hürriyetinden belirli bir süre mahrum bırakılmasını öngördüğü yaptırım türü olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Bu çerçevede kişi kendisine yüklenilen yükümlülüğü yerine getirdiği anda salıverilecek, şayet bu yükümlülüğü yerine getirmezse en fazla kararda öngörülen süre kadar bu yaptırıma tabi tutulabilecektir. Sürenin bitmesi ile birlikte, yükümlülük yerine getirilmemiş olsa dahi, fail salıverilecektir⁶⁷. Bu yönü ile tazyik hapsi de bir disiplin hapsidir⁶⁸. İcra ve İflâs Kanunu'nun tazyik hapsine ilişkin hükümleri incelendiğinde Kanun 76'ncı ve 340'ncü maddelerinde ön görülen tazyik hapsine ilişkin yaptırımların bir kanun hükmünün ihlaline⁶⁹; 338/2, 341, 343 ve 344'ncü maddelerinde öngörülen yaptırımların ise bir mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmemesi sonucuna bağlandığı görülmektedir. Bu çerçevede bu hükümlerden bazıları bizzat bir kanun hükmü ile yüklenilen yükümlülüğün yerine getirilmemesine bağlı olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine engel olurken, bazıları ise gönderilen icra emrine rağmen onun gereğinin yerine getirilmemesine bağlı olarak bir

⁶⁶ **Özgenç**-Genel Hükümler, s. 695; **Özgenç**-Şerh, s. 623; **Kuru**, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012, s. 229.

⁶⁷ **Özgenç** -Genel Hükümler, s. 696; **Özgenç** -Şerh, s. 623, 624; **Kuru** / **Arslan** / **Yılmaz**, s. 229; **Pekcanitez** / **Atalay** / **Özekes** / **Sungurtekin** Özkan, s. 256; **Muşul**, C.I. s. 80; **Halman** Çetin, s. 28; **Uysal**, Mehmet: Yeni Yasalar Işığında İcra ve İflâs Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış, İBD. C.LXXX, 2006/3, (s.1013 -1048), s. 1016, 1028, 1029.

⁶⁸ **Özgenç** -Genel Hükümler, s. 696; **Özgenç** -Şerh, s. 623, 624; **Artuç**, Mustafa: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2010, s. 24, 25; **Uysal**, 1028, 1029.

⁶⁹ “2004 sayılı Kanun’un 340. maddesinde icra dairesinde kararlaştırılan ödeme şartının borçlu tarafından ihlali düzenlenmektedir. Maddede yaptırıma bağlanan sözleşmeye dayalı bir borcun ödenmemesi olmayıp, borçlunun haczedilen malının satışının taksitle ödeme teklif ve taahhüdü gerçekleşene kadar ertelenmesine ilişkin, resmî makamlar huzurunda verilen taahhüdün makbul bir sebep olmaksızın yerine getirilmemesidir. Burada korunan hukuki yarar, kişilerce devlet kurumlarına verilen sözlerin tutulması ve kamu otoritesine olan itimadın sarsılmamasıdır”. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 21.11.2002 T.2000/415 E ve K.2002/166 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr. e.t: 30.11.2013.

kamusal faaliyetin yerine getirilmesine engel sayılmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu’nda, disiplin hapsi ve tazyik hapsi yaptırımına bağlanmış bütün fiillerin kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmıştır ve bu yaptırımlara karar verme yetkisi icra mahkemesine aittir (İİK md. 346/1)⁷⁰. Bu kovuşturma sonucunda verilen kararlar hürriyeti bağlayıcı mahiyette olduklarından bizzat hâkim tarafından verilmektedir⁷¹. Başka bir ifade ile, icra mahkemesi bu kararları başka bir idarî makam ya da kurul yerine değil, bizzat icra mahkemesi sıfatı ile Kanun’un açıkça kendi görev alanına dahil ettiği bir konuda vermektedir. Bu nedenle icra mahkemesinin disiplin hapsi ve tazyik hapsine ilişkin kararları birer idarî tedbir değil⁷², adlî tedbir mahiyetindedir. Fakat, bu kararlar Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223 bağlamında birer hüküm olarak nitelendirilemezler⁷³. Bu nedenle Kabahatler Kanunu madde 15’in 1’nci fıkrasında ön görülen hükümler, icra mahkemesinin disiplin hapsine ya da tazyik hapsine karar verdiği hallerde ne bis in idem ilkesinin uygulanmasına neden olmazlar.

İşaret ettiğimiz sorun, genel kanun – özel kanun ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde, Ceza Muhakemesi Kanunu, icra ve iflas hukuku alanında suç sayılan fiiller bakımından genel kanun mahiyetinde olmakla birlikte kabahat sayılan fiiller bakımından genel kanun mahiyetinde değildir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7 hükmü kabahat sayılan fiiller bakımından ne bis in idem ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda dikkate alınmamalıdır. Benzer şekilde, sadece idarî tedbir mahiyetinde yaptırımlar öngören Kabahatler Kanunu hükümleri de bu ilkenin uygulanmasına dayanak teşkil etmemelidir. Zira, yukarıda işaret edildiği üzere, disiplin hapsi ve hapisle tazyike ilişkin yaptırımlar, idarî tedbir değil birer adlî tedbir mahiyetindedirler.

⁷⁰ Halman Çetin, s. 70.

⁷¹ Özgenç -Genel Hükümler, s. 696; Özgenç -Şerh, s. 623, 624.

⁷² İcra ve İflâs Kanunu’nun 346 ve 349’ncü maddelerinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı gerekçesi ile yapılan bir başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu inceleme sırasında, icra ceza mahkemesince uygulanan disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezalarının idarî nitelikte bir yaptırım olmayıp, yargısal bir işlem olduğuna ve bu çerçevede toplu düzeninde yaptırım altına alınması gereken eylemlerden hangisinin idarî hangisinin cezaî nitelikte olacağına takdirinin yasa koyucu da olduğuna karar vererek, Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 20.02.2008 T, 2006/71 E ve 2008/69K sayılı Kararı. www.anayasa.gov.tr. e.t: 15.04.2014.

⁷³ Muşul, C.I. s. 83.

Bu çerçevede aynı zamanda birer hürriyeti bağlayıcı ceza mahiyetinde olan disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezaları bakımından ne bis in idem ilkesinin uygulanabilmesinin tek yasal dayanağını, kaynağını Anayasanın 36'ncı maddesinden alan ve anayasa hükümlerinin bütünselliği içerisinde birçok hükmün özünde bulunan hukuki güvenlik ilkesi oluşturabilir⁷⁴. Ancak hukuki güvenlik ilkesinin ne bis in idem ilkesinin uygulanmasına dayanak teşkil edebilmesi için, bir fiil ile aynı anda kabahat sayılan iki normun ihlal edilmesi ve ihlal edilen bu normlarla aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik iki farklı yaptırımın ön görülmüş olması gerekir. Şayet ihlal edilen normlar aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik farklı yaptırımlar ihtiva ediyorsa (mesela birisi adli tedbir diğeri idarî tedbir gibi), o zaman Kabahatler Kanunu madde 15/1 hükmü kıyasen uygulanmalı ve fail her iki yaptırım ile ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. İhlal edilen her iki norm aynı mahiyette ise (mesela ikiside adli tedbir), o zaman ne bis in idem ilkesi uygulanmalı ve fail daha ağır yaptırım öngören normdan cezalandırılmalıdır.

Bir fiil ile hem İcra ve İflâs Kanunu'nun kabahat olarak öngördüğü hem de İcra ve İflâs Kanunu ya da başka bir kanunun suç olarak öngördüğü bir hüküm ihlal edilirse, sorun Kabahatler Kanunu madde 15/3 hükmü çerçevesinde çözümlenmelidir. Zira bu düzenlemede ne bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından, aynı Maddenin birinci fıkrası hükmünden farklı olarak, yaptırımlara ilişkin idarî tedbir olup olmama bağlamında bir ayırım yapılmamıştır. Bu düzenlemeye göre, bir fiil ile hem suç sayılan hem de kabahat sayılan bir hüküm ihlal edilmişse, öncelikle suç için ön görülen yaptırım uygulanmalı, şayet bu mümkün olmazsa kabahate ilişkin yaptırım uygulanmalıdır.

⁷⁴ Nitekim bu meseleyle ilgili olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 337/1'nci maddesi ile süresinde mal beyanında bulunulmaması halinde disiplin hapsi ön gören hüküm, aynı husus için İcra ve İflâs Kanunu'nun 76'ncı maddesinde tazyik hapsi öngörülmesi nedenine bağlı olarak, kişinin aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırılabilme ihtimalinin varlığı karşısında Anayasa'da ön görülen hukuk devleti ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 T. 2006/71 E ve 2008/69 K sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr, e.t: 15.12.20013.

2. Suç Sayılan Fiiller Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirliği

a) Takibi Re’sen Yapılan Suçlarda Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirliği

İcra ve İflâs Kanunu’nda takibi şikâyete bağlanmamış olan fiiller hakkında dava açılmasının ve kovuşturma yapılmasının Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine tabi olduğuna yukarıda işaret etmiştik⁷⁵. İcra mahkemesinin bu tür fiillerin kovuşturulması sonucunda verdiği kararlar hüküm niteliğindedir. Bu yüzden söz konusu hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kanun yollarına ilişkin hükümlerine tabi tutulmuştur (İİK md. 353/2). Bu tip fiillere ilişkin dava iddianame ile açılmakta ve kovuşturma sırasında tamamen re’sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu fiillere ilişkin olarak açılan davalar bir kamu davası mahiyetindedir. Ayrıca, kovuşturma sonucunda bu tip fiiller dolayısıyla hapis cezasına hükmedildiğinde İcra ve İflâs Kanunu madde 354’te öngörülen dava ve cezanın düşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmamaktadır. Bu çerçevede takibi şikâyete bağlı olmayan bu fiillere ilişkin olarak bir dava açılmış veya bir hüküm verilmişse, ister diğer kanunlarda suç olarak öngörülmüş bir hüküm ihlal edilmiş olsun, isterse İcra ve İflâs Kanunu’nda suç olarak öngörülen bir hüküm ihlal edilmiş olsun, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7 çerçevesinde ne bis in idem ilkesinin uygulanmasında tereddüt edilmemelidir.

b) Takibi Şikâyete Bağlı Suçlarda Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirliği

İcra ve İflâs Kanunu’nun takibini şikâyete bağladığı suçlar bakımından özel bir yargılama usulü öngördüğüne yukarı paragraflarda işaret etmiştik⁷⁶. Bu suçlar dava açılması ve kovuşturmanın yürütülmesi bakımından kabahatlerle aynı rejime tabi iken, kanun yolları bağlamında Ceza Muhakemesi hükümlerine tabidir (İİK md. 353/2). Diğer taraftan dava ve cezaların düşmesi bakımından İcra ve İflâs Kanunu madde 354/1 hükmünü kabul eden kanun koyucu, bu tip suçları infaz açısından kabahatlere yaklaştırmıştır. İşaret ettiğimiz bu hüküm, suçun takibinin şikâyete bağlı olması ve kovuşturma sırasında hâkimin şikâyetçinin talebi ile bağlı olmasına ilişkin hükümlerle birlikte

⁷⁵ Bkz., yuk.,II.

⁷⁶ Bkz., yuk.,II.

değerlendirildiğinde; kanun koyucunun, takibi şikâyete bağlı icra suçlarında kamusal açıdan maddî gerçeğin araştırılmasından ziyade, şikâyetçinin talepleri ve getirdiği dava malzemeleri çerçevesinde suç sayılan fiilin işlenmesi ile alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozulup bozulmadığının araştırılmasını amaçladığını ortaya koymaktadır⁷⁷. Bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen takibi şikâyete bağlı suçlarla diğer kanunlarda öngörülen takibi şikâyete bağlı suçlar ayrılmaktadır. Zira diğer kanunlarda takibi şikâyete bağlanan suçlar bakımından da dava iddianame ile açılmakta ve bu andan itibaren dava bir kamu davası niteliği kazanmaktadır. Bu noktada diğer kanunlarda öngörülen takibi şikâyete bağlı suçların kovuşturulması Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine tabi olmakla, re'sen araştırma ilkesi uygulanmakta ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılması kamu adına araştırılmaktadır. Ayrıca bu suçlarda dava ve cezanın düşmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 64 ve devamı maddelerine tabi olmaktadır. Bu nedenle bu tip suçlar açısından ne bis in idem ilkesinin uygulanmasında bir tereddüt yaşanmamalıdır⁷⁸.

⁷⁷ Bu konuda bkz., Aşık, İbrahim: İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Cezaî Hükümler ve Anayasanın 38'nci Maddesi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iasik-2.htm>, s. 2 vd.

⁷⁸ İşaret ettiğimiz bu farklılığı vurgulamak üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun şu kararı oldukça dikkat çekicidir: “Sanık hakkında Devlet ormanından ağaç kesme suçundan bir dava açılmış, ancak bilirkişi raporları doğrultusunda ağaçların kesildiği yerin Devlet ormanı olmadığı tespit edilmiştir. Bu durum karşısında sanığın eyleminin; ağaçların kesildiği yerin kendisi veya başkası adına tapulu olması yahut hazine adına kayıtlı bulunması durumunda 6831 sayılı Yasanın 116/B maddesinde düzenlenen tapulu araziden izinsiz ağaç kesme ya da hırsızlık veya mala zarar verme suçlarından birisini oluşturabilecektir. Sanığın iddianamede nitelendirilen eyleminin, Devlet ormanından ağaç kesme değil sahipli araziden izinsiz veya izinli ağaç kesme suçunu oluşturma olasılığı üzerine yerel mahkemece gerekli araştırmaların yapılması ve sonucuna göre sanığın sabit kabul edilen eyleminin hukuksal nitelendirmesi yapılarak, yargılamanın görev alanı içerisinde kalması halinde sanığa ek savunma hakkı da verilmek suretiyle bir hüküm kurulması, yargılamanın görevinin dışında üst dereceli görevli bir mahkemenin görevine girdiğinin anlaşılması halinde ise görevsizlik kararı ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi gerekirken, mahallinde yapılan keşifte hazır bulunan bilirkişi raporuna dayalı olarak sanık hakkında dosya içeriğine uygun olmayacak şekilde; “atılı suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması” gerekçe gösterilerek beraat ile “suça konu ağaçların kesildiği arazi sahibi araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini” gerektiğinden bahisle suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Görev hususunun yerel mahkemece bilhale de değerlendirilebileceği ve “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir” şeklindeki Anayasanın 141/4. maddesi de göz önünde bulundurulduğunda, Özel Dairece anılan hükmün, “aynı eylem nedeniyle sanık hakkında hem beraat, hem de suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi” isabetsizliğinden bozulması sonuç itibarıyla yerindedir”.

İşaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde ortaya çıkan sorunu somut bir olaya indirmek gerekirse, mahiyetinde çalıştırdığı bir işçinin iş aktini fesheden bir belediye işçiye kıdem tazminatı ödememiştir. İşçinin başlattığı icra takibi neticesine haczettirdiği belediyeye ait arazi belediye encümeni kararı ile yeşil alana çevrilmiştir. Daha sonra işçi başka bir taşınmazı haczettirmiş, bu taşınmaz da encümen kararı ile ruhsat ve saire olmaksızın yıkım ve tadilata tabi tutulmuştur. İşçi tarafından daha sonra haczettirilen taşınmaz ise belediyenin ana hizmet binası olarak kamu hizmetine tahsis edilmiştir. Bu olaylar üzerine işçi, İcra ve İflâs Kanunu madde 331 hükümleri çerçevesinde “alacaklılarını zarara uğratmak kastı ile mevcutlarını eksiltme suçu“ işlendiği gerekçesine dayalı olarak icra mahkemesine başvurmuş, şikâyet üzerine açılan bu davada mahkeme sanıkların beraatine karar vermiş ve fakat Türk Ceza Kanunu madde 257’de öngörülen görevi kötüye kullanma suçunun işlenmiş olabileceğinden bahisle cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Ayrıca aynı nedene dayalı olarak müşteki de cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuş ve ayrı ayrı açılan her iki dava daha sonra sulh ceza mahkemesince birleştirilmiştir. Bu bağlamda sorun icra mahkemesi tarafından beraat kararı verilmesinden sonra, aynı fiile dayalı olarak sulh ceza mahkemesinde dava açılıp açılmayacağı ya da sulh ceza mahkemesi tarafından yeni bir hüküm kurulup kurulamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifade ile burada sorun ne bis in idem ilkesinin önleyici etkisinin ortaya çıkıp çıkmayacağı noktasında toplanmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu’nun takibini şikâyete bağlı suçlara ilişkin olarak öngördüğü madde 354/1 hükmü, buraya kadar yaptığımız tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun takibi şikâyete bağlı icra suçlarına hapis cezası müeyyidesini bağlamakla, failin ıslahından ziyade, suç teşkil eden bu gibi fiillerin işlenmesi ile alacaklı ve borçlu arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden sağlanmasını amaçladığı sonucuna varmak mümkündür. Şu halde kanun koyucunun bu tip suçlarla koruduğu menfaat ve bu suçlar için ön gördüğü ceza ile ulaşmak istediği amaç, diğer kanunlarda öngörülen takibi

Bkz. CGK 14.02.2012, 2011/3-269-2012/31 sayılı Kararı (Karar yayımlanmamıştır).

şikâyete bağlı olan ya da olmayan suçlar ile korunan menfaat ve bu suçlar için öngördüğü cezalar ile ulaşmak istediği amaçtan tamamen farklıdır. Geldiğimiz bu noktada, Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7'de ön görülen ne bis in idem ilkesinin icra hukukunda yer alan takibi şikâyete bağlı suçlar açısından da uygulanıp uygulanamayacağını tartışmak gerekir. Yukarı paragraflarda da işaret ettiğimiz üzere⁷⁹, takibi şikâyete bağlı suçlar için İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir yargılama usulü öngörüldüğünden, açıkça atfı yapılan haller dışında Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olmaz. Bu çerçevede Ceza Muhakemesi Kanunu'na atfı, sadece tanığın duruşmaya gelmemesi hali (İİK md. 349/7) ve kanun yollarına ilişkin olarak (İİK md. 353/2) yapılmıştır. Kanun yollarına ilişkin atıfta “bu bapta yer alan suçlardan dolayı verilen hükümler” ibaresi kullanıldığına göre, takibi şikâyete bağlı suçlara ilişkin olarak verilen kararlar da Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223 bağlamında birer hükmüdür; ancak bu madde hükmüne yapılmış bir atfı yoktur. Bu nedenle bu hükmün İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen takibi şikâyete bağlı suçlar açısından doğrudan uygulanması söz konusu olmaz. Kıyasen uygulanabilmesi açısından ise, bu madde hükmünün, söz konusu takibi şikâyete bağlı suçların niteliğine aykırı düşmemesi gerekir⁸⁰. Kanımızca, takibi şikâyete bağlı suçlara ilişkin dava açılması, bu suçlar ile korunan menfaat, yargılama usulü, cezalandırma ile ulaşmak istenilen amaç, dava ve cezaların düşmesine ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ne bis in idem ilkesine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7 hükmünün uygulanması, bu tip suçların niteliğine uygun değildir. Bu nedenle, takibi şikâyete bağlı başka bir icra suçuna ilişkin normun ihlali hariç, bu tip suçlar bakımından ne bis in idem ilkesi uygulanmamalıdır. Bu çerçevede hukuki güvenlik ilkesi de ulaştığımız sonucun uygulanmasına engel teşkil etmez. Zira, burada ihlal edilen her iki normun koruduğu değer ve cezalandırma ile ulaşmak istenilen amaç tamamen farklıdır⁸¹. Bu çerçevede, mesela failin Türk Ceza Kanunu'nda düzen-

⁷⁹ Bkz., yuk., II.

⁸⁰ Bkz. yuk.,II.

⁸¹ Bu çerçevede görüşümüzün uygulanması bağlamında Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 237/1'nci maddesini iptal eden kararı da bir engel teşkil etmemelidir. Zira bu hükmün iptali, aynı kabahate aynı amacı gerçekleştirmesine hizmet eden (aslında aynı nitelikte) iki farklı cezaî sonucun bağlanmış olması gerekçesine dayandırılmıştır. Bkz. Anayasa

lenmiş bir suç normun ihlalinden dolayı cezalandırılması, icra ve iflâs hukuku bağlamında alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesi tekrar sağlamayacaktır. Aynı şekilde failin, öncelikle icra suçu bağlamında cezalandırılması, diğer kanunlarda öngörülen suça ilişkin bir normun ihlali ile bozulan kamu düzenini tekrar eski hale getirmeyecektir. Bu ihtimal açısından, dava devam ederken alacaklı feragat eder ya da borçlu borcunu öderse dava düşeceğinden veya verilen ceza hükmü bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağından; burada ne bis in idem ilkesinin uygulanabileceğinin kabul edilmesi, failin diğer kanunlarda suç teşkil eden ve kamu düzenini bozan fiilinin cezasız kalması sonucunu doğuracağı gibi, fail aleyhine dava dahi açılmamasına neden olacaktır!

Sonuç

İcra ve iflâs Kanunu’nda bir takım icra ve iflâs suçları ile birlikte bir takım kabahatler de düzenlenmiştir. Bu suçlardan bazılarının yargılanması doğrudan doğruya Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine tabi kılınmışken, takibi şikâyete bağlı suçlar ile kabahatlere ilişkin İcra ve İflâs Kanunu’nda özel bir yargılama usulü öngörülmüştür. Bu çerçevede taksiratlı iflâs ve hileli iflâs suçları hariç olmak üzere, düzenlenen diğer suç ve kabahatler için icra mahkemesi yetkili kılınmıştır. İcra ve İflâs Kanunu’nun Onaltıncı Babında, yer alan takibi re’sen yapılan suçlar, takibi şikâyete bağlı suçlar ve kabahatler olmak üzere üç kategoriye ayrılarak incelenebilecek fiillerin tamamını yargılamakla icra mahkemesinin görevli kılınması, bu bağlamda bazı fiillerin yargılanmasında uygulanmak üzere özel bir yargılama usulünün öngörülmüş olması ve aynı fiil ile diğer kanunlarda yer alan suç veya kabahatlere ilişkin bir normun ihlal edilmiş olma olasılığının varlığı, ne bis in idem ilkesinin uygulanması açısından bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir.

İşaret ettiğimiz sorunun çözümü bağlamında yaptığımız tahlillerde, İcra ve İflâs Kanunu’nda kabahat olarak öngörülen bir fiile ilişkin dava açılması ya da bu konuda bir karar verilmesi halinde, ne bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından, Kabahatler Kanunu madde 15/1’de yer alan istisna hükmüne tabi

Mahkemesinin 28.02.2008 T. 2006/71 E ve 2008/69 K sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr, e.t: 15.12.20013.

olmadığı; ancak İcra ve İflâs Kanunu'nda kabahat olarak nitelendirilmiş başka bir normun ihlali halinde hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak ne bis in idem ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Aynı fiil ile hem İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan kabahate ilişkin bir normun hem de suç olarak nitelendirilen bir normun ya da diğer bir kanunda suç olarak nitelendirilen bir normun ihlal edilmesi halinde ise Kabahatler Kanunu madde 15/3 hükmünün devreye gireceği, bu halde faile öncelikle suça ilişkin cezaî yaptırımın uygulanacağı; suça ilişkin cezaî yaptırımın uygulanmasının mümkün olması halinde ise kabahate ilişkin yaptırım uygulanması gerektiği düşüncesi benimsenmiştir. Bu hususun, genel nitelikteki Kabahatler Kanunu madde 15/3 hükmünde, ne bis in idem ilkesinin kabahatlere yönelik uygulanması bakımından, cezaî yaptırımlar yönünden bir belirleme yapılmamış olmasına bağlanan zorunlu bir sonuç olduğu düşünülmektedir. Fakat, İcra ve İflâs Kanunu'nda ön görülen kabahatlere ilişkin hükümlerin korudukları menfaat ve bu fiillere cezaî bir yaptırım bağlamakla ulaşılmak istenilen amaç, diğer kanunlarda öngörülen suç ve kabahatlere ilişkin hükümlerle korunan menfaat ve bu fiillere cezaî yaptırım bağlamakla ulaşılmak istenen amaç bakımından karşılaştırıldığında, ulaştığımız bu sonucun icra ve iflâs kabahatlerine cezaî yaptırım bağlanması ile elde edilmek istenen amaca hizmet etmediği açıktır.

İcra ve iflâs suçları bakımından mesele tetkik edildiğinde, taksiratlı iflâs, hileli iflâs ve takibi şikâyete bağlı olmayan suçların yargılanması Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi olduğundan, ne bis in idem ilkesinin uygulanması açısından her hangi bir problem söz konusu olmamaktadır. Takibi şikâyete bağlı suçlar açısından ise, bu suçların yargılama usulü, bu suçlarla korunan menfaat ve bu suçları işleyen failin cezalandırılması ile elde edilmek istenilen amaç birlikte değerlendirildiğinde, ne bis in idem ilkesinin uygulanmasının kamu vicdanını rahatsız edeceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca yaptığımız incelemede bu suçlar bakımından ne bis in idem ilkesinin uygulanması için yasal bir dayanak da tespit edilememiştir. Bu nedenle, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini doğrudan ilgilendiren bu meselenin çözümü için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu düşüncesi benimsenmiştir.

Uygulamada ortaya çıkan tereddütleri giderebilmek için, bir file suç veya

kabahat niteliği verilirken korunmak istenilen menfaat ve bu fiillerin işlenmesinin cezaî bir yaptırıma bağlanması ile ulaşılmak istenilen amaç birlikte değerlendirildiğinde; İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen suç ve kabahatlerin işlenmesi halinde, ne bis in idem ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağıın yasal bir düzenlemeyi gerektirdiği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, faile hapis cezası verilmesini gerektiren bütün suçlar icra mahkemesinin görev alanı dışına çıkarılabileceği gibi, sadece takibi re’sen yapılan suçlar icra mahkemesinin görev alanı dışına çıkarılarak, takibi şikâyete bağlı suçlar ne bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından kabahatlerle aynı hukuki rejime tabi kılınabilir⁸². Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen kabahatlere uygulanacak yaptırımların sadeleştirilmesi için disiplin hapsi ve hapisle tazyik cezası şeklinde yapılan ayırmadan vazgeçilerek, bütün cezaların disiplin hapsine dönüştürülmesi yerinde olur. Zira disiplin hapsinden ne anlaşılması gerektiği Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açıkça düzenlenmişken, tazyik hapsine ilişkin benzeri bir düzenleme yoktur. Ayrıca üzerinde durduğumuz meseleye ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanunu madde 76 hükmü, madde 337/1 hükmü olarak yeniden düzenlenerek icra suç ve kabahatlerine ilişkin bir bütünlük sağlanmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir düzenlemeden sonra, İcra ve İflâs Kanunu’nun 354’ncü maddesine, “bu bapta yer alan fiillerden dolayı icra mahkemesine şikâyette bulunmuş olması veya icra mahkemesince bir karar verilmiş olması, fail hakkında diğer kanunlara göre dava açılmasına, idarî tedbir kararı uygulanmasına ve hapis cezası verilmesine engel teşkil etmez” şeklinde bir fıkra eklenmesi yerinde olur.



⁸² Benzer bir yaklaşım için bkz., **Halman Çetin**, s. 32.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G / **Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I., İstanbul 2002.

Aşık, İbrahim: İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler ve Anayasanın 38'nci Maddesi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iasik-2.htm>.

Artuç, Mustafa: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2010.

Artuç, Mustafa / **Bıkmaz**, Raif: Açıklamalı İçtihatlı İcra – İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

Binding, Karl: Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, II. Band, München –Leipzig 1915.

Cihan, Erol / **Yenisey**, Feridun: Ne Bis İn İdem İlkesi, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004, (s. 219 -225).

Çetin, Emine Halman: İcra ve İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2010.

Demirel, Hakkı: Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, AÜHFİD, C. IX, S.1- 4, 1952, (s. 300 - 316).

Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.

ErmeneK, İbrahim: Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar, MİHDER C.IX, S.26, Y.2013/3, (s.3 - 56), (**ErmeneK** -Bireysel Başvuru).

ErmeneK, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2010, (**ErmeneK** -İflâsın Ertelenmesi).

Göktürk, Neslihan: Fikri İçtima, Ankara 2013.

Göztepe, Ece: Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S. 2011/95, (s. 14 -40).

Gülşen, Recep: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Di-

yarbakır, 2005, (s. 317 - 345).

Hafizoğulları, Zeki: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cezalarigt.doc.

İpek, Ali İhsan / **Parlak** Engin: İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Ankara 2009.

Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.

Kuru, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012.

Kürtül, Mehmet: İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2014.

Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C.I-II, Ankara 2013.

Pekcanitez, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özekes**, Muhammet / **Sungurtekin** Özkan, Meral: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012.

Özen, Mustafa: Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, GÜHFD., C.XIV, S. 2010/1, (s. 389 -417).

Özgenç, İzzet: İflâs Suçları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II., Y.2009, (s. 333 - 367), (**Özgenç** -İflâs Suçları).

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, (**Özgenç** -Şerh).

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, (**Özgenç** -Genel Hükümler).

Özmen, İsmail / **Aktalay**, Uygur: Ceza Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1993.

Öztürk, Bahri / **Erdem** Mustafa R / **Özbek**, Veli Özer: Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999.

Sunar, Gülcan: Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikasının, Ceza Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, (s.241 -276).

Şahin, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, Ankara 2007.

Uysal, Mehmet: Yeni Yasalar Işığında İcra ve İflas Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış, İBD. C.LXXX, 2006/3, (s.1013 -1048).

Ünver, Naci: İcra ve İflâs Kanunu'nda Suç Sayılan Eylemler, Ankara 1997.

Ünver, Yener / **Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

Yaşar, Osman / **Gökcan**, H.Tahsin / **Artuç**, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010.

Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987, (**Yurtcan** -Kesin Hüküm).

Yurtcan, Erdener: Şahsi Dava ve Uygulaması, Ankara 1989, (**Yurtcan** -Şahsi Dava).

Zevkliler, Aydın: Zevkliler Medenî Hukuk, Ankara 1991.

**ÇEK KANUNU GEÇİCİ M.3 F.1 UYARINCA ÜZERİNDE
YAZILI DÜZENLENME TARİHİNDEN ÖNCE
İBRAZI GEÇERSİZ OLAN ÇEKİN, MUHATAP BANKA
TARAFINDAN İŞLEME KONMASI
(VE ÖZELLİKLE ÖDENMESİ)**

*The Process (and Especially the Payment)
of Cheque by the Drawee Bank, Although it is Invalid to Present Before
the Issue Date Which is Written on, In Accordance with the Cheque Act
Provisional Article 3 Subclause 1*

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN *

ÖZET

6273 sayılı Kanun ile değişik 5941 sayılı Çek Kanunu, Türk hukukunda çeki ilişkin hukuki rejimi yeniden biçimlendirmiştir. Bu yeni hukuki rejime göre karşılıksız çekin düzenlenmiş olması artık ceza hukukunu ilgilendirmemektedir. Bu sebeple, karşılıksız çekin müeyyidesi cezai müeyyidelerden idari tedbirlere dönüştürülmüştür. Çekin tabi olduğu zamanaşımı süresinde de değişiklik gerçekleştirilmiş ve bu süre altı aydan üç yıla çıkartılmıştır. Bunlara ilaveten, yeni hukuki rejime göre, çekin 31.12.2017 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersizliği öngörülmüştür. Bu geçersizlik her ne kadar geçici madde ile düzenlenmişse de etkisini 2017'nin sonuna kadar yaklaşık olarak dokuz yıl sürdürmüş olacaktır. Geçici bir maddenin hükmünü dokuz yıl sürdürmesi bazı soru işaretlerine yol açmaktadır. Her ne kadar yasak bir işlem olarak kabul edilse de, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının gereğinin banka tarafından yerine getirilmesi soru işaretlerine örnek olarak gösterilebilir. Nitekim bu soru işaretlerinin giderilmesi için önce ibrazın geçersizliğinin hukuki nitelendirilmesi yapılmalıdır. Buna ilaveten ibrazın gereğinin muhatap banka tarafından yerine getirilmesinin ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Çek, Karşılıksız çek, Çek Kanunu, İleri tarihli çek, İbrazın

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.
avmyasan@yahoo.com

geçersizliği, Çekin ödenmesi, Muhatap banka, Muhatap bankanın sorumluluğu

ABSTRACT

5941 Numbered Cheque Act which is amended by 6273 Numbered Act, reshaped the legal regime relating to the cheques in Turkish Law. According to this new regime, the drawing of cheques without provision doesnot concern criminal law anymore. For this reason, the criminal sanctions of drawing cheques without provision, converted to administrative measures. The limitation period which is subject to the cheques was also changed and this period has been increased from six months up to three years. In addition to these, according to the new legal regime, the invalidity of presentment for payment of cheques to the drawee banks before the dates which are written on was envisaged untill the date 31.12.2017. Although this invalidity has been regulated by a provisional article, the effect of invalidity will be worked through about nine years untill the end of 2017. For a provisional article, to continue the effect up to nine years results in some question marks in this case. Although being considered as a prohibited transaction, the fulfillment of requirement in advance of presentment by the drawee bank before the issue date which is written on the cheque, can be accepted as an example for these question marks. Thus, in order to eliminate these question marks, the legal characterization of the invalidity should be done as first. In addition, the legal consequences which the fulfillment of the requirement in advance of presentment by the drawee bank reveal, should also be examined.

Key Words: Cheque, Cheque without provision, Cheque Act, Postdate cheque, Invalidity of presentment, Payment of cheque, Drawee bank, The liability of drawee bank

◆◆◆◆

GİRİŞ

Türk hukukunda özel olarak 5941 sayılı Çek Kanununda (ÇK), genel olarak da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK)¹ yer alan hükümlerle biçimlenen çeke ilişkin hukuki rejimde, son olarak 6273 sayılı Kanun marife-

¹ TTK Tasarısının Kıymetli Evrak Hukuku genelinde ve çek özelindeki hükümlerinin değerlendirilmesi hakkında bkz. Abuzer Kendigelen, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Çeke İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Yıl: 2009, Cilt: XXV, Sayı: 2009/3, Ankara, s.27-66.

tiyle önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir². Karşılıksız çekin (dolandırıcılık suçuna yol açması dışında) ceza hukuku alanından çıkartılması ve bu sebeple uygulanacak müeyyidenin ceza niteliği kaldırılarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki idari tedbirlere dönüştürülmesi (6273 sayılı Kanun m.3, 4, 5), bankaların kanun gereği her çek yaprağı için üstlendikleri asgari ödeme yükümlülüklerinin tabi olduğu sürenin çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl olarak belirlenmesi (6273 sayılı Kanun m.2) ve çek ilişkisinden doğan talepler için zamanaşımı süresinin (TTK m.814) altı aydan üç yıla çıkartılması (6273 sayılı Kanun m.7, 8) 6273 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen ve önemli olarak nitelendirdiğimiz değişiklikler arasında yer almaktadır. Buna ilaveten 6273 sayılı Kanun m.6 ile ÇK'ya geçici 3. madde eklenmiş ve bu maddenin 5. fıkrası ile 31.12.2017 tarihine kadar çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olacağı öngörülmüştür³. 6273 sayılı Kanun m.6 ile gerçekleşen bu değişikliğin özel bir anlamı bulunmaktadır. Zira bu değişiklik dolayısıyla çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazını geçersiz kılan ve ilk kez 5838 sayılı Kanun ile ortaya çıkan yaklaşım, etkisini (arada kısa süreli bir boşluk olsa da⁴) 28.02.2009'dan 31.12.2017'ye kadar (ileride süreklilik kazanmamak kaydıyla) geçici niteliğine aykırı şekilde yaklaşık olarak dokuz yıl sürdürmüş olacaktır⁵. Bu süre zarfında, ileri tarihli çekin ibrazı için öngörülen geçersizlik, çekin hamili ve düzenleyeni ile her ne kadar çek borçlusu olarak nitelendirilmese de muhatap banka açısından önemli hukuki sonuçlara yol açacaktır. Bu sonuçlar

² 6273 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikler hakkında bkz. Mustafa Yasan, '6273 Sayılı "Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun İncelenmesi', BATİDER, Yıl: 2012, Cilt: XXVIII, Sayı: 2012/2, Ankara, s.95-137.

³ İleri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazı ilk kez 6273 sayılı Kanun ile geçersiz kılınmış değildir. Nitekim kanun koyucu ilk olarak, 5838 sayılı Kanun m.18 ile 3167 sayılı mülga Kanuna eklenen geçici 2. maddede geçersizliği 31.12.2009 tarihine kadar olacak şekilde belirlemiş iken, ÇK gm.1 f.5'te bu süre 31.12.2011 tarihine kadar uzatılmıştır.

⁴ Nitekim ÇK gm.1 f.5 ile ibrazın geçersizliği 31.12.2011'de sona ermiştir. 6273 sayılı Kanunla eklenen ÇK gm.3 f.5'te ise ibrazın geçersiz olacağı süre 31.12.2017'ye kadar uzatılmıştır. 6273 sayılı Kanununun 03.02.2012 tarihinde yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, arada 2012 yılı Ocak ayının tamamı ve Şubat ayının ilk iki günü ileri tarihli çekin ibrazının geçersiz olmadığı kısa bir süre yer almıştır.

⁵ Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.129.

arasında, çekin hamil tarafından üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazına yasak işlem statüsünün kazandırılmış olması öne çıkmaktadır. Buna rağmen hamilin ibrazı de facto gerçekleştirmesi, hatta bu ibrazın neticesinde muhatap bankanın hata ile ya da isteyerek geçersiz olan ibrazı işleme koyması da ihtimal dâhilindedir. İşaret ettiğimiz ihtimallerin, ibrazın geçersizliğini öngören kanun koyucunun iradesi ile uyum arz etmeyeceği ve dolayısıyla hukuki sorunlara yol açacağı açıktır. Sorunların çözümü için muhatap banka açısından ÇK gm.3 f.5'in taşıdığı anlamın ortaya konması, bir başka deyişle hamil için öngörülen ibrazın geçersizliğinin muhatap bankaya teşmil edilip edilmeyeceğinin incelenmesi ve şayet muhatap bankaya teşmili söz konusu ise, özellikle muhatap banka açısından ortaya çıkan ve hukuki sorumlulukta yoğunlaşan soru işaretlerinin giderilmesi gerekmektedir. Nitekim çalışmamızı, bu gerekliliklerden yola çıkarak, hamilin ileri tarihli bir çeki ÇK gm.3 f.5'e rağmen ibraz etmesi üzerine bu ibrazın gereğinin muhatap banka tarafından yerine getirilmesine ve bu durumun ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlara özgülemiş bulunuyoruz. Bu amaçla ilk olarak, ileri tarihli çekin ibrazına ve ödenmesine ilişkin yürürlükteki hukuki rejimin esaslarını TTK ve ÇK çerçevesinde belirleyeceğiz. Devamında ise, ibrazın geçersizliğinin muhatap banka açısından taşıdığı anlam ve muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e rağmen ibrazın gereğini yerine getirmesinin hukuki sonuçları üzerinde duracağız⁶. Görüş ve önerilerimizi kapsayacak şekilde bir özet sunacağımız sonuç kısmı ile çalışmamızı tamamlamış olacağız.

I. İLERİ TARİHLİ ÇEKİN İBRAZINDA VE ÖDENMESİNDE GEÇERLİ OLAN HUKUKİ REJİMİN İNCELENMESİ

A. TTK Açısından İleri Tarihli Çekin İbrazi ve Ödenmesi

Bir kambiyo senedi türü olarak çeki ilişkin genel hükümler TTK m.780 ile 823'te yer almaktadır. Bu hükümler arasında "Muacceliyet" başlıklı⁷

⁶ Buna karşın ileri tarihli çekin hukuki niteliği ve ibrazının ÇK gm.3 f.5 ile geçersiz kabul edilmesinin yerindeliği hakkındaki değerlendirmelere, söz konusu başlıkların özgün ve bağımsız bir çalışmayı hak etmesi sebebiyle, çalışmamızda yer vermeyeceğiz.

⁷ TTK m.793 ve 795'in TTK Tasarısının ilk hâlindeki metinlerinde vade teriminin kullanıldığı, Adalet Komisyonu tarafından bu maddelerde değişiklik yapılarak vade terimleri yerine

TTK m.795'e göre, çek görüldüğünde ödenir ve buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. İleri tarihli çek dahi bu kurala tabi olduğundan, muhatap banka tarafından ibraz edildiğinde çekin ödenmesi bir mecburiyet arz etmektedir⁸. TTK m.795'in başlığında 6762 sayılı mülga TTK'dan farklı şekilde vade yerine muacceliyet terimine yer verilmesi çekte vadenin olmadığı şeklinde genel kabul görmüş olan prensibin geçerliğini bir kez daha teyit etmektedir. Nitekim ileri tarihli de olsa çekin, kanuni ibraz süresinin geçmemesi ve çekle işleyen hesapta yeterli karşılığın bulunması kaydıyla, muhatap banka tarafından ödenmesi gereğinin emredici bir hükümle düzenlenmesi, çekte vade vb. bir kayda yer verilemeyeceği şeklindeki prensibin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Emredici nitelikteki bu hükme aykırı şekilde vade vb. bir kayda¹⁰ çekin üzerinde yer verilmesinin hukuki

TTK m.793'te "ibraz süresinin geçmesinden sonraki ciro", TTK m.795'te ise "muacceliyet" terimlerine yer verildiği, bu sayede çekin hukuki niteliği ile uyumlu olmayan vade teriminin çeki ilişkin hükümlerden tamamı ile uzaklaştırıldığı, buna karşın muacceliyet teriminin çok da isabetli olmadığı, çünkü vadeyi çağrıştırdığı, netice itibarıyla "ödeme zamanı" teriminin tercih edilmesi gerektiği hakkında bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Basım, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, s.582; Kendigelen, *Tasarının Çeki İlişkin Hükümleri*, s.53, 54.

⁸ Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*, Ankara, 2011, s.144; Şafak Narbay, '5941 sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi', *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 2010, Cilt: V, Sayı: 43, Ankara, s.92; Muharrem Gençtürk, 'Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme', *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2011, Cilt: XV, Sayı: 2011/1-2, Kayseri, s.122; E.P. Ellinger / Eva Lomnicka / Christopher Hare, *Modern Banking Law*, 5th Edition, Oxford University Press, London, 2011, s.408; Clifford Gomez, *Banking And Finance, Theory, Law And Practice*, PHI Limited, New Delhi, 2011, s.276. Bkz. ve karş. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari Senetler*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1957, s.128. Yazar, 6762 sayılı Kanun yürürlükte iken, TTK m.795 f.2'de de aynen yer alan "ödenir" kelimesi yerine "ödenebilir" kelimesinin yazılması gerektiğini, bunun metne daha uygun olacağını, zira muhatapın bu gibi hâllerde mecbur olmadığını, sadece yetkili olabileceğini aksi görüş olarak ifade etmiştir.

⁹ Gençtürk, s.125. Bkz. ve karş. Karayalçın, s.128. Çekin havale niteliğindeki diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak, talep edildiğinde muhatap banka tarafından ödenmesinin bir mecburiyet arz ettiği hakkında bkz. Neil Kibble / Andrew Campbell, 'Dishonoured Cheques: A Comparative Analysis', *Journal of International Banking Law*, 2001, Vol. 16 (3), Andover, s.77.

¹⁰ Örnek olarak "gününde geçerlidir", "tarihinde geçerli olacaktır", "vade tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilemez" şeklindeki kayıtlar gösterilebilir. Bkz. Celal Göle, *Çek Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1989, s.74; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2012, s.869, 870.

müeyyidesi ise, TTK m.795 f.2'den anlaşılacağı üzere, çekin geçerliğine ve ibraz edildiğinde ödeneceği şeklindeki özelliğine hanel getirilmeksizin, sadece söz konusu kaydın yazılmamış sayılmasıdır¹¹. Buna ilaveten çek metninin dışında, düzenleyen ve lehdar arasında çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının gerçekleşmeyeceğini öngören bir sözleşme, yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü, hangi şekilde yapılırsa yapılsın, TTK m.795 f.2'nin emredici hükmüne aykırı olduğu için Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.27 f.1 gereği mutlak butlanla geçersiz olacaktır¹². Aynı şekilde muhatap banka ile hesap sahibi¹³ arasında yapılmış çek sözleşmesinde de ileri tarihli bir çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmeyeceği kayıt altına alınmış olsa dahi, bu kayıt da TTK m.795 f.2 karşısında geçerlik kazanamayacaktır¹⁴. Böyle bir kayda rağmen ileri tarihli bir çek, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edildiğinde muhatap banka TTK m.795 f.2'nin gereğini yerine getirmek zorunda kalacaktır¹⁵. Ödeme gerçekleştirildiğinde ise muhatap banka aleyhine, çek sözleşmesine aykırılık iddiasına dayanan talepler ileri sürülemeyecektir¹⁶.

¹¹ İsmail Kırcı, '5941 Sayılı Çek Kanunu', Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Konferansı, Ankara, 2010, s.19; Hüseyin Çöl, 'İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, Cilt: 53, Sayı: 2004/1, Ankara, s.195.

¹² Bkz. Göle, s.78, 79. Yazar, bu sözleşmenin kesin hükümsüzlükle geçersiz olması sayesinde düzenleyenin lehdara karşı, "çeki üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz etmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermesi" için herhangi bir davayı ikame edemeyeceğini belirtmektedir.

¹³ Düzenleyen ve hesap sahibi kavramları genelde aynı çek ilgisini işaret etmesine rağmen, istisnai olarak düzenleyen ve hesap sahibi farklı kişiler olabilir. Çalışmamızda bu andan itibaren geniş manada düzenleyen terimi kullanılacaktır. Bu sebeple hesap sahibi terimi ayrıca zikredilmeyecektir. TTK ve ÇK anlamında düzenleyen ve hesap sahibi arasındaki ilişki hakkında bilgi için bkz. Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku*, 6. Bası, Karahan Kitapevi, Adana, 2013, s.570.

¹⁴ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s.147.

¹⁵ "Oysa, TTK'nın 707. maddesi uyarınca, çek görüldüğünde ödenir ve keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir. Uygulamada ileri tanzim tarihi denilen bu tür çekleri elinde bulunduran meşru hamil, keşide gününün gelmesini beklemek zorunda olmayıp, bankaya ibraz ederek, ödenmesini isteme hakkına haizdir." Y.11.HD, 15.06.2009 T., 2009/6447 E., 2009/7249 K. (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2009-6447-k-2009-7249-t-15-06-2009-ileri-tanzim-tarihli-199-ekin-214-denmesi/643947/>) (erişim tarihi 20.08.2013).

¹⁶ Göle, s.80, 81; Çöl, s.201.

TTK m.795 f.2'de yer alan emredici hüküm bu şekliyle, hukuk sistemimizde sıcak bakılmasa ve çek hukukunun ilkeleri ile uyum arz etmese de geçerliği zımnen kabul edilmiş olan ve uygulamasının önüne maalesef geçilemeyen ileri tarihli çekin özel hukuka ilişkin bir müeyyidesi niteliğindedir¹⁷. Bu müeyyide sayesinde, bir yandan çekte vade olmaz ilkesi hayata geçirilerek çekin bono ve poliçeye nazaran kendine özgü karakteri sağlamaştırılmıştır; bir yandan da düzenleyen ve muhatap banka karşısında hamilin konumu muhafaza edilerek, çekte olan güvenin artması ve böylece çekin tedavülünün yaygınlaştırılması hedeflenmiştir.

B. ÇKA Açısından (gm.3 f.5 haricinde) İleri Tarihli Çekin İbrazi ve Ödenmesi

ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1'de ileri tarihli çeki yakından ilgilendiren hükümler yer almaktadır. ÇK m.3 f.8'e göre, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilen çekin banka tarafından karşılığının kısmen ya da tamamen ödenmemesi hukuki takibe yol açmaz. Hukuki takibin yapılabilmesi için çekin, düzenlenme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması gerekmektedir. ÇK m.5 f.1'de ise karşılıksızdır işleminin yapılabilmesi ve devamında da düzenleyen gerçek veya tüzel kişi hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının verilebilmesi için çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre belirlenen kanuni süre içinde muhatap bankaya ibraz edilmesi bir ön şart olarak tespit edilmiştir¹⁸. Dolayısıyla ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 ile meydana getirilen sistemde çek, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilmiş olmasına rağmen muhatap banka tarafından ödenmemiş ise, hukuki takip yollarından veya idari tedbirlerden istifade etmek isteyen hamilin, çeki, üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre hesaplanacak kanuni ibraz süresi içinde bir kez daha muhatap bankaya ibraz etmesi ve bu ihtimalde de

¹⁷ Birleşik Krallık hukukunda, çeklerin ibraz edildiklerinde ödenmelerinin mecburiyet arz etmesini düzenleyen Bills of Exchange Act sec.73 ile ileri tarihli çeklere (post-dated cheques) dair uygulamanın önüne geçilmek istenmektedir. Kibble / Campbell, s.78. Bununla birlikte ileri tarihli çekler, Birleşik Krallık hukuk sisteminde poliçeye nazaran (bill of exchange) tercih edilmeye devam etmektedir. Bunun sebebi ileri tarihli çekin düzenleyen lehine taşıdığı avantajlardır. Bkz. Ellinger / Lomnicka / Hare, s.408.

¹⁸ Reisoğlu, Çek Hukuku, s.145.

ödenmemiş ise karşılıksızdır işleminin gerçekleştirilmesini talep etmesi gerekmektedir¹⁹.

C. İleri Tarihli Çekin İbrazi ve Ödenmesine İlişkin TTK ve ÇK'daki Hükümlerin Değerlendirilmesi

TTK m.795'te yer alan ve ileri tarihli çeki de kapsayacak şekilde çekin ibrazında ödenmesini mecbur kılan düzenleme, çekte vadeye ilişkin girişimlerin önüne geçmek isteyen TTK kanun koyucusunun iradesini yansıtmaktadır. Buna karşın ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1'e göre, düzenleyen aleyhine hukuki takibin ve idari tedbirlerin uygulanabilmesi, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre tespit edilecek kanuni ibraz süresine riayeti gerektirdiğinden, ÇK kanun koyucusunun çekte vadeye imkân tanıyan anlayışı geçerli kılmak istediği görülmektedir²⁰. Dolayısıyla iki düzenlemenin kanun koyucuları arasında, ileri tarihli çeki olan yaklaşım açısından önemli bir fark²¹ ortaya çıkmaktadır²². Bu

¹⁹ 5941 sayılı Kanundan önceki süreçte, ileri tarihli çekin ibrazı ve karşılığının bulunmaması üzerine ortaya çıkacak sonuçlar değerlendirilirken Kendigelen, hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk açısından farklı yaklaşımların kabulünün isabetli olmadığını, hukuki sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilmesinin bir engel teşkil etmediğini, buna rağmen, cezai sonuçlar açısından çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinin esas alınmasını öngören düzenlemenin isabetli olmadığını ifade etmiştir. 5941 sayılı ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 ile hem hukuki takip hem de idari tedbirlerin uygulanabilirliği açısından ibrazın çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre gerçekleştirilmesi şartı öngörüldüğü dikkate alındığında, yazarın eleştirilerinin kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 4. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s.201. Karş. Gençtürk, s.145. Yazar, düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çeklerin ödenmemesinden dolayı "karşılıksızdır" işlemi veya hukuki takip yapılamayacağı sonucuna varılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

²⁰ Kırca, s.19. Birleşik Krallık hukukunda ileri tarihli çeklerin hukuki geçerliği haiz oldukları hakkında bkz. Kibble / Campbell, s.78; Ellinger / Lomnicka / Hare, s.334; Gomez, s.276; David Martin, *Facilities And Property Management*, Thorogood Publishing Ltd., London, 2006, s.59.

²¹ Doktrinde Kendigelen, iki kanun arasında çekte vadenin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak karşımıza çıkan farklılığın "hiç de tutarlı olmayan bir davranış ve yaman bir çelişki" olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler*, s.582.

²² TTK m.795 ile ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 arasında karşımıza çıkan farklılığın yol açacağı bir diğer hukuki sonuç, ibrazın gerçekleştirilebileceği ana ilişkindir. Doktrinde Bahtiyar, TTK m.795'in ibraz süresi işlemeye başlamadan çekin ibrazına imkân tanıdığını, buna karşın ÇK gm.3 f.5'te ibraz yasağının, m.3 f.8'de hukuki takip yasağının ve m.5 f.1'de idari tedbirlerin uygulanmasının, çekin kanuni süresi içindeki ibrazı şartına bağlandığını, dolayısıyla ibraz süresinin işlemeye başlayacağı tarihi düzenleyen TTK m.796 f.3'ün tartışmalara yol açabi-

fark, ileri tarihli çek için TTK'da hamil lehine gözetilen menfaatler dengesi- nin, ÇK ile düzenleyen lehine yeniden belirlenmek istenmesinden kaynaklan- maktadır²³. Ancak altını çizmemiz gerekir ki, ÇK kanun koyucusu, menfaatler dengesini yeniden belirleyebilmek uğruna, ileri tarihli çeke hukuken geçerlik tanımının ötesinde, çek hukuku doktrininin hassasiyetle uzak durduğu ve dış- ladığı vadeli çek uygulamasını teşvik eden bir yaklaşım sergilemektedir²⁴.

İki düzenleme arasında ilk bakışta, giderilemeyecek veya özel hüküm - ge- nel hüküm (lex specialis) ya da önceki hüküm - sonraki hüküm (lex posterior) ilkelerinden istifade edilerek çözülebilecek bir aykırılığa ilişkin görüntü ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu görüntüye, az önce ifade ettiğimiz gibi, çekte vadenin kabul edilebilirliğine veya uygulanabilirliğine ilişkin TTK ve ÇK'ya hakim olan yaklaşımların birbirleriyle örtüşmemesi yol açmaktadır. Kanaatimizce, TTK m.795 ile ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 arasındaki bu aykırılığın giderilme- si, iki düzenlemeden birine öncelik tanımaya dahi gerek olmaksızın pek tabi mümkündür. Zira iki kanunda yer alan farklı yaklaşımlar, birbirlerini tamamlar mahiyette yorumlanabilir ve bu yorum neticesinde ileri tarihli çekin ibrazı- na ilişkin ödenmesi ve ödenmeme hâlinde hukuki takibin ve idari tedbirlerin uygulanması ihtimallerinin ayrı ayrı düzenlenmekte olduğu kabul edilebilir. Buradan hareket ettiğimizde ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme ta- rihinden önce ibraz edilmesi hâlinde karşılığı söz konusu ise ödenmesi TTK m.795 gereği hamil açısından bir hak ve muhatap banka açısından bir mecbu- riyettir²⁵. Karşılığın çekle işleyen hesaptaki yeterli nakdin yanında, muhatap banka ile müşteri arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kredi şeklinde buluna- bilmesi ya da başka bir hesaptan virman yoluyla sağlanabilmesi arasında da

lecek bir hüküm niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bahtiyar, s.136. Kendigelen de çeke ilişkin gerçekleştirilen tüm düzenlemelerde ilk planda ileri tarihli çekin önlenmesinin amaçlandığını, buna rağmen ibraz süresinin TTK m.796 ile bir gün sonra başlatılmasının tüm çeklerin bir anlamda ileri düzenlenme tarihli olarak işlem görmelerine sebep olacağını ve bu tercihin haklı bir nedenden yoksun olduğunu belirtmektedir. Bkz. Abuzer Kendigelen, 'Çek Hukukunda Yapılmak İstenen Sessiz Sedasız Değişiklikler', Makalelerim, C.II: 2001-2006, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s.272.

²³ Gençtürk, s.148, 149.

²⁴ ÇK'da yer alan düzenlemelerin "çekte vade olmaz" şeklindeki hükmü bertaraf etmek için kanuna karşı hile teşkil eden fiili durumu koruduğu hakkında bkz. Gençtürk, s.146.

²⁵ Kırca, s.19, 20; Gençtürk, s.147.

herhangi bir fark söz konusu değildir²⁶. İleri tarihli bir çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilmesi hâlinde karşılık herhangi bir şekilde sağlanamamışsa, muhatap bankanın çekin bedelini müşterisinin itibarının çekin karşılıksız çıkması sebebiyle zedelenmemesi amacıyla veya başka herhangi bir saikle, kendisine yöneltilmiş açık bir talimat da olmamasına rağmen, ibraz eden hamile ödeyebilmesi²⁷ (ve yaptığı bu ödemeyi hukuki gerekçesinin niteliği tartışmalı da olsa semereleri ile birlikte müşterisi düzenleyenden tahsil edebilmesi) mümkündür²⁸. Muhatap bankanın gerçekleştirdiği ödemenin TTK m.795 gereği geçerli bir ibraza dayandığı²⁹ ve bu sebeple ödeme neticesinde çekten doğan borcun da sona erdiği yönünde bir şüphe bulunmamaktadır³⁰. Buna karşın çek, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edildiğinde

²⁶ Karşılığın doğrudan doğruya düzenleyenin hesaba yatırdığı para olabileceği, paranın havale yoluyla da hesaba gelebileceği, başka hesaplardaki mevduatın virman talimatı varsa karşılık olarak değerlendirilebileceği ve bankanın düzenleyen lehine açtığı bir kredinin de karşılık olarak nitelendirilebileceği hakkında bkz. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997, s.1084; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı*, 17. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s.254; Müge Tekil, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s.25.

²⁷ “Bu itibarla mahkemece, davalı bankanın, eksik çek tutarına mukabil davacıya kredi kullandırma yükümlülüğü bulunmadığı nazara alınarak, davanın reddine karar vermek gerekirken, yanılgılı değerlendirmelerle yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Bkz. Y.11. HD, 12.03.2012 T., 2010/13471 E., 2012/3648 K. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_mayis-31_mayis12.htm) (erişim tarihi 13.08.2013).

²⁸ Söz konusu tahsilat, kambiyo senetleri hukukuna dayanmamakta, genel hükümlere göre yapılmaktadır. Sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme veya havale hükümleri ve akdedilmişse kredi sözleşmesi hükümleri dayanak olarak kabul edilebilir. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1099, 1216. Muhatap bankanın çekin karşılığının bulunmamasına rağmen karşılıksız çıkan çek bedelini hamile ödemesi neticesinde, çekin hukuki niteliğinin havale olması da dikkate alınarak, hamilin düzenleyene karşı olan talep haklarını elde edeceği hakkında bkz. Mehmet Helvacı, ‘Çek Kanunu Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi’, BATİDER, Yıl: 2009, Cilt: XXV, Sayı: 2009/4, Ankara, s.232. Yeterli karşılığı bulunmayan çekin bedelinin ödenmesi durumunda düzenleyene çek sözleşmesi kapsamında kredi verildiği ve gerçekleşen ödemenin tahsili için sadece düzenleyene başvurulabileceği hakkında bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.69, 245, 246; Bilgili / Demirkapı, s.877.

²⁹ Ayrıca bkz Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.272; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.321 vd.

³⁰ Gerçi bu ihtimalde de muhatap bankanın, hesapta yeterli karşılık bulunmamasına rağmen müşterisi düzenleyen ticari itibarını düşünerek bir ödeme yapması ve çekin karşılıksızlığının önüne geçmesi dolayısıyla, düzenleyenin ekonomik durumu hakkında üçüncü kişiler nezdinde yanlış bir izlenime yol açtığı ileri sürülebilir. Bu konu hakkında bkz. Poroy / Tekinalp, s.358, 359.

yeterli karşılığın bulunmaması sebebiyle yukarıda arz ettiğimiz ihtimaller çerçevesinde ödenmemiş ise, ÇK m.3 f.8 gereği hukuki takip yolları; ÇK m.5 f.1 gereği ise çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki idari tedbirler, düzenleyen aleyhine uygulanamayacaktır³¹.

D. ÇK Geçici m.3 f.5 ile İleri Tarihli Çekin İbrahim ve Ödenmesinin Tabi Olduğu Hukuki Rejimin Belirlenmesi

Yukarıda işaret ettiğimiz şekilde hem vadeli çek uygulamasının önüne geçen iradeye hem de vadeli çek uygulamasına de factodan ziyade, de jure nitelik kazandıran iradeye geçerlik tanıyan ve TTK m.795 ile ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 tarafından biçimlendirilen hukuki rejimde, 6273 sayılı Kanun ile önemli bir değişiklik meydana getirilmiştir. 03.02.2012’de yürürlüğe giren 6273 sayılı Kanun m.6 ile ÇK’ya geçici 3. madde eklenmiş ve bu maddenin 5. fıkrasında, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının 31.12.2017’ye kadar geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bir başka deyişle, ileri tarihli bir çekin karşılıksız çıkması sebebiyle ödenmemesinin yol açabileceği hukuki takip veya idari tedbir şeklindeki müeyyidelerin önüne zaten ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 ile geçen ve bu sayede vadeli çeker hukuki geçerlik ve koruma sağlayan kanun koyucu, bu tür çekin ibrazını da, ÇK geçici m.3 f.5 ile 2017’nin sonuna kadar geçersiz kılmak suretiyle yasaklamıştır³². ÇK gm.3 f.5’in yürürlüğe girmesi ile TTK m.795’in ileri tarihli çeker özgü 2. fıkrası (şimdilik) geçici olarak askıya alınmıştır³³. Netice itibarıyla, gelinen bu

³¹ Reisoğlu, Seza, ‘Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar’, (http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf.) (erişim tarihi 12.09.2013) s.10; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s.318.

³² Birleşik Krallık hukukunda 1882 tarihli Bills of Exchange Act ve 1992 tarihli Cheques Act ile meydana getirilen sisteme göre de ileri tarihli çek hukuken geçerliği haiz olmasına rağmen bu çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazı gerçekleştirilemez. Bkz. Kibble / Campbell, s.78; Keith Pond, *Retail Banking*, GPP Limited, London, 2007, s.132.

³³ Hasan Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.320; Ecehan Aras Yeşilova / Bilgehan Yeşilova, ‘Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme 5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 82, Ankara, s.6. Yazarlar, geçici bir süre için uygulanacak hükmün TTK’nın çekle ilgili hükümlerini kökten değiştirmeyeceğini, dolayısıyla bundan sonra çekin hukuki nitelik yönünden artık bir borçlanma aracı haline geldiğinin ve vade içerdiğinin söylenebileceğini, ancak belirli bir süreyle de olsa çekin hâmlilerine tanıdığı ve ilgili kanunlarda

nokta ile çek hukukunda doktrin ve mahkeme kararları tarafından baştan beri üzerinde özenle ve hassasiyetle durulan “çekte vade olmaz” ilkesinin geçerliği, çekin ibrazı ve bu ibrazın hukuki sonuçları açısından, geçici de olsa ortadan kaldırılmıştır³⁴. Kanun koyucu, çekte vadeye zımnen onay vermenin ötesinde, vadeli çeki istisna değil kural olarak benimsemiş ve bu kuralın aksi ihtimalini düzenleyen “karşılık varsa ibrazında ödenir” hükmünü (TTK m.795 f.2) geçersiz kılarak düzenleyen lehine mutlak bir koruma alanı meydana getirmiştir. Bu sayede düzenleyen ile lehdar arasındaki iyiniyet anlaşmasına (centilmenlik anlaşmasına) dayandırılan ve çekin hukuki niteliğine aykırı şekilde vadeli olarak düzenlenmesine ve tedavülüne imkân tanıyan irade uyuşmasına (ileride bu süre uzatılmaz veya hüküm süreklilik kazanmaz ise) 31.12.2017’ye kadar olmak kaydıyla üstünlük tanımıştır. Sonuç olarak ÇK gm.3 f.5’e göre, ileri tarihli bir çekin hamilinin, muhataba çeki ibraz ederek karşılık varsa bu karşılığın kendisine ödenmesini; karşılık yok ise hukuki takibe başlanmasını ve/veya idari tedbirlerin uygulanmasını talep edebilmesi için öncelikle, “çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre belirlenecek kanuni süresi içinde ibrazı” şartını yerine getirmesi gerekmektedir³⁵.

II. ÇK GM.3 F.5’E RAĞMEN İBRAZ EDİLEN İLERİ TARİHLİ ÇEKİN MUHATAP BANKA TARAFINDAN İŞLEME KONMASI VE ORTAYA ÇIKABİLECEK HUKUKİ SONUÇLAR

İleri tarihli çekin ibrazına ve ödenmesine ilişkin hukuki rejimde önemli etkiler meydana getiren ÇK gm.3 f.5, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazına 31.12.2017’ye kadar (31.12.2017 dâhil) yasak işlem statüsü kazandırmıştır. Bu yasağa rağmen, hamilin çeki muhatap bankaya ibraz etmesi de facto dahi olsa mümkündür. Daha ileri gitmek gerekirse, geçersiz ibrazın muhatap banka tarafından işleme konması ve karşılığın bulunup bulunmamasına göre değişen şekillerde bu ibrazın gereğinin yerine getirilmesi de ihtimal dâhilindedir. Tüm bu ihtimallerin gerçekleşmesi muha-

düzenlenip halen yürürlükte olan bir takım hakların askıya alındığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

³⁴ Pond, s.132.

³⁵ Gomez, s.276; Pond, s.132; Martin, s.59.

tap banka, düzenleyen ve hamil arasındaki ilişkiler açısından önemli hukuki sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu hukuki sonuçların incelenmesinden önce, ÇK gm.3 f.5'te düzenlenen ibraz yasağının muhatap banka açısından taşıdığı anlamın ortaya konması gerekir.

A. ÇK gm.3 f.5'e Aykırılığın (İbrazın Geçersizliğinin) Muhatap Bankaya Teşmili

1. İbrazın Geçersizliğinin Hukuki Nitelendirilmesi

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, ÇK gm.3 f.5'te ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının geçersizliği öngörülerek, sadece hamile ilişkin bir ibraz yasağı getirilmemiş, muhatap banka açısından da geçersiz ibrazın işleme konması ve devamında gereğinin yerine getirilmesi yasak kapsamında değerlendirilmiştir³⁶. Nitekim kanun koyucu, ileri tarihli çekin karşılıksız çıkması hâlinde hukuki takip veya idari tedbir şeklindeki müeyyidelerin uygulanmasını “çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre belirlenecek kanuni süre içindeki ibrazı” şartına bağlayan ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1'e ilaveten, gm.3 f.5 marifetiyle çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının geçersizliğini de öngörmüştür. Kanun koyucunun bu yaklaşımını göz önünde bulundurduğumuzda düzenlemenin, tek başına çekin ibrazına ilişkin değil, muhatap banka açısından hamile ödenmesine ilişkin yasaklılığı da³⁷ getirdiği kabul edilmelidir³⁸.

³⁶ Birleşik Krallık hukukunda da ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilmesinin muhatap bankaya da teşmil edilebilecek bir yasak işlem niteliğinde olduğu, dolayısıyla muhatap bankanın söz konusu çeki ödemekten imtina edeceği düzenlenmiştir. Bkz. Kibble / Campbell, s.78. Karş. Gomez, s.276. Gomez, muhatap bankanın ileri tarihli çeki ödemekten imtina edebileceğini, ancak ödeme yapabilmesinin de mümkün olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde ileri tarihli çeklerin muhatap banka tarafından ödenmesinin mecburiyet arz etmediği hakkında ayrıca bkz. Martin, s.59.

³⁷ Hukuk sistemimizde banka açısından karşılıksız çıkan çekin bedelini ödemesinin yasak kapsamında değerlendirilebileceği başka ihtimallere de rastlanmaktadır. Bankanın, müşterisi düzenleyen ile arasındaki sözleşmenin dışında, hatırlı müşterisi tarafından düzenlenen çekin karşılıksızdır işlemi görmemesi için çek bedelini ödemesi hâlinde bu ödemenin 5411 sayılı Bankacılık Kanununda yer alan kredi sınırlarının aşılması anlamına gelebileceği hakkında bkz. Başak Şit, *'Bankanın Çek Ödemeleri Dolayısıyla Kredi Sınırlarının Aşılması'*, BATİDER, Yıl: 2010, Cilt: XXVI, Sayı: 2010/4, Ankara, s.157-165.

³⁸ Aksi yönde bkz. Yeşilova / Yeşilova, s.36. Yazarlar, ibrazın geçersizliğinin öngörülmesine rağmen, muhatap bankanın ibraz edilen çeki ödemesinin bir gereklilik olduğunu ileri sür-

Kanun koyucu ÇK gm.3 f.5'i düzenlerken esas aldığı saiki madde gerekçesinde ifade etmiştir. Nitekim 6273 sayılı Kanun m.6 ile ÇK'ya gm.3 f.5 eklenirken gerekçe olarak, 3167 sayılı Kanuna 5838 sayılı Kanunla eklenen geçici 2'nci maddeye ve 5941 sayılı Kanunun geçici 1'inci maddesinin beşinci fıkrasına işaret edilmiştir. Bu düzenlemelerde önce 31.12.2009 ve devamında 31.12.2011'e kadar olmak kaydıyla, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olduğu öngörülmekle, "ekonomik sıkıntılarla çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticarî hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesinin" amaçlandığı vurgulanmıştır. Gerekçede son olarak, aynı amaç doğrultusunda ibrazın geçersizliğine ilişkin söz konusu sürenin ÇK gm.3 f.5 ile 31.12.2017 tarihine kadar uzatılacak şekilde yeniden düzenlendiği belirtilmiştir. Kanaatimizce gerekçede yer alan ifadeler, hükmün yorumlanabilmesi, kapsamı ve sonuçları açısından sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için yeterli değildir. Zira gerekçede, ibrazın geçersizliği öngörülürken, çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticari hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm aranacağına vurgu yapılmaktadır. Oysa ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 neticesinde hukuki takip ve/veya idari tedbirlerin uygulanması, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden sonra ibraz edilmesi şartına bağlanarak, çeklerin ödenememesinin ortaya çıkaracağı sorunların önüne zaten geçildiği görülmektedir. Bu sebeple ÇK gm.3 f.5'in meydana getireceği etkinin belirlenmesinde gerekçede yer alan ifade yetersiz kalmaktadır. Kanaatimiz kanun koyucunun, ibrazın geçersizliği sayesinde çekin kanuni süresinden önce muhatap banka tarafından herhangi bir şekilde işleme konmasının önüne geçmek istediği yönündedir. Bunun neticesinde çekin ibrazı, ödenmesi, karşılığı yoksa tespiti şeklinde karşımıza çıkan tüm ihtimaller, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce, yasak işlem statüsünde kabul edilmelidir³⁹.

2. İbrazın Geçersizliğinin Muhatap Bankaya Etkisi

ÇK gm.3 f.5'te öngörülen ibrazın geçersizliği şeklindeki (yasak hükmün-

mektedirler.

³⁹ İbrazın geçersizliğini öngören hükmün "aşkın lafzına" harfiyen uymanın isabetli olmayacağı ve kötü niyetli kullanımlara yol açacağı hakkında bkz. Yeşilova / Yeşilova, s.36.

deki) düzenleme ile kanun koyucu, TTK m.795 f.2'nin uygulanmasını askıya almış ve TTK m.795 f.2 çerçevesinde karşımıza çıkabilecek tüm ihtimallerin önüne geçmek istemiştir⁴⁰. Bu amaçla bir yandan hamil açısından ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazı; bir yandan da her şeye rağmen ibraz gerçekleşmiş ise, muhatap bankanın ibrazın gereğini yerine getirmesi yasak işlem olarak nitelendirilmiştir. Hamil, ibraza ilişkin bir yasaklılığın öngörülmediği ÇK gm.3 f.5'ten önce geçerli olan sistemin aksine artık, karşılığın bulunup bulunmadığını tespit edebilmek ve varsa kendisine bu ödemenin yapılmasını talep edebilmek için çeki, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edemeyecektir⁴¹.

İbrazın geçersizliğinin, çeke dair herhangi bir işleme, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce imkân tanımayacağı göz önünde bulundurulduğunda muhatap banka açısından, çeki ödeme mecburiyetinin yanında⁴², ödeme yapabilme yetkisinin de kaldırıldığını kabul etmek gerekir⁴³. Kanaatimiz-

⁴⁰ “28.02.2009 tarihli Resmî Gazete'nin mükerrer sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 5838 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 3167 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddede “31.12.2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir” hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde ise, “Madde ile; belirli bir süreyle çekin, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz kabul edilerek ekonomik sıkıntılarla çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticari hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır.” açıklaması yapılmıştır. Madde metninden ve gerekçeden de anlaşılacağı üzere; söz konusu hükümlerle, 28.02.2009-31.12.2009 tarihleri arasındaki belirli ve geçici sürede, yaşanmakta olan ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkan belirsizliğin ve güvensizliğin bir sonucu olarak, ellerinde bulunan ileri tarihli çekleri vadesinden önce bankaya ibraz edenlerin önüne geçilip; piyasadaki para dolaşımının sürekliliğinin sağlanması ve ticari yaşamda ortaya çıkan sorunların, mağduriyetlerin bir ölçüde önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.” Y. 10. CD, 17.01.2011 T., 2010/20733 E., 2011/418 K. (http://www.kararevi.com/karars/778511_yargitay-e-2010-20733-k-2011-418#.UrK02ieMCks) (erişim tarihi 14.09.2013). Bkz. Ayrıca, Y.10.CD, 17.09.2009 T., 2009/12591 E., 2009/14476 K. (<http://www.kararevi.com/karars/769064#.UrK1GCeMCks>) (erişim tarihi 14.08.2013).

⁴¹ Pond, s.132.

⁴² Reisoğlu, Konferans, s.8, 10.

⁴³ ÇK'da muhatap banka aleyhine düzenlenen bir başka yükümlülük, asgari ödeme yükümlülüğüdür (ÇK m.3 f.3). Buna göre muhatap banka, Kanunda gösterilen miktarı koşullar gerçekleştiği takdirde hamile ödemek zorundadır. Kanunda belirtilen miktar, muhatap banka tarafından gerçekleştirilmesi gereken asgari ödeme miktarıdır. Bunu aşan bir ödeme yapabilme noktasında muhatap bankanın yetkili olduğu kabul edilmektedir. Zira fazlaya ilişkin ödeme yapılmasına mani teşkil eden bir hüküm ÇK gm.3 f.5'teki yasağın aksine söz konusu değildir. Ayrıca muhatap banka açısından asgari ödeme miktarını aşan bir ödemenin gerçek-

ce muhatap banka açısından ödeme yapabilme yetkisi de bulunmadığından, çekin düzenleyenin iradesinin belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıktığı, ödemenin yapılabilmesi için düzenleyenin iradesinin şart olarak öngörüldüğü bir hukuki rejime artık geçerlik tanınmıştır. Bu sebeple düzenleyen, ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleşen ibrazın işleme konmasına ve karşılığın çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmesine muhatap bankaya talimat vererek onay verebilir. Bu durumda ÇK gm.3 f.5'e aykırılık ve ibraz yasağının ihlali söz konusu değildir. İleri tarihli çeklere ilişkin hukuki rejimi düzenleyen kanun koyucu, TTK m.795 f.2'nin uygulanmasını askıya almak ve çekte vade olmaz ilkesini zımnen ortadan kaldırmak pahasına, düzenleyen ile lehdar (hamil) arasındaki irade uyuşmasına nasıl öncelik tanıyorsa, aynı kanun koyucunun ÇK gm.3 f.5'e rağmen ibraz edilen bir çekin, muhatap banka tarafından sadece düzenleyenin talimatı ile ödenebilmesine imkân tanıyan bir sisteme de olumlu yaklaşacağı düşünülebilir⁴⁴. Erken ifaya imkân tanıyan hukuk sisteminin, düzenleyenin talimatı ile muhatap banka tarafından gerçekleşen ödemeyi de benimseyeceği kabul edilebilir. Nitekim bu varsayımlar, çekten doğan borcun sona ermesi açısından ilgililerin irade uyuşmasına dayandığından menfaatler dengesi açısından da isabetlidir. ÇK gm.3 f.5'in gerekçesinde "ekonomik sıkıntılarla çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticarî hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesinin" amaçlandığına vurgu yapılmıştır. Çekin, ibraz üzerine düzenleyenin talimatı ile ödenebilmesi, "çekin zamanında ödenememesinin" ortaya çıkaracağı bir soruna yol açmayıp

leştirilmesi, ibrazın geçersizliğine rağmen ödemenin gerçekleştirilmesinin aksine, düzenleyen aleyhine bir zarar meydana getirmemektedir. Ayrıca bkz. ve karş. YHGK, 21.09.2011 T., 2011/513 E., 2011/549 K. "Mülga 3167 Sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki" Kanununun 10. ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 3.maddesi uyarınca muhatap banka süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması hâlinde yasal sorumluluk miktarına kadar (somut olay yönünden 2009 yılı için 435,00 TL) ödeme yapmakla, kısmen karşılığının bulunması hâlinde ise kalan meblağı tamamlamakla yükümlüdür. Aynı maddede ödeme yükümlülüğü ile ilgili hususun hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir kredi sözleşmesi hükmünde olduğu açıklanmıştır."

(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd17.htm>) (erişim tarihi 10.09.2013).

⁴⁴ Kanaatimizce, bankacılık uygulaması açısından ileri tarihli çeklerin üzerlerinde yazılı düzenlenme tarihlerinden önce ibraz edilmeleri hâlinde muhatap banka tarafından ödeme gerçekleştirilmişse, bu hususun banka kayıtlarında ve müşteri hakkındaki istihbarat sorgusunda da ayrıca gösterilmesi gerekir.

bizzat muhtemel bir soruna mani teşkil etmektedir ve dolayısıyla ÇK gm.3 f.5'e rağmen hukuka uygun bir ödeme niteliğini kazanmaktadır.

Bu noktada altını çizmemiz gerekir ki, düzenleyenin talimatının varlığı ya da yokluğu, muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleştirdiği ödemenin geçerliğinin belirlenmesi açısından değil, bu ödemeden dolayı ortaya çıkacak hukuki sorumluluğun hangi çek ilgilisi aleyhine doğacağına tespit edilmesi açısından önemlidir. Bu sebeple muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde ve düzenleyenin talimatı olmaksızın hamile yapmış olduğu ödeme de hukuken geçerli bir ödemedir, ancak ÇK gm.3 f.5'e aykırılıktan doğacak hukuki sorumluluk muhatap banka üzerinde gerçekleşecektir. Bu sayede ÇK gm.3 f.5'te düzenlenen ibrazın geçersizliğinin, sadece ileri tarihli çekin ibrazına ve ödenmesine ilişkin yasak alanın sınırlarını çizen bir mahiyette olduğu, buna karşılık TBK m.27'de düzenlenen kesin hükümsüzlük seviyesinde bir müeyyideyi karşılamadığı ifade edilebilir⁴⁵. İbrazın geçersizliği, muhatap açısından etkisini ancak, çekin ibrazına ve ödenmesine ilişkin mecburiyet ve yetki alanlarının sınırlarının çizilmesinde göstermektedir. Özetle ifade etmek gerekirse, ileri tarihli bir çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazı, ÇK gm.3 f.5'e göre geçersiz olarak öngörülmüşse de bunun anlamı, ibrazın ve neticelerinin yasak alanına dâhil edilmesinden ibarettir. Yasağın etkisini kaybedebilmesi, dolayısıyla muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e tabi bir çeki ödeyebilmesi ve bu ödeme sayesinde muhatap bankanın hukuki sorumluluğunun sona erebilmesi için, düzenleyenin onayını içeren bir talimatın varlığı şarttır. Bu şart gerçekleşmeden ödeme yapıldığı takdirde, ödeme her ne kadar geçerlik arz etse ve çek borcunun sona ermesine yol açsa da, bu ödemenin gerçekleşmesi sebebiyle düzenleyen aleyhine ortaya çıkacak zarardan muhatap banka sorumludur.

ÇK gm.3 f.5'in yukarıda tespit ettiğimiz anlamda hükmünü tamamlayabilmesi için, ileri tarihli bir çekin, karşılığının bulunmamasına ve düzenleyenin talimatının olmamasına rağmen ödenebilmesi şeklinde de bir yetki alanının,

⁴⁵ Nitekim gerek 3167 sayılı mülga Kanunda gerek ÇK'da özel hukuk prensipleri ile örtüşmeyecek şekilde kamu hukuku karakteri arz eden düzenlemelerin bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

muhatap banka açısından söz konusu olmadığını belirtmemiz gerekir⁴⁶. Nitekim ileri tarihli bir çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazını geçersiz kılan kanun koyucunun, geçici bir süre de olsa vadeli çek uygulamasına imkân tanımak istediği ve bu sebeple vadeli çekin bir anlamda hukuki müeyyidesi olarak nitelendirilebilen TTK m.795 f.2'yi askıya alarak vadeli çek uygulamasına mani teşkil eden müesseselerin etki alanlarını daraltmaya çalıştığı gözden kaçırılmamalıdır⁴⁷. Bu sebeple kanaatimiz, ibraz yasağı ile sadece çek hesabında bulunan karşılığın çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmesinin değil, bu karşılığın muhatap banka tarafından temin edilmesinin de önüne geçilmek istendiği yönündedir. Geçersizliği kanun koyucu tarafından düzenlenen ibrazın gereğinin yerine getirilmesi, hangi şekilde olursa olsun yine yasaklılık kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsama geçersiz ibraza rağmen karşılığın bulunup bulunmadığı, muhatap banka tarafından temin edilip edilmediği dikkate alınmaksızın çekin ibrazının işleme konduğu her ihtimal dâhildir⁴⁸.

⁴⁶ “Oysa, TTK’nın 707. maddesi uyarınca, çek görüldüğünde ödenir ve keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir. Uygulamada ileri tanzim tarihi denilen bu tür çekleri elinde bulunduran meşru hamil, keşide gününün gelmesini beklemek zorunda olmayıp, bankaya ibraz ederek, ödenmesini isteme hakkına haizdir.” Y.11.HD, 15.06.2009 T., 2009/6447 E., 2009/7249 K. (<http://www.kararevi.com/karars/770888#.UrLOICeMCks>) (erişim tarihi 10.09.2013). Yargıtay’ın kararında da görüldüğü üzere, hamilin çeki ibraz edip ödenmesini isteme hakkına sahip olduğunu görüyoruz. Bir başka deyişle (ÇK gm.3 f.5 bir kenara bırakılırsa) haktan, yetkiden bahsedilecekse, ileri tarihli çekte sadece hamil açısından ileri tarihli çeki üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz etme ve ödemeyi talep etme hakkı ve yetkisinden bahsedilebilir. Bankanın talimat olmamasına rağmen ileri tarihli çeki ödeme yetkisinin varlığı gibi bir anlam kanaatimizce çıkartılamaz.

⁴⁷ “Bu düzenleme uyarınca, muhatap banka tarafından, 28.02.2009 - 31.12.2009 tarihleri arasında ibraz edilen ileri tarihli keşide edilmiş çekler için herhangi bir işlemin; dolayısıyla, karşılığı bulunmayan çekler yönünden de 3167 sayılı Kanun’un 4 ve 5. maddelerinde öngörülen işlemlerin yapılması olanaklı değildir. Böylelikle, Türk Ticaret Kanunu’nun 707. maddesi, belirtilen zaman aralığında uygulanamayacaktır.” Y.10.CD, 17.01.2011 T., 2010/20733 E., 2011/418 K. (<http://www.kararevi.com/karars/778511#.UrLO3yeMCks>) (erişim tarihi 07.08.2013). Bkz. ayrıca Y.10.CD, 17.09.2009 T., 2009/12591 E., 2009/14476 K. (<http://www.kararevi.com/karars/769064#.UrLPOCeMCks>) (erişim tarihi 17.09.2013).

⁴⁸ Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku*, s.38.

B. Muhatap Bankanın İbraz Yasağını İhlâli ve Sonuçları

1. Muhatap Bankanın ÇK gm.3 f.5'e Aykırılıktan Dolayı Hukuki Sorumluluğu

Çekin ÇK gm.3 f.5'e rağmen hamil tarafından ibrazı üzerine muhatap banka, ÇK m.3 f.8, m.5 f.1 ve gm.3 f.5 ile şekillenen ibraza ve ödemeye ilişkin hukuki rejimin bir gereği olarak, çeki hamile herhangi bir işlem yapmaksızın iade etmelidir. Buna ilaveten, TTK m.18 f.2 gereği basiretli⁴⁹ bir tacir gibi davranmakla ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunu m.2'ye riayetle yükümlü kılınan itibar kuruluşu niteliğindeki muhatap banka, geçerli bir ibrazın ve sonuçlarının söz konusu olabilmesi için çeki üzerinde yazılı olan düzenlenme tarihine göre belirlenecek kanuni süresi içinde ibraz etmesi gerektiğini hamile açıklamalıdır⁵⁰. Muhatap banka, geçersiz ibraza rağmen bu ibrazın gereğini (düzenleyenin talimatı ile ödeme yapılması ihtimali hariç) herhangi bir şekilde yerine getirmiş ise bu durum, açıkça ÇK gm.3 f.5'e aykırılık teşkil edeceğinden, kusurun muhatap bankaya yükletilebilmesi ve sorumluluğun muhatap banka nezdinde meydana gelebilmesi için yeterli olacaktır.

Muhatap bankanın sorumluluğunun bir başka hukuki dayanağı, çek sözleşmesi ile düzenleyene karşı üstlenilen dikkat ve özen yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün bir yansıması olarak, muhatap banka tarafından ibrazın şekil, süre, yetki, ehliyet, sahtelik ve tahrifat gibi açılardan kontrol edilmesi gerektiği, aksi takdirde muhatap bankanın, özen yükümlülüğüne aykırı şekilde gerçekleşen ödemeden dolayı da sorumlu olacağı ileri sürülebilir⁵¹. Kanunda açıkça ön-

⁴⁹ Bankanın basiretli bir işadımı gibi hareket edip etmediğinin araştırılması gerektiği hakkında bkz. Y.11.HD, 17.04.1983 T., 1983/1126 E., 1983/1289 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, 1983 Mayıs, Sayı:5, Ankara, s.724 vd.).

⁵⁰ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s.318, 320. Birleşik Krallık hukukunda da ileri tarihli bir çekin muhatap bankaya üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilmesi hâlinde muhatap banka ödemeyi reddetmekle ve kendisine ibraz edilen çekin ileri tarihli çek olduğuna dair şerhini koyarak çeki hamile iade etmekle yükümlüdür. Buna ilaveten, çekin hamile iadesinde muhatap banka, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihi geldiğinde bir kez daha kendisine ibraz edilmesi gerektiğini açıklamalıdır. Bkz. Kibble / Campbell, s.78.

⁵¹ Abuzer Kendigelen, (Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2013, s.236; Hanife Dirikkan, 'Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi', Dokuz Eylül Üniver-

görülmüş olan ibrazın geçersizliğinin gözden kaçırılmaması için, ileri tarihli bir çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edilip edilmediği gibi hususların dikkate alınması bankacılık uygulamasının normal gereklerinin yerine getirilmesinden ibarettir. Nitekim banka, açıkça gösterilmese dahi, çek sözleşmesi ile düzenleyene karşı bu yükümlülükleri kendiliğinden üstlenmiştir. Çek sözleşmesi ile üstlenilen dikkat ve özen yükümlülüğü ihlal edilerek, muhatap banka tarafından ÇK gm.3 f.5'e aykırı mahiyette (düzenleyenin talimatı veya onayı vs. olmaksızın) bir ödeme gerçekleştirilmişse, yapılan ödemeden dolayı hukuki sorumluluğun da yine öncelikle muhatap banka tarafından karşılanması gerekmektedir. Muhatap bankanın ödemeyi meşru hamile yapma yükümlülüğü, doğal olarak ödeme talebinin sebebi olan ibraz işleminin de meşruluğunu gerektirir. ÇK gm.3 f.5 ile geçersiz olduğu belirlenmiş olan bir ibrazın, öncelikle geniş manada hamilin meşruluğunu da ortadan kaldırdığı ileri sürülebilir. Bu durum, ibraz yasağına tabi olan ve dolayısıyla talepte bulunamayacak hamile ödeme yapan muhatap bankanın bu ödemeden dolayı hukuki sorumluluğuna yol açmaktadır⁵².

Muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e rağmen geçersiz ibrazı işleme koyması neticesinde ortaya çıkacak hukuki sorumluluğu yüklenmesi gerektiğine ilişkin çıkarımların, ÇK'da bankalar için öngörülen yeni sorumluluk rejimi ve özen yükümlülüğü ile de uyum içerisinde olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁵³. Zira ÇK'da muhatap bankaların göstermeleri gereken özen ve dikkat yükümlülüğüne ilişkin hükümler (ÇK m.2, 3, 4) incelendiğinde⁵⁴, çeki ilişkin sağlıklı

sitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, Cilt: IV, Sayı: 2002/1, İzmir, s.10 vd.; Mehmet Özdamar, 'Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Yıl: 2003, Cilt: VI, Sayı: 2003/1-2, Ankara, s.109; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1106, 1107; Öztan, *Ders Kitabı*, s.256, 257; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.59.

⁵² Muhatap bankaların tacir sıfatları gereği, çek hesabı açılırken basiretli bir işadamı gibi hareket etmeleri gerektiği, ÇK'da bankanın göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamının 3167 sayılı Kanuna nazaran daha geniş bir çerçevede belirlendiği, bankaların kanunda düzenlenen yükümlülüklerine aykırı şekilde hayali bir şirket adına çek hesabı açmak suretiyle üçüncü kişilerin yanılgılarına zemin hazırladığı için kusurlu oldukları hakkında bkz. Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku*, s.16.

⁵³ Özdamar, s.9, 10.

⁵⁴ Bankaların tacir sıfatına sahip olmaları ve dolayısıyla ticarethanelerine ait tüm faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğüne tabi oldukları dikkate alındığında

bir hukuki rejimin oluşturulabilmesi için bankaların sorumluluklarının 3167 sayılı mülga Kanuna nazaran kapsam açısından genişletildiği ve etki açısından da idari tedbirlerle ve cezai müeyyidelerle ağırlaştırıldığı görülmektedir⁵⁵. Ağırlaşan bu yeni sorumluluk rejimine göre de, bankaların ibrazın geçerliğini incelemek yükümlülüğüne tabi oldukları ve bu yükümlülüğün ihlalinin bir sonucu olarak, ortaya çıkan zararı gidermelerinin gerektiği kabul edilmelidir⁵⁶.

Geçersiz ibraza rağmen gerçekleştirilen ödemeden dolayı ileri tarihli çekin düzenleyenine de kusurun teşmil edilip edilemeyeceği ve düzenleyenin müterafik kusuru ile ortaya çıkan hukuki sorumluluğu paylaşıp paylaşmayacağı ile ilgili sorular da gündeme gelebilir. Kanaatimizce muhatap bankanın bizzat ÇK gm.3 f.5'te açıkça düzenlenen bir hükme aykırı davranmış olması tek başına kusuru yüklenmesi için yeterlidir. Ayrıca muhatap bankanın anonim şirket şeklinde kurulması mecburiyeti, itibar ve imtiyaz kuruluşu niteliği ve dolayısıyla tacir sıfatı sebebiyle çek ilişkisinde yer alan ilgililere nazaran tabi olduğu özen ve dikkat yükümlülüğünün derecesi dikkate alındığında, düzenleyenin müterafik kusuru ile ilgili tartışmalara⁵⁷ hiç girmeksizin, geçersiz ibrazın gereğinin yerine getirilmesi neticesinde ortaya çıkan hukuki sorumluluğun tamamının muhatap banka tarafından üstlenilmesi gerekir⁵⁸. Bu noktada karşımıza çıkması muhtemel sorulardan biri de ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde ve düzenleyenin talimatı da olmaksızın çeki, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz ederek çek bedelinin kendisine ödenmesine yol açan hamilin de ortaya çıkan sorumluluğu taşıyıp taşımayacağı hakkındadır. ÇK gm.3 f.5'te düzenlenen yasağa rağmen çeki, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz eden ve

ÇK'da bankalar için basiret ve özen gösterme yükümlülüğünün ayrıca öngörülmesinin yerinde bir düzenleme olmadığı hakkında bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1088; Öztan, *Ders Kitabı*, s.256, 257; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.59; Dirikkan, s.11.

⁵⁵ Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku*, s.15.

⁵⁶ Pulaşlı, *Yeni Çek Hukuku*, s.15; Kendigelen, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.236; Bilgili / Demirkapı, s.856 vd.

⁵⁷ Muhatap bankanın düzenleyen ile birlikte hukuki sorumluluğu paylaşabileceği bir ihtimal olarak sahte ve tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi gösterilebilir. Çekin düzenlenme tarihi üzerinde tahrifat gerçekleştirilmişse ve muhatap banka bu tahrifata rağmen çekin kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilmiş olduğu düşüncesinden yola çıkarak çek bedelini ödemişse, bu ödemenin sorumluluk açısından sonuçları için TTK m.812'nin uygulanması gerekir.

⁵⁸ Ayrıca bkz. Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.357.

çek bedelini olması gereken tarihten daha önce elde eden hamilin hukuka uygun olmayan bir şekilde menfaat elde ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Hamilin elde ettiği bu menfaatin korunmaması, hukukun genel ilkelerinin bir gereğidir. Bu sebeple, muhatap banka açısından ÇK gm.3 f.5'e rağmen ödeme yapılması başta olmak üzere çekin işleme konduğu her ihtimal sebebiyle ortaya çıkan sorumluluğun, Kanunun açık hükmüne rağmen çeki ibraz eden hamil tarafından da kanuna aykırılık gerekçesi ile paylaşılması gerekir⁵⁹. Bu sonuç, menfaatler dengesinin sağlanması ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması sebebiyle de kabul edilmelidir.

2. Muhatap Bankanın İbraz Edilen Çek Hakkında Karşılıksızdır İşlemini Gerçekleştirmesi

Muhatap bankanın geçersiz ibraza rağmen çek hesabında yeterli mevduatın bulunmaması ve kredi, virman vb. şekildeki karşılığın da söz konusu olmaması dolayısıyla çek hakkında karşılıksızdır işlemini gerçekleştirilmesi, kanuna aykırılık arz etse dahi yine de ihtimal dâhilindedir. Öncelikle tespit etmemiz gerekir ki muhatap bankanın bu durumda çekin arkasına karşılıksız kaydını koymasının ve hamile çeki bu şekilde iade etmesinin hukuken herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁶⁰. Hamilin muhatap banka tarafından sözde karşılıksızdır işlemine konu olan çeki istinaden hukuki takipte bulunması ve/veya idari tedbirlere başvurması da mümkün değildir⁶¹. Nitekim ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1'de tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden

⁵⁹ Çalışmamızda ÇK gm.3 f.5'e aykırılığın muhatap banka açısından sonuçları inceleneceği için hamile yükletilecek sorumluluğa dair açıklamalarımızı bu kadarla sınırlamayı uygun görüyoruz.

⁶⁰ Mevduat hesabından yapılan çeki dayalı ödemelerin geçerliğinin mevduat sahibinin talimatına uygun işlem yapılması şartına bağlanması hakkında bkz. Mustafa Çeker, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Karahan Kitapevi, Adana, 2004, s.255.

⁶¹ "5838 sayılı Kanun'la 3167 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. madde hükmü, sadece 28.02.2009 – 31.12.2009 tarihleri arasında uygulanacağından; ileri tarihli düzenlenip de belirtilen tarihler arasında vadesinden önce bankaya ibraz edilen ve ibraz tarihi itibarıyla karşılığı bulunmayan çekler yönünden, muhatap banka şubesince karşılıksız işlemi yapılamayacağından ve yapılsa bile bu işlem geçersiz olacağından, bu tarih itibarıyla karşılıksız çek keşide etmek suçu oluşmayacak, ancak, keşide tarihinden itibaren işleyecek yasal ibraz süresi içerisinde ibraz edilip, karşılığının bulunmaması durumunda suçun oluşumu söz konusu olacaktır." Y.10.CD, 17.09.2009 T., 2009/12591 E., 2009/14476 K. (<http://www.kararrevi.com/karars/769064#.UrLPiyeMCKs>) (erişim tarihi 11.09.2013).

önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen ya da tamamen ödenmemiş olması hâlinde bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamayacağı, hukuki takip yapılabilmesi için ise çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesinin ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasının şart olduğu hükmüne yer verilmiştir. İbraz olunan çek hakkında, muhatap banka tarafından ÇK m.3 f.8'e ve m.5 f.1'e aykırı şekilde karşılıksızdır işleminin gerçekleştirilmesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık oluşturur ve bu durumun yetkili mercilerce re'sen göz önünde bulundurulması gerekir.

Muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleşen ibrazı işleme koymasının ve çek hakkında karşılıksızdır işlemi gerçekleştirilmesinin düzenleyen nezdinde maddi ve manevi zarara neden olacağı da açıktır. Bu zarar, muhatap banka tarafından tazmin edilmelidir. Zira çek üzerine ÇK m.5 f.1'e ve gm.3 f.5'e aykırı şekilde karşılıksızlığa dair bir kaydın konması muhatap banka açısından ağır kusur olarak nitelendirilebilir⁶². Her ne kadar düzenleyen aleyhine çekin karşılıksız çıkması sebebiyle herhangi bir hukuki takip ve idari tedbir ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1 gereği gerçekleştirilemezse de, düzenleyen aleyhine çek hesabında yeterli karşılığın bulunmadığının hamile ifşa edilmiş olması⁶³, hukuka aykırı bir şekilde düzenleyen mali pozisyonu hakkında bir bilginin paylaşılmasına, düzenleyen ticari itibarının zedelenmesine ve dolayısıyla ekonomik anlamda maddi ve/veya manevi kaybın ortaya çıkmasına yol açmaktadır⁶⁴. Tüm bu zararlardan muhatap bankanın TBK m.49 vd. yer alan hükümler çerçevesinde sorumlu tutulması gerekmektedir. Muhatap bankanın, geçersiz ibraza rağmen karşılıksızdır işlemi gerçekleştirilmesi, çekle ilgili tüm işlemlerde dikkat ve özen göstermek şeklinde bir yükümlülüğü bünyesinde doğal olarak barındıran çek sözleşmesine ve genel bankacılık sözleşmesine de aykırılık teşkil etmektedir⁶⁵. Düzenleyen, muhatap bankadan aralarındaki

⁶² Reisoğlu, Çek Hukuku, s.236; Poroy / Tekinalp, s.358, 359. Ayrıca bkz. Tekil, s.138.

⁶³ Bankanın mevduat bilgilerini saklama yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinin sonuçları hakkında bkz. Çeker, *Mevduat*, s.307 vd.

⁶⁴ Muhatap banka, karşılık bulunmasına rağmen ödeme yapmadığı takdirde, müşterisi protestoya maruz kalacaktır ve kredi itibarı sarsılacaktır. Bu sebeple, müşterinin ödemelerini yapamayacak duruma düşmesinden doğan zararları muhatap banka tazmin etmek mecburiyetindedir. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1099.

⁶⁵ Çeker, *Mevduat*, s.272-275. Muhatap ve düzenleyen arasındaki sözleşme ilişkisinin muha-

sözleşmeye aykırılıktan yola çıkarak da zararının tazminini talep edebilir⁶⁶. Muhatap bankanın anonim şirket şeklinde kurulması mecburi olan tüzel kişiliği haiz tacir sıfatı ve kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün sınırlarının itibar ve imtiyaz kuruluşu olarak basiretli bir işadamı gibi davranmak yükümlülüğü ile belirlenmesi, tazmin edilecek zararın tespitinde mutlaka dikkate alınmalıdır⁶⁷.

3. Muhatap Bankanın Düzenleyen Talimatı Olmaksızın Çeki Ödemesi

Muhatap bankanın, karşılığı bulunan çeki ibrazın yasaklılığına rağmen ve düzenleyen de talimatı olmaksızın hamile ödemesi hâlinde, ÇK gm.3 f.5'e aykırılığın bir gereği olarak ortaya çıkacak hukuki sorumluluğu üstlenmesi gerekmektedir⁶⁸. Bu ihtimalde muhatap banka, düzenleyen haklı talepleri ile karşılaşacaktır. Haklı talepler, ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleşen ödeme sebebiyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yöneliktir. Düzenleyen, netice itibarıyla ibrazın geçersizliğinin öngörülmesi sayesinde, en erken üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden sonra ödenebilecek olan çekine istinaden ödeme planlarını yapmış veya mali pozisyonunu almış olabilir. Yatırımlarını, ticari işlemlerini bu plan ve pozisyonlara göre gerçekleştirebilir. Geçersiz ibrazın, muhatap banka tarafından işleme konmayacağına ve dolayısıyla ödemenin gerçekleştirilmeyeceğine güvenen düzenleyen, çek hesabında bulundurduğu karşılığının, muhatap banka tarafından ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde ve düzenleyen talimatı olmadan ödenmesi sebebiyle, belki de diğer çeklerinin kanuni süresinde ibrazında yeterli nakdin hesapta kalmaması neticesinde, karşılıksızdır işlemine ve devamında hukuki takip ve idari tedbirlere maruz kalabilir. Düzenleyen, tüm bu ihtimallerde, kusurluluğu yönünde şüphe bulunmayan

tap bankaya yüklediği sorumluluk hakkında bkz. Tekil, s.16 vd.

⁶⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1102; Öztan, *Ders Kitabı*, s.260; Tekil, s.16 vd.

⁶⁷ Bankaların basiret ve özen gösterme yükümlülüğü hakkında bkz. Ömer Teoman, 'Çek Yasasının Yaratabileceği Sakıncalar', Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt II, 1982-2001, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.525. Bankanın itibar (güven) kurumu niteliğine aykırı davranışlar dolayısıyla tabi olduğu sözleşmeye aykırılık sorumluluğu hakkında bkz. Çeker, *Mevduat*, s.274, 275.

⁶⁸ Reisoğlu, Konferans, s.8. Yazar bankanın yüklenmek zorunda kalacağı hukuki sorumluluğun, çekin düzenlenme tarihinden önce çek bedelini ödememesi gerekirken ödemesi veya hesabın rehnine veya hazineye rağmen ödemesi ile aynı olduğunu ifade etmektedir.

muhatap bankanın yasağa ve talimatın bulunmamasına rağmen gerçekleştirdiği ödeme sebebiyle maddi ve/veya manevi zarara uğrayabilir ve bu zararın tazmini için TBK m.49 vd. yer alan hükümlere istinaden muhatap bankaya dava açabilir. Düzenleyen, zararının tazmini için taleplerini muhatap banka ile aralarındaki çek sözleşmesine de dayandırabilir. Zira muhatap banka çek sözleşmesi ile düzenleyene karşı dikkat ve özen yükümlülüğü altına girmiştir⁶⁹ ve bu yükümlülük gereği, ibraz üzerine ödeme taleplerini değerlendirirken çeki ibraz eden kişinin ödemeyi talep etmeye yetkili olup olmadığını incelemesi gerekmektedir⁷⁰. ÇK gm.3 f.5 gereği, geçersiz ibrazda bulunan hamilin ödemeyi talep etmeye yetkili olmadığı açıktır. Dolayısıyla muhatap bankanın buna rağmen düzenleyenin de talimatı olmaksızın ödemeyi gerçekleştirmesi, çek sözleşmesinde açıkça gösterilmese dahi, TTK m.18 f.2 ve ÇK gm.3 f.5 gereği tabi olduğu dikkat, özen ve basiret gösterme yükümlülüğünün ihlali anlamını taşımaktadır. Düzenleyenin, taleplerini hangi hukuki müesseseye dayandırırsa dayandırсын, ödemenin fiilen gerçekleştiği tarihten çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihine göre ödemenin gerçekleşebileceği kanuni ibraz süresinin ilk gününe kadar işletilecek kapital faizini de muhatap bankadan talep edebilmesi gerekir. Zira muhatap banka, ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde yaptığı ödeme sebebiyle, düzenleyenin, hesabındaki belirli bir miktar paradan yoksun kalmasına yol açmıştır.

Çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazı ile ortaya çıkabilecek bir başka ihtimal, muhatap bankanın, yeterli karşılığın nakit veya kredi ya da virman vb. şekilde bulunmamasına rağmen ve düzenleyenin talimatı da olmaksızın, ödemeyi gerçekleştirmesidir. Bu ihtimalde de ödeme yapma yetkisinden yoksun muhatap banka, gerçekleşen ödemenin hukuki sorumluluğunu üstlenmelidir⁷¹. Muhatap bankanın, müşterisi düzenleyenin ticari itibarını düşünerek bu ödemeyi gerçekleştirmiş olması, hukuki sorumluluk noktasında

⁶⁹ Bankanın müşterisine karşı sözleşmeye ve haksız fiile dayanan hukuki sorumluluğu hakkında bkz. Çeker, *Mevduat*, s.272 vd.; Kendigelen, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.236; Tekil, s.16 vd.; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1102; Öztan, *Ders Kitabı*, s.260, 261; Bilgili / Demirkapı, s.856 vd.

⁷⁰ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.357.

⁷¹ Düzenleyen ile ilişkisinden dolayı, ortaya çıkan risklerin banka tarafından karşılanması gerektiği hakkında bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1101.

herhangi bir fark meydana getirmemektedir. Zira ödeme, ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde, geçersiz bir ibrazla rağmen gerçekleştirilmektedir. Çekin, karşılıksızlığına rağmen muhatap banka tarafından düzenleyenin talimatı olmaksızın ödenmesi, hamile ifşa edildiği takdirde, düzenleyenin ticari çevresi tarafından kolayca öğrenilmesine yol açacaktır. Bu durum, düzenleyenin mali pozisyonu ve ödemeleri hakkında üçüncü kişiler nezdinde yanlış bir izlenimin ortaya çıkmasına ve dolayısıyla maddi ve/veya manevi zarara yol açabilir⁷². Bu koşullar dâhilinde muhatap banka, düzenleyenin, zararının tazmini için haklı talepleri ile karşı karşıya kalabilir⁷³. Gerçekleştirilen ödeme dolayısıyla meydana gelen zarara muhatap bankanın, çek sözleşmesi ile üstlendiği dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesi de neden olmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla düzenleyen, taleplerini sözleşmeye aykırılık sebebiyle de muhatap bankaya yöneltebilir⁷⁵.

Muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e aykırı bir şekilde geçersiz ibrazı işleme koyması ve düzenleyenin talimatı olmaksızın hamile ödemeyi gerçekleştirmesi, ortaya çıkan zararın tazmininin yanında ödemenin akıbeti ile ilgili olarak da hukuki sonuçlar doğurmaktadır⁷⁶. Muhatap tarafından gerçekleştirilen ödemenin geçerli bir ödeme olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği işaret ettiğimiz hukuki sonuçların değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak üzerinde durmamız gereken bir sorundur. Yargıtay bir kararında, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının geçersizliğini öngören ÇK geçici maddesi gereğince, hamilin çeki düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının mümkün olmadığına, bu sebeple üzerinde yazılı düzenlenme tarihin-

⁷² Düzenleyen aleyhine ortaya çıkabilecek zarara ilişkin bir diğer ihtimal, muhatap bankanın ibraz yasağına rağmen ödemeyi gerçekleştirmesi suretiyle düzenleyene kredi kullandırması ve dolayısıyla bu kredi sebebiyle faiz, masraf vb. kalemlerin düzenleyene yükletilmesi hâlinde karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Y.11.HD, 27.02.2006 T., 2005/2120 E., 2006/1879 K. (http://www.kararevi.com/karars/777200_yargitay-e-2005-2120-k-2006-1879#.UrLQb-yeMCks) (erişim tarihi 15.09.2013).

⁷³ Bankanın haksız fiil sorumluluğu hakkında bkz. Çeker, *Mevduat*, s.275 vd.

⁷⁴ Tekil, s.16 vd.

⁷⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1102.

⁷⁶ Mevduat sahibinin imzasını taşımayan bir çekin banka tarafından ödenmesinde olduğu gibi, kanunda ödemesi sınırlandırılmış ya da yasaklanmış çeklerin bedelleri, muhatap banka tarafından ödendiği takdirde, bu ödemenin de geçersizliği üzerinde durulmaktadır. Bkz. Çeker, *Mevduat*, s.254-259.

den önce ibraz edilen bir çek hakkında yürütülen takibin iptalinin gerektiğine hükmetmiştir⁷⁷. Geçici madde ile öngörülen ibrazın geçersizliğine, Yargıtay tarafından lafzî yoruma sadık kalınarak bir anlam yüklendiği görülmektedir. Bu noktada yüksek mahkemenin, yürütülen bir icra takibinin iptalinin gerektiğine vurgu yaptığı ve bunun gerekçesini ise çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilmesi şeklinde açıkladığı gözden kaçırılmamalıdır. Kanaatimizce, ileri tarihli çekler hakkında hukuki takibin yapılamamasının gerekçesi ibrazın geçersizliğini öngören ÇK gm.3 f.5 değil, ÇK m.3 f.8'dir. Bu çelişki, yüksek mahkemenin, ÇK gm.3 f.5 ile öngörülen ibrazın geçersizliğine verdiği anlam hakkında ciddi soru işaretlerinin meydana gelmesine yol açmaktadır.

İbrazın geçersizliğinin taşıdığı anlam ve bunun neticesinde ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleştirilen ödemenin hukuki akıbeti hakkında ileri sürülebilecek bir görüş olarak, ÇK gm.3 f.5'te, çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının geçersiz olduğunun düzenlendiği, ÇK m.1 f.2 gereği ÇK hükümlerinin TTK karşısında daha özel bir nitelikte olduğu, dolayısıyla muhatap bankanın geçersiz ibraza rağmen gerçekleştireceği ödemenin de geçersiz bir ödeme olarak kabul edilmesi gerektiği, geçersiz bir ödeme dolayısıyla çek borcunun sona ermediği, ödemenin geçersizliğinin hukuka uygun bir havale ilişkisi dolayısıyla borçların ifası olarak da nitelendirilemeyeceği⁷⁸, gerçekleştirilen ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m.77 vd.) çerçevesinde hamilden tahsilinin mümkün olduğu, zira geçersiz ibraza dayanan

⁷⁷ Y.12.HD, 05.12.2011 T., 2011/8343 E., 2011/26386 K. (www.hukukturk.com) (erişim tarihi 18.11.2013).

⁷⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1101, 1102. Yazar, bankanın şeklen geçersiz bir çeki ödemesi, çek bedelini sahtekârlık sonucu lehtar görünen kimsenin hesabına alacak kaydetmesi, çekin yetkisiz temsilci tarafından düzenlenmesi, düzenleyenin medeni hakları kullanma ehliyetinin bulunmaması veya ödemeden önce mameleki üzerinde iflasın açılması gibi hâllerde geçerli bir havalenin söz konusu olamayacağını, dolayısıyla bu gibi durumlarda ödemenin aynı anda ortaya çıkan etkisinin görülemeyeceğini, bir başka deyişle çekin ödenmesinin sonuçlarının düzenleyene yüklenemeyeceğini, bu gibi hâllerde muhatap bankanın hamile karşı doğrudan doğruya TBK'daki sebepsiz zenginleşme hükümlerinden istifade ederek dava açabileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, lehdarın ortada geçerli bir havalenin bulunmadığını bildiği durumlarda, bankanın kendisine karşı da doğrudan doğruya sebepsiz zenginleşme davasını ikame edebileceğini ifade etmektedir.

ödeme dolayısıyla hamilin sebepten yoksun şekilde zenginleştiği⁷⁹ ileri sürülebilir⁸⁰. Muhatap banka tarafından düzenleyen talimatı olmaksızın ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde gerçekleştirilen ödemenin yetkisiz temsil (TBK m.46 vd.) veya vekâletsiz işgörme (TBK m.526 vd.) hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiği de savunulabilir. Bunlara ilaveten, ÇK gm.3 f.5'in muhatap bankaya eksik borç yüklediği, dolayısıyla ibraz üzerine ödemeye yetkili olduğu, ödeme hâlinde ise kendisine herhangi bir şekilde talebin ileri sürülemeyeceği ifade edilebilir. Ancak unutulmaması gerekir ki, bu noktada kabulümüz, ÇK gm.3 f.5 ile düzenlenen ibraz yasağının muhatap bankaya da teşmili sebebiyle muhatap banka açısından talimat olmaksızın ödeme yapabilme yetkisinin bulunmadığı yönündedir. Bu sebeple muhatap banka açısından eksik borcun varlığını tartışmaya lüzum yoktur.

Sorun hakkındaki kanaatimiz, çekin ÇK gm.3 f.5'e rağmen ibrazının geçersizliğinin TBK m.27 anlamında kesin hükümsüzlüğe yol açacak bir aykırılık olarak nitelendirilmediği⁸¹, muhatap bankanın isteyerek ya da ihmal ile karşılığı bulunmayan bir çekin bedelini hamile ödemesinde olduğu gibi⁸², ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleştirilen ödemenin de geçerli bir ödeme olarak kabul edilmesi gerektiği, zira geçici nitelikteki hüküm ile çekin hukuki niteliğine ve

⁷⁹ Buna ilaveten, şartlarının ispatlanması hâlinde düzenleyen hesap sahibinin hamile haksız fiil hükümlerine istinaden yönelebilmesi de teorik açıdan mümkündür. Bkz. Çeker, *Mevduat*, s.275.

⁸⁰ Kendigelen, hangi saikle hareket edilirse edilsin karşılık bulunmamasına rağmen hamile yapılan ödemenin hukuken geçerli olduğunu ve geçerli bir ödemenin tüm sonuçlarını doğurduğunu, ancak bu önermenin geçerliliği için muhatap bankanın karşılıksızlık dışında çeki ödemeye engel teşkil edecek bir nedeninin bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.245; Kendigelen, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.273. Ayrıca bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.1101. Yazar, muhatap bankanın, düzenleyen hesabında tasarrufa elverişli bir karşılık olmamasına rağmen ödemede bulunduğu takdirde, hamilden ödemenin iadesini talep edemeyeceğini, gerçekleşen ödemenin düzenleyen ile aralarındaki sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi olarak kabul edileceğini ifade etmektedir.

⁸¹ Çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının geçersiz sayılmayacağı, zira geçersizliğin hukuki işlemlere özgü bir müeyyide olduğu, ibrazın ise maddi bir fiil özelliği gösterdiği, bu sebeplerle ibrazın geçersizliğinden, çekin düzenlenme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının hukuki ve cezai işlemler için sonuç doğurmayacağına kastedildiği hakkında bkz. Metin Topçuoğlu, *'Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları'*, GÜHFD, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 2010/2, Ankara, s.159, dn.44.

⁸² Çeker, *Ticaret Hukuku*, s.604.

ödenebilmesinin tabi olduğu hukuki rejime aykırı ve köklü bir değişikliğin gerçekleştirilmediği, dolayısıyla çekin ödeme aracı niteliğinin ve vadenin bulunmaması şeklinde kuralın geçerliklerini halen koruduğu⁸³, düzenleyenin talimatı ile onay vermesinin, aksi takdirde ibraz yasağının ihlali neticesinde ÇK gm.3 f.5'e aykırı şekilde gerçekleştirilen ödemenin, hukuki işlemin geçerliği ya da geçersizliğinin tespiti için değil, ödemedeki dolaylı ortaya çıkacak hukuki sorumluluğun dağılımı için anlam taşıdığı, ÇK gm.3 f.5'in gerekçesinde çekin ödenmemesinin ortaya çıkaracağı sorunların giderilmesinin amaçlandığı ve dolayısıyla ödemenin geçersizliğine yol açacak ölçüde bir iradenin ortaya konmadığı, konamayacağı, zira çekin ödenmesinin geçerliğinin ve ödenmesine engel teşkil edecek ihtimallerin esas itibarıyla TTK'da düzenlendiği, bu sebeple ÇK gm.3 f.5'teki hükmün çekin ödenmesine ancak yasak işlem vasfı kazandırabildiği ve bu yasağın ihlalinin de ödemeyi geçersiz kılmadığı, sadece muhatap bankanın hukuki sorumluluğu üstlenmesine ve düzenleyenin haklı taleplerine maruz kalmasına yol açtığı yönündedir. Bir an için ödemenin geçersizliği kabul edildiğinde ise, yapılan bu ödemenin iadesinin talebi, muhatap banka tarafından hamile ikame edilecek bir sebepsiz zenginleşme davası ile mümkün olabilecektir. Bu ihtimal çökele meydana gelen hukuki ilişkinin karakterine ve taraf menfaatleri arasındaki dengelere aykırıdır. Çek hukukunun tabi olduğu ilkeler ve ticaret hayatının öncelikleri de dikkate alındığında aynı kanaate ulaşılabilir. Zira aksinin kabulü, muhatap banka açısından bir yandan ödemenin geçersizliği sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak dava açmak ve yapmış olduğu ödemenin iadesini talep etmek, bir yandan da çekin kanuni ibraz süresi içerisinde kendisine yeniden ibraz edilmesini beklemek ve ibraz halinde bu sefer geçerli bir ödeme yapmış sayılmak gibi birbirleriyle çelişen sonuçlara yol açacaktır. Kanaatimizce bu kabul, ticaret hukukunun sürat, güven ve işlem kolaylığı gibi ilkeleri ile de uyum arz etmemektedir ve özel hukuka hakim çelişkili davranış yasağının⁸⁴ tipik bir ihlali olarak da nitelendirilebilir.

Ödemenin hukuken geçerliği ile ilgili önceki paragrafta yapmış olduğumuz

⁸³ Yeşilova / Yeşilova, s.29.

⁸⁴ Bkz. Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007.

açıklamalara ilaveten, yeterli karşılığın sağlanamamasına ve düzenleyenin talimatının bulunmamasına rağmen, muhatap bankanın karşılığı hamile ödediği ihtimallere özgü olarak, muhatap bankanın yaptığı bu ödemeyi (her ne kadar ödeme talebinin hukuki dayanağı tartışmalı da olsa) düzenleyenden talep edebileceğini, ancak menfaatler dengesi açısından bu talebin en erken çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihi geçtikten sonra geçerlik kazanabileceğini ifade etmek isteriz. Buna paralel olarak muhatap bankanın, yaptığı ödeme sebebiyle fiili ödeme tarihinden itibaren işleyecek şekilde faiz (TTK m.20) talep edemeyeceği, faizin de en erken çekin bedelinin talep edilebileceği andan itibaren işletilebileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Ekonomik açıdan ödeme aracı olarak kabul edilen çek, TTK m.795 gereği ibrazında ödenecektir ve bu kural, karşılığın bulunması şartıyla ileri tarihli çekler için de geçerlidir. “Çekte vade olmaz” ilkesinin bir yansıması olarak da kabul edebileceğimiz bu düzenleme dolayısıyla çekin ibrazında ödenecek olması, hamil açısından bir hak ve muhatap banka açısından ise mecburiyet arz etmektedir. Nitekim çekte buna aykırı şekilde yer verilen şartlar yazılmamış sayılacaktır. ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1’e göre ise çek, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibraz edildiğinde, karşılığının bulunmamasına dayanılarak, ne hukuki takibe ne de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı gibi idari tedbirlere konu olabilir. ÇK’da önemli değişikliklere yol açan 6273 sayılı Kanunun 6. maddesi ile ÇK’ya geçici 3. madde eklenmiş ve bu maddenin 5. fıkrasında, ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazının 31.12.2017’ye kadar geçersiz olacağı öngörülmüştür. Kısa bir aranın dışında 28.02.2009’dan günümüze kadar geçerli olan ve geçiciliği hususunda ciddi kuşkulara yol açan bu hüküm, çekin hamil tarafından kanuni süresi henüz başlamadan ibrazına yasak işlem statüsü kazandırmaktadır. Bu yasağa rağmen, çekin hamil tarafından ibraz edilmesi ve bu ibrazın muhatap banka tarafından işleme konması ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimallerin gerçekleşmesi muhatap banka, hamil ve lehdar arasındaki ilişkiler açısından özellikle sorumluluğun paylaşımı ve ödemenin akıbeti ile ilgili olarak önemli hukuki sonuçlar meydana getirecektir.

ÇK gm.3 f.5'te öngörülen ibrazın geçersizliğine ilişkin hüküm, muhatap bankaya da teşmil edilebilecek bir yasak getirmektedir. Dolayısıyla hamilin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çeki ibraz etmesinin yanında, muhatap bankanın ÇK gm.3 f.5'e rağmen ibraz edilen çeki işleme koyması da yasak kapsamında yer almaktadır. Muhatap banka, ibraz edilen çeki karşılıksızdır işlemini gerçekleştirmişse, sadece ÇK gm.3 f.5'e değil, ÇK m.3 f.8 ve m.5 f.1'e de aykırılık teşkil eden bu işlemi dolayısıyla düzenleyenin uğrayacağı maddi ve/veya manevi zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Kanaatimizce kanun koyucunun amacı, TTK m.795 f.2'nin askıya alınması suretiyle, ileri tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ibrazıyla birlikte, ibraz neticesinde karşımıza çıkabilecek tüm ihtimallerin önüne geçmektir. Bu sebeple muhatap bankanın istese dahi çeki hamile ödeyememesi gerekir. Çekin düzenleyenin iradesi bu noktada belirleyici olacaktır. İbraza rağmen ödemenin yapılabilmesi için düzenleyenin bu yönde bir talimatının olması şarttır. Talimatın bulunması hâlinde gerçekleşen ödeme dolayısıyla düzenleyen, artık muhatap bankaya tazminat vb. herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Düzenleyenin talimatı olmaksızın muhatap banka tarafından gerçekleştirilen ödemelerde ise ortaya çıkan zarardan muhatap banka düzenleyene karşı sorumlu olacaktır. Bu sorumluluğun kaynağı, birbirleriyle yarışan şekilde, TBK m.49 vd. yer alan haksız fiil hükümlerine ve muhatap banka ve düzenleyen arasındaki çek sözleşmesi gereği özen ve dikkat gösterme yükümlülüğüne aykırılık olabilir. Düzenleyenin ÇK gm.3 f.5'e rağmen gerçekleşen ibrazın gereğini yerine getirmesi ve dolayısıyla hamile ödemedede bulunması halinde ise ödemenin geçersizliğinden bahsedilmeyecektir. Zira ÇK gm.3 f.5'te öngörülen ibrazın geçersizliği, TBK m.27 anlamında kesin hükümsüzlüğe yol açacak bir aykırılığa değil, gerçekleşen ödemeden dolayı ortaya çıkacak hukuki sorumluluğun tespitine yönelik bir yasak getirmektedir.



KAYNAKÇA

Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, XII Levha, 2. Baskı. (İlk Tespitler)

Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2007, Arıkan, 4. Baskı. (Çek Hukuku)

Abuzer Kendigelen, (Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya), Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2013, XII Levha, 7. Baskı. (Kıymetli Evrak Hukuku)

Abuzer Kendigelen, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Çeke İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, BATİDER, Y.2009, C.XXV S.3, s.27-66. (Tasarının Çeke İlişkin Hükümleri)

Abuzer Kendigelen, “Çek Hukukunda Yapılmak İstenen Sessiz Sedasız Değişiklikler”, Makalelerim, C.II: 2001-2006, İstanbul, 2006, Arıkan, s.263-275. (Bu makale Hukuki Perspektifler Dergisinin Mayıs 2006, Sayı 6’da 74 ila 79. sayfalarında yayınlanmıştır).

Başak Şit, “Bankanın Çek Ödemeleri Dolayısıyla Kredi Sınırlarının Aşılması”, BATİDER, 2010, C.XXVI, S.4, s.157-165.

Celal Göle, Çek Hukuku, Ankara, 1989, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Clifford Gomez, Banking And Finance, Theory, Law And Practice, New Delhi, 2011, PHI Limited.

David Martin, Facilities And Property Management, London, 2006, Thorogood Publishing Ltd.

E.P. Ellinger / Eva Lomnicka / Christopher Hare, Modern Banking Law, London, 2011, Oxford University Press, 5th Edition.

Ecehan Aras Yeşilova / Bilgehan Yeşilova, “Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme 5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri”, TBB Dergisi, Y.2009, S.82, s.1-61.

Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa, 2012, Dora, 2. Baskı.

Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2012, Turhan Kitapevi, 17. Bası. (Ders Kitabı)

Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997, Turhan Kitapevi, 2. Bası. (Kıymetli Evrak Hukuku)

Hanife Dirikkan, “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, Cilt 4, Sayı 1, s.1-37.

Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, 2012, Adalet Yayınevi, 2. Baskı. (Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları)

Hasan Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2010, Adalet Yayınevi. (Yeni Çek Hukuku)

Hüseyin Çöl, “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C.53, S.1, s.195-220.

İsmail Kırca, “5941 Sayılı Çek Kanunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Konferansı, Ankara, 2010, s.5-34.

Keith Pond, Retail Banking, London, 2007, GPP Limited.

Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2013, Beta, 11. Baskı.

Mehmet Helvacı, “Çek Kanunu Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, BATİDER, 2009, C.XXV, S.4, s.229-251.

Mehmet Özdamar, “Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.VI, S.1-2, s.1-37.

Metin Topçuoğlu, “Yeni Çek Kanunu’na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları”, GÜHFD, C.XIV, S.2, 2010, s.141-167.

Muharrem Gençtürk, “Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri

Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.1-2, (2011), s.119-159.

Mustafa Çeker, Ticaret Hukuku, Adana, 2013, Karahan Kitapevi, 6. Baskı. (Ticaret Hukuku)

Mustafa Çeker, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana, 2004, Karahan Kitapevi. (Mevduat)

Mustafa Yasan, “6273 Sayılı “Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un İncelenmesi”, BATİDER, Haziran, 2012, C.XXVIII, S.2, s.95-137.

Müge Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997, Beta.

Neil Kibble / Andrew Campbell, “Dishonoured Cheques: A Comparative Analysis”, Journal of International Banking Law, 2001, V. 16 (3), s.77-83.

Ömer Teoman, “Çek Yasasının Yaratabileceği Sakıncalar”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt II, 1982-2001, İstanbul, 2001, Beta, s.525-528.

Reha Poroy / Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2013, Vedat Kitapçılık, 21. Bası.

Seza Reisoğlu, “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”,

http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf. (Erişim: 12.09.2013) (Konferans)

Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, Ankara, 2011. (Çek Hukuku)

Şafak Narbay, “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.5, S.43, Ankara, 2010, s.65-97.

Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul, 2007, Vedat Yayınevi.

Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari Senetler, Ankara, 1957, Güzel İstanbul Matbaası.

VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA EHLİYET

Capacity In Procedural Tax Law

Yrd. Doç. Dr. Oytun CANYAŞ

ÖZET

Çalışmada “vergi yargılaması hukukunda ehliyet”, objektif ve sübjektif dava ehliyeti olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır. Objektif dava ehliyeti başlığı altında vergi yargılaması hukukunda taraf ve dava ehliyetleri incelenmiştir. Bu kısımdaki analiz salt gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve diğer hukuki topluluklarla sınırlı tutulmamıştır. Bu başlık altında vergi yargılaması hukukunda idarenin taraf ve dava ehliyeti de detaylı bir biçimde irdelenmiştir. Sübjektif dava ehliyeti başlığı altında ise, vergi yargılaması hukukunda aktif ve pasif husumet kurumları incelemeye konu edilmiştir. Bu çerçevede, yükümlü ve sorumluların aktif husumetlerinin yanı sıra fiili yükümlüler ile üçüncü kişi ödevlilerin husumeti de ele alınmıştır. Bunlara ek olarak sübjektif dava ehliyeti kapsamında konunun düzenleyici işlem boyutu da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi yargılaması hukuku, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, aktif husumet, pasif husumet

ABSTRACT

In this study, “capacity in procedural tax law” has been approached under two titles as the objective and subjective capacity to file a suit. Under the title for objective capacity to file a suit, capacity to be a party and capacity to file a suit in procedural tax law have been analysed. The analysis under this part has not been limited with only real persons, legal persons in private law and other legal bodies but administration’s capacity to be a party and capacity to file a suit in procedural tax law have also been scrutinized in detail. Under the title for subjective capacity to file a suit, the notions of active and passive hostility in procedural tax law have been dealt with. In this framework, in addition to active hostility of taxpayers and tax responsables, hostility of the end users and third party incumbents has also been discussed. Within the concept of

* TOBB Ekonomi Ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
ocanyas@etu.edu.tr

subjective capacity to file a suit, the regulatory transaction part of the subject has also been assessed in addition to these subjects.

Key Words: Procedural tax law, capacity to be a party in a suit, capacity to file a suit, active hostility, passive hostility.

◆◆◆◆

GİRİŞ

“Ehliyet”, hak arama hürriyetinin özüne etki etmesi nedeniyle yargılama hukukunun en önemli kavramlarından biridir. Medeni usul hukuku, idari yargılama usulü hukuku, vergi yargılaması hukuku ve ceza muhakemesi hukuku gibi muhakeme dallarında “ehliyet” kurumuna rastlamak mümkündür. Kavramsal çerçevenin oluşturulması bakımından bu hukuk dallarından konumuzu ilgilendireni medeni usul hukukudur. Zira ileride de görüleceği üzere, idari yargılama usulü ve vergi yargılaması hukukunda “ehliyet” kurumu büyük ölçüde anılan hukuk dalından hareketle kavramlaştırılmıştır.

Medeni usul hukukunda “ehliyet”, hukuk sùjelerinin haklara sahip olabilmesini ve hakları kullanmasını ifade eder¹. Bu tanım, anılan hukuk dalında, ehliyet kurumuna ilişkin iki temel soruyu gündeme getirmektedir. Bu sorulardan ilki, kimlerin davalarda taraf olabileceğidir. Bu durum “taraf ehliyeti” kavramıyla açıklanmaktadır². Bu konuda gündeme gelebilecek ikinci soru ise, o davayı kimlerin takip edebileceğidir. Bu durum da, “dava ehliyeti” olarak ifade edilmektedir³. Medeni usul hukukunda “ehliyet” kurumu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka kavram ise “husumet”tir. “Husumet”, bir davada taraf olarak gösterilen kişilerin gerçekten o dava ile ilgili olup olmamaları olarak tanımlanabilir⁴. Özel hukukta “husumet”, dava konusu sùbjektif hak ile davalı ve davacı arasındaki bağlantıdan hareketle, “pasif husumet” ve “aktif

¹ ÇELİKKOL, Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet”, Adalet Dergisi, Y:76, S:1-3, 1985, s.750

² KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara, 2011, s.217; PEKCANİTEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2007, s.197.

³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.217; PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s.199.

⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.217; PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s.203

husumet” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵. “Pasif husumet”, davalı ile subjektif hak arasındaki bağlantıyı; “aktif husumet” ise davacı ile subjektif hak arasındaki bağlantıyı ifade eder⁶.

İdari yargılama usulü hukukunda da “taraf” ve “dava ehliyeti”nden söz etmek mümkündür⁷. Ancak bu alanda “ehliyet”, temellerini medeni usul hukukundan almıştır. Bu nedenle anılan hukuk dalında “ehliyet” kurumu, yukarıda açıklanan kavramlardan hareketle irdelenmelidir. Aynı şekilde özünde bir medeni usul kavramı olan “husumet” de idari yargılama usulü hukukuna nüfuz etmiştir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere “husumet” kavramı idari yargılama usulü hukukundan bir noktada farklılaşmaktadır. İdari yargılama usulü hukukunda “husumet” -en azından iptal davaları bakımından- dava konusu subjektif hak ile davacı/davalı arasındaki bağlantıyı değil; idari işlem veya eylem ile davacı/davalı arasındaki bağlantıyı ifade eder. İYUK’da hem aktif hem pasif husumet düzenlenmiştir. İYUK m.14/f’de “husumet” kavramı ile pasif husumet kastedilmişken, İYUK m.2’deki “menfaat ihlali” ve “kişisel hak ihlali” kavramlarıyla aktif husumet kastedilmiştir.

Yukarıda ele alınan kavramlar idare hukuku öğretisinde “objektif dava yeteneği-subjektif dava yeteneği” ayrımı çerçevesinde incelenmektedir⁸. Bu çerçevede, taraf ve dava açma ehliyeti, tarafların açtıkları davayı takip için taşınmaları gereken objektif koşullara ilişkin olduğundan “objektif dava yeteneği”; aktif ve pasif husumet ise dava ile taraflar arasındaki subjektif koşullara ilişkin olduğundan “subjektif dava yeteneği” başlığı altında ortaya konmaktadır.

Vergi yargılaması hukuku⁹, kavramlarını büyük ölçüde idari yargılama

⁵ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011., s.231.

⁶ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011., s.231.

⁷ Hatta İYUK m.31/1, İYUK’da hüküm bulunmayan hususlarda HMK’nın “ehliyet” hükümlerine atıfta bulunmak suretiyle söz konusu kavramları idari yargılama usulü hukukuna dahil etmiştir.

⁸ ÇELİKKOL, 1985, s.752; CANDAN, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2012, Ankara, s.776-777; ERHÜRMAN, Tufan, “İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu.(www.Danistay.gov.tr/4IDARI%20YARGIDA%20OZEL%20EHLIYET%20YETENEK%20KOSULU.htm,(Erişim Tarihi: 17.5.2013). Aynı doğrultuda AKKAYA, Mustafa, “Vergi Sorumlularının Vergi Yargısı Ve İdaresi Karşısındaki Konumu”, 1997, AÜHFD, Cilt:46, S:1-4, 1997, s.190, dn:18.

⁹ Bu çalışmada vergi yargılaması hukuku kavramıyla, bir vergi yasasının uygulanmasından

usulü hukukundan almıştır¹⁰. Bu nedenle söz konusu sınıflandırma vergi yargılaması hukukunda da birebir geçerlidir. Bu doğrultuda çalışma iki ana başlık altında ele alınmıştır. “Vergi yargılaması hukukunda objektif dava yeteneği” olarak belirlenen birinci başlık altında, anılan hukuk dalında taraf ve dava ehliyetleri incelenmiştir. “Vergi yargılaması hukukunda sübjektif dava ehliyeti” başlığı altında ise, aktif husumet ve pasif husumet konusu irdelenmiştir¹¹.

I. VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA OBJEKTİF DAVA YETENEĞİ

İdari yargılama usulü hukukunda, taraf ve dava ehliyetleri, İYUK’da düzenlenmemiştir¹². Bunun yerine İYUK m.31/1’de, taraf ve dava ehliyetleri bakımından HMK hükümlerine atıfta bulunulmuştur¹³. Anılan hükme göre, “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, ...adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*

doğan uyumsuzlukların yargısal yollarla çözümüne ilişkin kurallar kastedilmektedir. Söz konusu kurallar idari yargılama usulü hukukundan farklılaştığı ölçüde ayrı bir vergi yargılaması hukukundan bahsetmek mümkündür. Vergi hukukundaki idari işlemlerden doğan uyumsuzlukların çözümünde de idari yargılama usulü hukukundan farklı kurallar öngörülebilmektedir. Ehliyete ilişkin kurallar da farklı kurallara tabi konulardan biridir.

¹⁰ Vergi yargılaması hukuku hakkında bkz. KUMRULU, Ahmet, Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri, Çoğaltma, Ankara, 1989; s.23 vd.; KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul, 1995, s.17. Vergi yargılaması hukukunun idari yargılama usulü hukukundan ayrıştığı noktalar hakkında Bkz. BAYAR, İbrahim Nihat, “Vergi Yargılaması Hukukuna Hakim Olan İlkelerin Ayırıcı Özellikleri”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl:, Sayı:21, Eylül 2006.

¹¹ Öte yandan çalışmada konunun hak arama özgürlüğü ile olan ilişkisi kapsam dışında bırakılmıştır. Bu nedenle konu, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku boyutuyla irdelenmemiştir. Bu tercihin nedeni ehliyet kurumunun bu boyutuyla ayrı bir çalışma konusu olabilecek derinlikte olmasıdır.

¹² İYUK’da “ehliyet” kavramına yer verilmiş; ancak anılan kavram tanımlanmamıştır. İYUK’da “ehliyet” kavramının geçtiği hükümler için bkz. İYUK m.14/1-c; İYUK m.15/1-d; İYUK m.31/1

¹³ Bkz. HMK m.50-51.

hükümleri uygulanır...”¹⁴. HMK’ya yapılan atıf, İYUK m.31/2¹⁵ hükmü uyarınca vergi yargılaması hukukunda da geçerlidir. Bu nedenle, vergi yargılaması hukukunda taraf ve dava ehliyetleri irdelenmeden önce anılan hukuk dalında HMK hükümlerinin hangi çerçevede uygulanabileceği saptanmalıdır.

A. Ön Sorun: Vergi Yargılaması Hukukunda HMK Hükümlerinin Uygulanma Koşullarının Saptanması

Vergi yargılaması hukukunda (ve idari yargılama usulü hukukunda¹⁶) HMK hükümlerinin uygulanabilmesine ilişkin iki husus tartışmaya konu edilebilir. Bu konulardan birincisi vergi yargılaması hukukunda hangi HMK hükümlerinin uygulanabileceğidir. Daha girift olan ikinci sorun ise, HMK hükümlerinin vergi yargılaması hukukunda doğrudan uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir. Bu kapsamda özellikle HMK hükümlerinin bu hukuk dalının özelliklerine uyduğu ölçüde uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu yapılmaktadır.

Her iki tartışma da İYUK m.31/1’in yorumuyla ilintilidir. İYUK m.31/1, HMK hükümlerinin idari yargılama usulü hukukunda uygulanmasını sağlayan bir atıf normu¹⁷ niteliğindedir. Anılan hükmün bu niteliği Anayasanın 142. maddesiyle münhasıran yasa koyucuya bırakılan düzenleme alanından kaynaklanmaktadır. Belirtilen hükme göre “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*”. Dolayısıyla medeni usul hükümlerinin İYUK m.31 türünde bir atıf normu bulunmaksızın idari yargılama usulü hukukunda kıyasen uygulanması söz konusu olamamaktır.

¹⁴ Benzer bir hükme 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 56.maddesinde rastlamak mümkündür. AYİMK m.56 “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde; İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hakimine davaya bakmaktan memnuiyetini gerektiren haller, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, bağlılığı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım ve duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri uygulanır”.

¹⁵ İYUK m.31/2: “2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

¹⁶ Bu bölümde yapılan açıklamalar idari yargılama usulü hukuku bakımından da geçerlidir.

¹⁷ Atıf normu için bkz. İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulanması, 2. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 127 vd.

İdari yargılama usulü hukukunda HMK'nın hangi hükümlerinin uygulanacağı hususunda gerek yargı kararlarında¹⁸ gerek öğretide¹⁹ herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır²⁰. Buna göre, idari yargılama usulü hukukunda ancak İYUK m.31/1 uyarınca HMK'ya açıkça atıfta bulunulan hükümler uygulanabilecektir. Bu sonuç İYUK m.31/2 gereği, vergi yargılaması hukuku bakımından da geçerlidir.

Vergi yargılaması hukukunda, atıfta bulunulan HMK hükümlerinin medeni usul hukukundaki haliyle mi; vergi yargılaması hukukunun özelliklerine uyduğu ölçüde mi uygulanacağı hususunda ise idari yargılama usulü hukukundaki tartışmalara atıf yapmak gerekir. Zira konunun vergi yargılaması hukuku bakımından ayrıksı bir yönü bulunmamaktadır. Bir görüş, HMK'ya atıfta bulunulan hususların İYUK'da herhangi bir düzenleme bulunmaması durumunda, idari yargılama usulü hukukunun ilkelerine uyduğu ölçüde uygulanacağını belirtmektedir²¹. Söz gelimi medeni usul hukukunda taraflarca hazırlama ilkesi geçerliken; idari yargılama usulü hukukunda re'sen tahkik ilkesi (İYUK m.20) öngörülmüştür. Bu durumda HMK kurumları uygulanırken idari yar-

¹⁸ Bkz. Dan. 13.Daire T. 8/4/2008, E:2005/10077, K:2008/3631: "...Davacı, her ne kadar süresinden sonra verdiği ikinci dilekçesinde, Rekabet Kurumu'nun yanlış bildirim nedeniyle 23.11.2005 tarihinde gönderilen bildirim yazısında belirtilen kararın verilen ilk karar olduğu sanılarak bu kararın iptalinin istendiğini belirterek dava dilekçesinin sonuç kısmının "davalı Kurum'un 21.07.2005 tarih ve 05-48/692-M sayılı kararının iptaline" olarak ıslahını istemişse de; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda dava açma sürelerinin kesin olarak belirlenmesi, bu süreler geçtikten sonra davanın genişletilmesinin mümkün olmaması, aynı Kanun'un Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunduğu 31. maddesinde "ıslah" konusunun yer alması karşısında davacının istemi yerinde görülmemiştir".
AYMK. R.G.T.:23/12/2008, E:2004/106, K:2008/121, T:12/6/2008.

"...İtiraza konu kuralla yargılama sürecinde uygulanacak bazı usul kurumlarına ilişkin olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapılmıştır. İdari Yargılamanın özellikleri gözetilerek sınırlı bir şekilde sayılan bu konular 2577 sayılı Yasada hüküm bulunmayan hususlarda uygulanacaktır. Başvuruya neden olan konu ise, hukuk usulüne yapılan yollamalar arasında ıslah kurumuna yer verilmemesidir...".

¹⁹ ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, Vergi Hukuku, 15. Bası, Ocak 2008, s.193;CANDAN, 2012, s.762; KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.s.489-490.

²⁰ Bu konuda ayrıca bkz. GÜNDAY, Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı", 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.Danistay.gov.tr/7HMK%20HUKUMLERININ%20IDARI%20YARGIDA%20UYGULANMA%20ALANI.htm(Erişim Tarihi:15.3.2013)

²¹ CANDAN, 2012, s.763.

gının bu özelliği ön planda tutulmalıdır²². Bu konuda başka bir örnek İYUK m.31/1 uyarınca HMK'ya atıf yapılan "feragat" kurumudur. Feragat kurumu idari yargılama usulü hukukuna uyduğu ölçüde uygulanabilir²³. Gerçekten de feragat kurumu iptal davalarının objektif niteliğiyle örtüşmemektedir. Anılan kurum daha çok tam yargı davalarında uygulanmalıdır.

Bu konuda diğer bir görüş ise, HMK'ya atıf yapılan kurumların doğrudan uygulanmasının, İYUK m.2'deki idari sözleşmelerden doğan davalar dışında, idari yargılama usulü hukukunun ilke ve kurallarına uygun olmadığı yönündedir²⁴. Bununla birlikte anılan görüş, HMK'ya yapılan atfın salt idari sözleşmelerden kaynaklanan davalarla sınırlı olduğu sonucuna da ulaşamayacağı düşüncesindedir²⁵. Zira bu görüşe göre, İYUK m.31/1'deki ifade, HMK hükümlerinin idari yargılama usulünün özelliklerine göre kullanılması imkanı vermemektedir²⁶.

Kanaatimizce bu görüşlerden ilki doğrudur. Bu bağlamda HMK'ya atıf yapılan kurumlar idari yargılama usulü hukukunun ilke ve kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Sonuçta, atıf yapılan HMK kurumları özel hukuk uyumsuzluklarını çözmek üzere ihdas edilmiştir. Bu nedenle, çoğu zaman bu hükümlerin tam yargı davaları ve tam yargı davası niteliği taşıdığı ölçüde idari sözleşmelerden doğan davalarda²⁷ kullanılması herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. İptal davaları bakımından ise aynı sonuca varmak mümkün değildir.

²² CANDAN, 2012, s.763.

²³ Bu konuda bkz. Dan.10.Daire T: 5.7.2012, E:2011/7268, K:2012/3343. Ayrıca bkz. Dan.5. Daire T:23/12/2011, E:2011/5286, K:2011/8012, karşı oy yazısı. Bu konuda ayrıca bkz. GÜNDAY, Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı", 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.Danistay.gov.tr/7HMK%20HUKUMLERININ%20IDARI%20YARGIDA%20UYGULANMA%20ALANI.htm (Erişim Tarihi: 15.3.2013)

²⁴ Yazara göre bu uyumsuzluklar taraf iradelerinden oluşan bir sözleşmeye dayandığından bunlar hakkında HMK hükümlerinin doğrudan uygulanmasının sakıncası bulunmamaktadır (ÇIRAKMAN, Erol, "Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 10-11-12 Haziran 1982, s.103.).

²⁵ ÇIRAKMAN, 1982, s.103-104.

²⁶ ÇIRAKMAN, 1982, s.103, s.111.

²⁷ İdari sözleşmelerden doğan davaların niteliği hakkında bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt:2, Ekin Yayınevi, 2003, s.176 vd.

Zira iptal davaları objektif hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı davalar-
dır²⁸. Bu özellikleri nedeniyle atıf yapılan HMK hükümlerinin büyük kısmı ip-
tal davalarında doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Diğer yandan İYUK
m.31/1 hükmünde özel bir ibareye yer verilmemesinden hareketle atıf yapılan
hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiği sonucunu çıkarmak da olanaklı
gözükmemektedir. En azından hükmün amaçsal yorumundan çıkarılabilecek
anlam, lafzi yorumla ulaşılan bu tür daraltıcı sonuçlara engeldir.

B. Vergi Yargılaması Hukukunda Taraf Ehliyeti

Daha önce de belirtildiği üzere, bir davaya kimlerin taraf olabileceği “taraf
ehliyeti” kavramıyla ifade edilmektedir. İYUK m.31/1, HMK’nın taraf ehli-
yetine ilişkin hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, idari yargılama
usulü hukukunda taraf ehliyeti HMK hükümlerine göre saptanmaktadır. HMK
hükümlerine göre, taraf ehliyeti, Medeni Kanun²⁹ hükümlerine göre belirlenir
(HMK m.50)³⁰. Buna göre, medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan
her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olabilme yeteneği vardır³¹.

İYUK m. 31/2’deki düzenleme uyarınca, vergi yargılaması hukukunda da
“taraf ehliyeti” kural olarak, HMK’da yer alan düzenlemelere göre saptanır.
Ancak tüzel kişilerin taraf ehliyeti açısından VUK’da özel düzenlemeler yer
almaktadır. Bu nedenle konu, gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti açısından
ikiye ayrılarak incelenmiştir.

1. Vergi Yargılaması Hukukunda Gerçek Kişilerin Taraf Ehliyeti

Vergi yargılaması hukukunda gerçek kişilerin taraf ehliyetinin belirlenmesi
idari yargılama hukukundan farklılık göstermez. Anılan hukuk dalında da, ger-
çek kişilerin taraf ehliyeti HMK m.50 hükmü uyarınca saptanmaktadır. Buna

²⁸ KUMRULU, 1989, s.116.

²⁹ Bkz. Medeni Kanun m.8

³⁰ *Taraf ehliyeti*

*MADDE 50- (1) “Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliye-
tine de sahiptir”.*

³¹ A. ZEVKLİLER, M.B. Acabay, K.E. Gökyayla, Medeni Hukuk, 5.Bası, Savaş Yayınları,
Ankara, 1997, s.222. Medeni hukukta, kişilerin bu yeteneğe sahip olabilmeleri için herhangi
bir işlem yapmaları ya da eylemde bulunmaları gerekmediği için hak ehliyetine “pasif ehli-
yet” de denilmektedir(Kuru, Arslan, Yılmaz, 1997, s.217).

göre, sağ doğmak koşuluyla, cenin, ana rahmine düştüğü andan itibaren taraf ehliyetine sahiptir³². Özel hukukta gerçek kişilerin taraf ehliyetleri ölüm ile son bulur. Dolayısıyla dava açma tarihinden önce ölmüş olan kimse adına dava açılmaz³³. Vergi yargılaması hukukunda da, gerçek kişilerin, bir davaya taraf olup olamayacaklarının başlangıcı ve sona ermesi aynı koşullara bağlıdır.

İdari yargılama usulü hukukunda, dava açıldıktan sonra ölümün vukuu özel olarak düzenlenmiştir³⁴. İYUK m. 26/1'e göre, dava sırasında, ölüm veya herhangi bir sebeple, tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurusuna kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde ise, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar, mahkemece dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilecek ve dört ay içerisinde yenileme dilekçesi verilmemesi durumunda, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, açılan dava yalnız öleni ilgilendiriyorsa, bu davalara ait dilekçeler verilmemiş sayılacaktır.

Yukarıdaki hüküm açısından tespiti gereken ilk durum, İYUK m.26/1'de yer alan ayrımla ne kastedildiğidir. Hükümün ilk ibaresi³⁵ açısından herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır. Belirtilen ibare ile kastedilen, davacı konumunda yer alan tarafın kişilik veya niteliğindeki değişiklik³⁶. İYUK m.26/1 bakımından açıklanması gereken kısım, gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, dava dosyasının, idarece mirasçılar aleyhine takibin yenilenmesine kadar işlemde kaldırılacağını öngören ikinci ibaredir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu ibare ile açıklık getirilmek istenen durum, idarenin kanun yollarına başvurduğu durumlarda, davacının ölmesi dolayısıyla taraf ehliyetinin son bulması halidir³⁷. Bu nedenle burada belirtilen "takibi yenileme" ibaresi ile

³² PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s.197; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.217.

³³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.218

³⁴ Esasen bu düzenleme medeni usul hukukundaki uygulamalardan farklı değildir. Bkz. İbid, s.220

³⁵ "Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurusuna kadar;..."

³⁶ CANDAN, 2012, s.662

³⁷ İbid, s.663

kastedilen kanun yolu başvurusuna ilişkindir.

İYUK m.26 hükmü vergi yargılaması hukukunda da birebir geçerlidir. Bu çerçevede tartışılması gereken ilk nokta, vergi hukukunda yalnız öleni ilgilendiren bir dava açma olasılığı bulunup bulunmadığıdır. Zira İYUK m.26/2 yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçelerin iptal edileceğini belirtmiştir. Anılan hükümde, “yalnız öleni ilgilendiren davalar” ibaresi ile kastedilen, terekeye intikal etmeyen ölenin şahsı ile ilgili davalardır³⁸. Esasen bu hüküm, iptal davalarının objektif niteliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü iptal davalarında asıl olan idari işlemlerin hukuka uygunluklarının denetimidir. Ancak bu durum vergi davaları bakımından pratikte herhangi bir önem arz etmemektedir. Zira, vergi yargılaması hukukunda “yalnız öleni ilgilendiren bir dava” bulunmamaktadır³⁹. Bu bağlamda, VUK m.12, yükümlünün ölümü halinde ödevlerinin mirası reddetmemiş kanuni ve mahsup mirasçılara geçeceğini hükme bağlamıştır. Aynı doğrultuda 6183 sayılı AATUHK m.7 uyarınca da, borçlunun ölümü halinde, anılan kanun hükümleri mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da uygulanmaya devam olunur⁴⁰. Dolayısıyla, vergi hukukunda kural olarak, dava devam ederken veya davacı tarafından kanun yollarına başvurulmuşsa bu aşamada, davacının ölümü vaki olursa, açılmış olan dava taraf ehliyetinin son bulunduğu gerekçesi ile reddedilmez. Bu durumda İYUK m.26/1 uyarınca, dosya, mirası reddetmemiş mirasçıların başvurusuna kadar işlemde kaldırıılır⁴¹. Bununla birlikte, VUK m.372 ve cezaların kişiselliği ilkesi uyarınca, ölüm halinde vergi cezaları düşeceğinden, vergi cezalarının mirasçıların malvarlığını etkilemesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile İYUK m.26/1, vergi cezaları için uygulama bulmayacaktır⁴².

Vergi yargılaması hukukunda gerçek kişilerin taraf ehliyeti açısından tartışılması gereken bir diğer nokta, İYUK m.26 hükmünün yürütmenin durdurulması kararına etkisidir. İYUK 26/1’in son cümlesinde, ölüm üzerine taki-

³⁸ CANDAN, 2012, s.665; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.220

³⁹ KARAKOÇ, 1995, s.147; CANDAN, 2012, s.663

⁴⁰ KARAKOÇ, 1995, s.147; CANDAN, 2012, s.664-665

⁴¹ “...Vergi ihtilaflarında, davacının ölümü halinde dava dilekçesinin iptali değil, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verileceği hakkında.”(Dan. 9.D. E:1988/28; K:1988/278)

⁴² CANDAN, 2012, s.666

bin dört ay içerisinde yenilenmemesi durumunda, verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararının hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Yürütmenin durdurulması kararının şartlarından birinin işlemin “açıkça hukuka aykırı” olması karşısında⁴³, anılan hükmün iptal davalarının objektif niteliği ile bağdaştığı söylenemez. Ancak, söz konusu hüküm, vergi yargılaması hukuku açısından, idari yargılama usulü hukukunda olduğu kadar olumsuz sonuçlar doğurmaya-caktır. Zira, vergi davalarında, ihtirazi kayıtla verilen beyannameler ile tahsil işlemlerinden doğanlar hariç⁴⁴, tarh edilen vergi, resim harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının yürütmesi İYUK m.27/1’deki şartlar aranmaksızın durmaktadır(İYUK m.27/3). Bu nedenle, çoğu durumda, İYUK m.26/1’in son cümlesi, vergi yargılaması hukukunda olumsuz bir etki yaratmayacaktır.

Konu ile bağlantılı olarak tartışılması gereken son nokta, İYUK m.26/1’de yer alan ikinci ibaredir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu hüküm, idarenin kanun yollarına başvurduğu durumlarda, davacının ölmesinin taraf ehliyeti-ne etkisini düzenlemektedir. Vergi yargılaması hukuku açısından özellik arz etmeyen bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda, İYUK m.26/1’deki düzenleme, idarenin mirası reddetmemiş mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar, dosyanın mahkemece işlemde kaldırılacağını öngörmektedir.

2. Vergi Yargılaması Hukukunda Tüzel Kişilerin Ve Diğer Toplulukların Taraf Ehliyeti

Vergi yargılaması hukukunda tüzel kişilerin taraf ehliyeti, -VUK m.377/2⁴⁵ hükmü dışında- idari yargılama usulü hukukunun tabi olduğu düzenlemelerden farklılık göstermez. İdari yargılama usulü hukukundaki gibi vergi yargılaması hukukunda da, HMK’nın taraf ehliyetine ilişkin kuralları geçerlidir. Bu durum İYUK m.31/1-2 hükmünden kaynaklanmaktadır.

İdari davalarda davacı, kural olarak özel hukuk tüzel kişileri olmak duru-

⁴³ Bkz. İYUK m.27/1.

⁴⁴ İYUK m.27/3 uyarınca, vergi davalarında, İYUK m.27/1’deki şartların aranacağı bir diğer ayrıksı durum, İYUK m.26/3’deki düzenlemedir.

⁴⁵ VUK m.377/2: “*Vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilir*”.

mundadır. Vergi hukuku bakımından ise tüzel kişiliği bulunmayan bazı hukuk özneleri de vergi yükümlüsü olabilmektedir. Bu nedenle konu, bu açıdan da ayrıca değerlendirilmelidir. Diğer yandan vergi yargılaması hukukunda kamu tüzel kişileri bakımından da özellikli durumlar vardır. Bir kere vergi hukukunda kamu tüzel kişilerinin de vergi ödevlisi olabilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan kamu tüzel kişilerinin taraf ehliyeti incelenebilir. Daha da önemlisi vergi yargılamasında vergi idaresinin “davalı” konumu nedeniyle karşılaşılan sorunlar bulunmaktadır. Bu durum İYUK m.31/1’in HMK’ya yaptığı atfın doğrudan uygulanması sorunuyla ilgilidir⁴⁶. Vergi yargılaması hukukunda taraf ehliyetine ilişkin tartışmaların çeşitliliği karşısında konu, özel ve kamu tüzel kişileri açısından iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

a. Vergi Yargılaması Hukukunda Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Taraf Ehliyeti

Medeni usul hukukunda, HMK’nın⁴⁷ Türk Medeni Kanunu’na⁴⁸ yaptığı atıf nedeniyle, sadece tüzel kişilerin taraf ehliyeti bulunur⁴⁹. Bu nedenle medeni usul hukukunda adi ortaklık ve miras ortaklığı gibi tüzel kişiliği bulunmayan özel hukuk süljelerinin taraf ehliyetleri yoktur⁵⁰. Adi ortaklık ve miras ortaklığı⁵¹ tarafından açılacak davaların elbirliğiyle mülkiyet kuralları uyarınca bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekmektedir⁵². Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyetinin bulunmadığına; davanın bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerektiğine hükmetmiştir⁵³.

⁴⁶ Buna karşılık, ÇELİKKOL, HMK’ya ehliyet bakımından yapılan atıfların daha çok davacıya yapıldığını; zira kamu kuruluşlarının idari yargıda sadece davalı olabileceğini; bunların taraf ve dava ehliyetlerinin de kamu hukuku kurallarıyla belirlendiğini ifade etmektedir (ÇELİKKOL, 1985, s.750).

⁴⁷ Bkz. HMK m.50

⁴⁸ Bkz. MK m.8

⁴⁹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.220

⁵⁰ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, 223-224

⁵¹ Miras ortaklığına ilişkin istisnai haller için bkz. KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.224

⁵² KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.223-224

⁵³ Bkz. Yargıtay 11.HD. T:8.4.2004, E:2003/9009, K:2004/3729; Yargıtay 12.HD. T:17.6.2003, E:2003/11828, K:2003/14422

Görüldüğü üzere idari yargılama usulü hukukunda HMK'nın ehliyet hükümleri doğrudan uygulandığı takdirde, tüzel kişiliği bulunmayan özel hukuk sùjeleri, haklarında idari işlem tesis edilmiş olsa bile taraf ehliyetine sahip bulunmamaktadır. Bu tür bir uygulamanın hukuka uygunluğunu değerlendirmeden önce, idare hukukunda öğretinin ve yargının konuya yaklaşımını sergilemekte fayda vardır. Öğretide HMK hükümlerinin doğrudan uygulanmasını savunan yaklaşım, HMK'nın ehliyete ilişkin hükümlerini idari yargılama usulü hukukunda doğrudan uygulamaktadır⁵⁴. Bu yaklaşım kendi içerisinde tutarlıdır. Danıştay kararları da⁵⁵ çoğunlukla, özel hukuk tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar adına dava açılmayacağı yönündedir. Ne var ki, aksi kararlara da rastlamak mümkündür. Söz gelimi, Danıştay⁵⁶, banka şubelerinin tüzel kişiliği bulunmadığı halde, vergi davalarında taraf ehliyetinin bulunduğunu kabul etmektedir⁵⁷. Ancak bu tür kararlar istisnai olduğundan idari yargılama usulü

⁵⁴ ÇELİKKOL, 1985, s.752. Bu konuda ayrıca bkz. CANDAN, 2012, s.797.

⁵⁵ “..Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın, yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olmasına olanak bulunmadığından, adi ortaklık adına açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği hakkında.”(Dan. 7.D. E:2002/228;K:2005/194) Aynı yönde bkz. Dan. 7.D. E:2000/8454, K:003/4807

⁵⁶ Bkz. Dan. 7.D. E:2001/4114, K:2004/2639; Dan. 7.D.E:1987/3132, K:1987/3104; Dan. 9. Daire E:1991/2465, K:1992/944, Danıştay Dergisi S:86, s.499-500.

Danıştay'ın bu yöndeki kararları, İYUK m.31/1'in HMK'a yaptığı açık atf karşısında pozitif hukuka aykırı olmakla birlikte, vergi davalarının objektif niteliği ile örtüşmektedir. Ancak bu doğrultudaki kararların gerekçesine katılmak mümkün gözükmemektedir.

⁵⁷ “...Vergi Dairesince, davacı şube adına mükellefiyet tesis edildiği, buna dayanılarak düzenlenen ihbarnamelerle bu şubeye mükellefiyet yükletildiği anlaşılmaktadır. Yani vergi idaresince banka şubesi mükellef olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Her ne kadar şube adına daha sonra düzenlenecek ödeme emrine banka şubesi tarafından böyle bir borcu bulunmadığı ileri sürülerek itiraz edilebilirse de, aynı itiraz hakkının şubenin mükellefiyet altına alınması halinde de mevcut olduğunun kabulüne mani bir hal bulunmamaktadır. Aksine banka şubesinin kendisine yöneltilen mükellefiyeten kurtulmak, kendi hukukunu korumak hakkına sahip olduğunun yorum yoluyla da kabulü gerekir. Yukarıda da değinildiği üzere, açtığı davanın ehliyet yönünden reddi sonucu, yine aynı şube adına ödeme emri düzenlenmesi halinde vergi aslının kesinleşip kesinleşmediği, 6183 sayılı Kanunun 58.maddesine dayanarak böyle bir borcun olmadığı yolunda defide bulunup bulunmayacağı hususlarının tartışma konusu olacağı ve verginin kesinleştiği sonucuna varıldığı takdirde ise bunun adalet ve hakkaniyete uygun olup olmadığı düşünülmesi zorunluluğu ve sonucunu doğuracağı açık bulunmaktadır. Esasen, 213 sayılı Kanunun 10.maddesinde de tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya sorumlu tutulmaları halinde bunlara düşen ödevlerin bunları idare edenler tarafından yerine getirileceğine hükmolünmek suretiyle, konuya kısmen de olsa bir açıklık getirilmiştir. Bu maddenin yukarıda açıklanan hususların gözönünde tutulması suretiyle yorumlanması ve banka şubesi müdürüne bu madde hükmüyle dava hakkı tanıdığıının

hukukunda adi şirketlerin ve miras şirketinin taraf ehliyetinin olmadığı kabul edildiğini ifade etmek gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere yaklaşımımız, İYUK m.31/1'nin atf yaptığı HMK hükümlerinin idari yargılama usulü hukukunda doğrudan değil; idari yargılama usulü hukukunun ilke ve kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce, özel hukuk kişileri bakımından HMK'nın taraf ehliyetine ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanması iptal davalarının objektif niteliğiyle örtüşmemektedir. İptal davalarının esprisi idari işlemin hukuka uygunluğunu denetlemektir⁵⁸. Bu bağlamda idari işlem tesisi, işlemin muhatabının hak ehliyetine sahip olmasına tabi değildir. İdari işlemin tesisi bakımından önemli olan, hakkında işlem tesis edilen kimsenin idarenin uyguladığı yasa kapsamında olmasıdır. İdari yargılama usulü hukukunda, HMK'nın taraf ehliyeti hükümlerinin doğrudan uygulanabilmesi için idarenin hak ehliyetine sahip olmayan bir kimse hakkında işlem tesis edememesi gerekir. Hâlbuki idare yasal idare ilkesi gereği sadece kişinin uyguladığı yasa kapsamında bulunup bulunmamasını dikkate alır. Bu nedenle, tüzel kişiliği olmayan topluluklar hakkında bunların hak ehliyeti bulunmamasına rağmen idari işlem tesis edilmektedir. İdarenin uyguladığı yasa gereği hakkında işlem tesis ettiği bir süjeyi, tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle yargısal korunmanın dışında bırakmak, iptal davalarıyla amaçlanan hukuka uygunluk denetiminden sapma anlamına gelecektir.

Yukarıda ele alınan tartışma vergi yargılaması hukuku bakımından büyük öneme sahiptir. Zira vergi hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan özel hukuk kişileri vergi yükümlüsü olabilmektedir. Bu nedenle idari yargılama usulü hukukundaki sorunla vergi yargılaması hukukunda da karşılaşılmaktadır. Vergi idaresinin uyguladığı yasa uyarınca yükümlü veya sorumlu olabilen bir özel hukuk topluluğu, tüzel kişiliği bulunmasa dahi taraf ehliyetine sahiptir. Bu konudaki tek kıstas yasanın kapsamında olmaktır ki, bu durum vergilendirme işlemleri bakımından işlemin konu unsurunun hukukiliğine tekabül eder.

Kabulü gerekmektedir...”(Dan. 7.D.E:1987/3132, K:1987/3104). Esasen bu işlemlerde hukuka aykırılık tarh işleminin konu unsurundadır.

⁵⁸ KUMRULU, 1989, s.116-117.

Bu çerçevede vergi hukukunda Kurumlar Vergisi yükümlüsü olan iş ortaklıklarının, menkul kıymetler yatırım fonlarının ve cemaatlerin tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen vergi davalarında taraf olabilme yetenekleri vardır⁵⁹. Adi ortaklıklar ise, tüzel kişilikleri bulunmadığı için değil; vergi yükümlüsü olmadıkları için taraf ehliyetine sahip değildir. Ancak adi ortaklık hakkında işlem tesis edilmişse vergi yükümlülüğü hak ehliyetine bağlanmadığından adi ortaklık bakımından dava konusu edilebilmelidir. Adi ortaklık hakkında tesis edilen işlemin konu unsurundaki sakatlık başka türlü ileri sürülemez. Ne var ki, Danıştay'ın vergi yargılaması hukukunda taraf ehliyetine yaklaşımı idari yargılama usulü hukukundakinden farklı değildir. Söz gelimi, Danıştay pek çok kararında iş ortaklıklarının tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyetlerinin bulunmadığına hükmetmiştir⁶⁰. Bu konuda özellikle Danıştay 7.Daire kararlarının⁶¹ istikrar kazandığı söylenebilir.

Vergi yargılaması hukukunda HMK hükümlerinin etkisi özel hukuk tüzel kişiliğinin son bulması bakımından da tartışılmalıdır. HMK'ya göre, taraf ehliyeti tüzel kişiliğe bağlandığından, özel hukuk tüzel kişiliğinin son bulması ile taraf ehliyeti ortadan kalkar. Bu nedenle, medeni usul hukukunda tüzel kişilik son bulduktan sonra, artık eski tüzel kişi adına dava açılmaz⁶². Yukarıdaki saptamalar İYUK m.31/1-2 gereği vergi yargılaması hukuku bakımından da geçerlidir. Ne var ki, vergi yargılaması hukukunda HMK hükümlerinin doğrudan uygulanması, taraf ehliyetinin tespitinde olduğu gibi kaybedilmesi hususunda da birtakım sakıncalar doğurmaktadır. Vergi yargılaması hukuku açısından konu, tasfiye edilen şirketlerin, tasfiye döneminden önceki borçları açısından tartışılmaktadır. Bu noktada tartışmaların odağını, tasfiye edilmiş olması nedeniyle hukuk dünyasından silinmiş, tüzel kişiliği bulunmayan şirketlerin, tasfiye döneminden önceki döneme ilişkin tarhiyatlara karşı açılacak davalarda taraf olup olmayacakları oluşturmaktadır. Uygulamada, Danıştay 7. ve 4. Daireleri iki farklı yönde içtihat geliştirmişlerdir. Danıştay 7. Dairesi, istikrar kazanan

⁵⁹ Aksi görüş için bkz. CANDAN, 2012, s.797

⁶⁰ Dan. 7.Daire T:22/3/2007, E:2004/1888, K:2007/1455.

⁶¹ Dan. 7.Daire t:19.11.2001, E:2000/5830, K:2002/3620; Dan. 7.Daire T:20.1.2003, E:2000/7033, K:2003/48

⁶² KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.221

kararlarında⁶³, tasfiyesi tamamlanıp ticaret sicilinden silinmekle hukuk âlemindeki varlığı sona eren (münfesih) şirketlerin, taraf ehliyetine sahip bulunmadığına; bu nedenle açılan davanın ehliyetsizlik nedeniyle reddi gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay 7. Dairesi, belirtilen kararlarda⁶⁴ şirketlerin ticaret sicilinden silinmesinden sonra, haklara sahip olmasının, borçlu kılınmasının ve temsilinin hukuken mümkün olmamasından hareketle, tasfiye olmuş şirketler adına tesis edilen tarhiyatın herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığını belirtmektedir. Ne var ki, bu kararda yapılan tarhiyatı (bu gerekçe ile) iptal etmeyip, davayı taraf ehliyeti yönünden reddetmesi karşısında belirtilen gerekçenin etkisi tartışmaya açıktır.

Yukarıdaki içtihadın aksi yönünde kararlara rastlanabildiğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda Danıştay 4. Dairesi⁶⁵, ilk derece mahkemesinin verdiği ehliyetsizlik kararını bozmuştur. Anılan kararda, şirketin ticaret sicilinden silinmesinden sonraki dönemde, haklara sahip olmasının veya borçlu kılınmasının mümkün bulunmadığı; bu nedenle belirtilen tarihten sonra münfesih şirket adına tarhiyat yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu noktadan hareketle de düzenlenen ödeme emirlerinin hukuka aykırı olduğu ifade edilerek, davanın ehliyetsiz yönünden reddi yönündeki karar bozulmuştur.

Daha önce belirttiğimiz üzere, özel hukuk topluluklarının taraf ehliyeti hususunda HMK hükümleri doğrudan uygulanamaz. Özel hukuk tüzel kişiliğinin son bulmasında da aynı tespit geçerlidir. Bu bağlamda tüzel kişilik son bulmuş olsa bile idare, tüzel kişilik adına işlem tesis etmişse konu unsuru sakat olan bu işlemin dava konusu yapılabilmesi gerekir. Zira iptal davaları objektif hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı davalardır. İptal davalarında davacının fonksiyonu idari yargı denetimini harekete geçirmektir. Konu unsuru sakat bir işlemi idari yargı denetimine tabi tutmanın başka bir yolu

⁶³ Dan. 7.D. E:2001/2031, K:2004/574; Dan. 7.D. E:2000/9558, K:2003/4325; Dan. 7.D. E:2000/7111, K:2003/23; Dan. 7.D. E:2000/5711, K:2002/3799; Dan.7.D. E:2001/4136, K:2004/801.

⁶⁴ Örneğin bkz. Dan.7.D. E:2001/4136, K:2004/801; Dan.7.Daire T:11/4/2002, E:2000/9134, K:2002/1508; Dan. 7. Daire T:6.6.2002, E:2000/6636, K:2002/2278. Tüzel kişiliği sona eren şirket adına tasfiye memuru tarafından dava açılmayacağı hakkında DAN. 7.Daire T:14/6/2005, E:2005/1018, K:2005/1227

⁶⁵ Dan. 4.D. E:2004/639; K:2005/578.

bulunmamaktadır. Aksi halde yargı kısıntısı yaratılmış olacaktır.

Vergi yargılaması hukukunda özel hukuk tüzel kişilerinin taraf ehliyeti açısından tartışılması gereken son nokta, İYUK m.26 hükmünün etkisidir. Zira açılan bir dava sırasında, özel hukuk tüzel kişisinin niteliğinin değişmesi mümkündür. Söz gelimi, tüzel kişilik tasfiyeye girebilir ya da başka bir tüzel kişiye devrolunabilir ya da başka bir tüzel kişiyle birleşebilir⁶⁶. Belirtilen olasılığın gerçekleşmesi durumunda, İYUK m.26/1 uyarınca, dava dosyası takip hakkı kendisine geçenin başvurusuna kadar işlemden kaldırılır. Söz gelimi, şirket açılan dava sırasında diğer bir şirket ile birleşmişse, birleşilen kurumun başvurusuna kadar dosya işlemde kaldırılacaktır⁶⁷.

b. Vergi Yargılaması Hukukunda İdarenin Taraf Ehliyeti

Yukarıda da belirtildiği üzere, İYUK m. 31/1'in yollama yaptığı HMK uyarınca sadece gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle, idari yargılama usulü hukukunda HMK hükümleri doğrudan uygulandığında sadece kamu tüzel kişileri davacı veya davalı olabilirler. Merkezi idare devlet tüzel kişiliğini temsil ettiğinden taraf ehliyeti vardır⁶⁸. İl özel idareleri, köyler ve belediyeler de kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları için taraf ehliyetleri bulunmaktadır⁶⁹. Buna karşılık mahallelerin kamu tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyetleri de yoktur. Nitekim Danıştay 8. Dairesi⁷⁰ bir kararında tüzel kişiliği bulunmayan mahalle muhtarlıkları adına mahalle muhtarlarının açtığı davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan üniversitelerin, kamu idarelerinin ve kamu iktisadi kuruluşlarının da (hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının) idari davalarda taraf ehliyeti bulunmaktadır⁷¹.

HMK hükümlerinin doğrudan uygulanması idarenin taraf ehliyeti bakımından da çeşitli sorunlara yol açmıştır. İdarenin taraf ehliyeti, öncelikle bakanlık-

⁶⁶ CANDAN, 2012, s.668 vd.

⁶⁷ İbid, s.669

⁶⁸ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.222

⁶⁹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.223

⁷⁰ Dan. 8.Daire 3.2.2009, E:2007/4208, K:2009/795, Danıştay Dergisi, Y:39, S:121, 2009, s.304.

⁷¹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.223

lar bakımından tartışılmıştır. Öğretide uzun süre bakanlıkların ayrı kamu tüzel kişilikleri olmadığı halde devlet tüzel kişiliğinin asli unsuru (veya organı⁷²) olmalarından hareketle idari yargılama usulü hukukunda davalı ve davacı olabilecekleri kabul edilmiştir⁷³. Görüldüğü üzere HMK hükümlerinin doğrudan uygulaması bakanlıkların taraf ehliyetinin varlığını tartışılır bir hale sokmuştur. Bununla birlikte bu sorun 659 sayılı KHK m.6/1 hükmü aracılığıyla ortadan kalkmıştır. Anılan hükme göre, idareler, kendi iş ve işlemleriyle ilgili olarak açılacak adli ve idari davalar ile tahkim yargılaması ve icra işlemlerinde taraf sıfatını haizdir. Anılan KHK m.2/1-ç uyarınca, “idare”, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen kamu idarelerini kapsamaktadır. Bakanlıklar, 5018 sayılı Kanunda I sayılı liste içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla 659 sayılı KHK m.6’nın yürürlüğe girdiği 26.9.2011 tarihten itibaren Bakanlıkların devlet tüzel kişiliğinin asli unsuru veya organı olması nedeniyle kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları görüşüne dayanmaya gerek bulunmamaktadır⁷⁴.

Kamu tüzel kişilerinin taraf ehliyeti bakımından da HMK hükümlerinin birbir uygulanması çeşitli sakıncalar doğurmuştur. Bu sakıncalar Danıştay’ın 8.3.1979 gün ve E.1971/1, K.1979/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile giderilmiştir. Söz konusu kararda Danıştay, “...İdari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu idaresi kuruluşlarının tüzel kişilikleri olmasa da, faaliyetlerinden doğan anlaşmazlıklar için kendilerine taraf ve dava ehliyeti tanınmalıdır...” gerekçesi ile idari yargılama usulü hukukunda da kamu tüzel kişiliği olmasa dahi bu kuruluşların davacı veya davalı olabileceklerini kabul etmiştir⁷⁵.

Daha önce de ifade edildiği üzere, atıf yapılan HMK hükümleri ancak idari

⁷² Bkz. KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.223

⁷³ ÇELİKKOL, 1985, s.761; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.222

⁷⁴ Bununla birlikte 5018 sayılı Kanun’da yer alan III ve IV sayılı listelerde kamu tüzel kişiliği bulunmayan idareler bakımından sorun devam edebilecektir.

⁷⁵ GÜNDAY, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.Danistay.gov.tr/7HMK%20HUKUKLERININ%20IDARI%20YARGIDA%20UYGULANMA%20ALANI.htm (Erişim Tarihi: 15.3.2013). Öğretide bir görüşe göre, söz konusu İBK olması gereken hukuka uygun ancak pozitif hukuka aykırıdır (ÇELİKKOL, 1985, s.761).

yargılama usulü hukukunun ilke ve kurallarına uygun olduğu ölçüde uygulanabilecektir. Bu doğrultuda tüzel kişiliği bulunmayan kamu kuruluşlarının davalarda taraf olamayacağını söylemek kanuni idare ilkesi ve iptal davalarının objektif niteliğiyle bağdaşmamaktadır⁷⁶. Zira idari mercilerin hangi konuda hangi faaliyetlerde bulunacakları yasal idare ilkesi (AY m.123) uyarınca yasalarda belirlenmiştir. İdarenin bu faaliyeti yürütmesi (yasayı uygulaması) idari işlem ve eylemler tesisi aracılığıyla olmaktadır. İdarenin idari işlem ve eylem tesisi hak ehliyetine değil; yasal idare ilkesi uyarınca o faaliyetin yapılması hususunda idarenin yasayla görevlendirilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle, idari davalarda idare bakımından taraf ehliyetinin aranması anlamsızdır. Sonuç olarak idarenin taraf ehliyeti bakımından da HMK hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün değildir⁷⁷. Diğer taraftan idarelerin taraf ehliyetini HMK hükümlerine bağlamak iptal davalarının objektif niteliğiyle de örtüşmemektedir. Zira iptal davalarında objektif hukuka uygunluk denetimi yapıldığından davalı tarafının belirlenmesi, idarenin işleminin hukuka uygunluğunu savunması bakımından zorunluluktur⁷⁸. Bu bağlamda idari davalarda önemli olan davalının tüzel kişiliğinin bulunup bulunmaması değil; husumetin işlemi tesis eden makama yöneltilmesidir⁷⁹.

Yukarıda çizilen çerçevede vergi yargılaması hukukunda idarenin taraf ehliyeti değerlendirildiğinde şu belirlemeler yapılabilir. Vergi yargılaması hukukunda da, idare kural olarak davalı konumundadır. Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, vergi dairesi başkanlıkları, vergi daireleri ve takdir komisyonları vergi yargılaması hususunda davalı konumunda olabilirler. Maliye Bakanlığı gerek öğretiyi ve yargı içtihadındaki eski yaklaşıma göre gerek 659 sayılı KHK m.6/1 uyarınca, vergi yargılaması hukukunda taraf ehliyetine sahiptir. Vergi yargılaması hukukunda Maliye Bakanlığı'nın davalı konumu özellikle hata düzeltme-şikayet yoluyla çıkarılan uyuşmazlıklar bakımından önem arz etmektedir. 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkındaki Kanun

⁷⁶ Benzer görüş için bkz. ÇIRAKMAN, 1982, s.104

⁷⁷ ÇIRAKMAN, 1982, s.104-105.

⁷⁸ ÇIRAKMAN, 1982, s.104-105.

⁷⁹ ÇIRAKMAN, 1982, s.105

m.33⁸⁰ hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten önce, davalının şikayet başvurusunu reddeden idari merciin Maliye Bakanlığı olacağı görüşü egemendi⁸¹. Ancak anılan maddede 04.04.2007 tarih ve 5615 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle yapılan değişiklikten sonra Maliye Bakanlığı'na yapılan atıflar Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapılmış sayılacağından; şikayet başvuruları artık Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapılmaktadır. Bu nedenle şikayet başvurusunun reddini konu edinen bir davada, davalı tarafın Gelir İdaresi Başkanlığı olması gerekir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taraf ehliyetine sahip olup olmadığı aşağıda değerlendirilecektir. Vergi yargılaması hukukunda Maliye Bakanlığı'nın taraf ehliyeti ülke çapında uygulanmayan düzenleyici işlemler⁸² bakımından da gündeme gelebilir. Bu tür düzenleyici işlemlere karşı açılacak davalarda taraf ehliyeti bakımından ayrıksı bir durum söz konusu olmamaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda davalı idarenin taraf ehliyeti bakımından tartışılması gereken bir diğer nokta Gelir İdaresi Başkanlığı'nın konumudur. Hemen belirtmek gerekir ki, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu durumda tartışılması gereken husus 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 33.maddesiyle Maliye Bakanlığı'na yapılmış atıfların Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapılmış sayılacağını düzenleyen hükmün taraf ehliyetine etkisidir. Salt bu hükümden hareketle kamu tüzel kişiliği bulunmayan Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taraf ehliyetine sahip olduğu söylenemez⁸³. Bununla birlikte, 659 sayılı KHK m.6/1

⁸⁰ **5345 sayılı Kanun Madde 33-** “Diğer mevzuatta Gelirler Genel Müdürlüğüne yapılmış olan atıflar ilgisine göre Gelir İdaresi Başkanlığına; Gelirler Genel Müdürlüğüne yapılmış atıflar Gelir İdaresi Başkanına; Başkanlığın görev alanına giren konularda Maliye Bakanlığına yapılmış olan atıflar Gelir İdaresi Başkanlığına mülki idare amirlerine, mahallin en büyük memuruna, ilin en büyük malmemuruna, defterdara ve defterdarlığa yapılmış atıflar ilgisine göre vergi dairesi başkanı ve başkanlığına, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü veya müdürlüğüne; gelir müdürlüğüne, takdir komisyonu başkanı veya başkanlığına, tahsil dairesine, mal müdürü ve müdürlüğüne yapılmış atıflar ilgisine göre vergi dairesi başkanı ve başkanlığına veya ilgili müdür veya müdürlüğüne; vergi kontrol memuruna yapılmış atıflar ise vergi denetmenine yapılmış sayılır”.

⁸¹ KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3434, Hukuk Fakültesi yayın No:698, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987, s. 242; KARAKOÇ, 1995, s.140; KARAKOÇ, 2004, s.495.

⁸² Bu ayırım için bkz. Danıştay Kanunu m.24/1-c

⁸³ Bu konudaki görüşümüz idari yargılama usulü hukukunda idarenin taraf ehliyetiyle ilgili kısımda açıklandığından burada tekrar edilmemiştir.

hükmü nedeniyle bu tartışma önemini kaybetmiştir. Zira Gelir İdaresi Başkanlığı, 5018 sayılı Kanun I sayılı Liste kapsamında yer aldığından, adı geçen hükümde taraf ehliyetini haiz idarelerdendir. Kanaatimizce 659 sayılı KHK m.6/1 hükmü yürürlüğe girmeden önceki dönemde de Gelir İdaresi Başkanlığı'nın vergi davalarında taraf ehliyeti bulunmaktadır. Ancak bu durum 5345 sayılı Kanun m.33 hükmünden değil; yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü yasal idare ilkesi ve iptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda HMK hükümleri doğrudan uygulandığında Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilatını oluşturan vergi dairesi başkanlıkları ve vergi dairesi müdürlüklerinin taraf ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varılabilecektir⁸⁴. 5345 sayılı Kanun ve 659 sayılı KHK'da da bu konuda aksi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu çerçevede 5345 sayılı Kanun m.24/2 hükmünün taraf ehliyetine değil, dava ehliyetine ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. Zira anılan hüküm uyarınca vergi dairesi başkanlıklarının “...*yetki alanı içindeki mükellefi tespit etmek, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil, terkin, tecil, iade, ödeme, muhasebe ve benzeri işlemleri yapmak...işlemlerinden dolayı idarî yargı mercileri nezdinde yaratılan ihtilaflarla ilgili olarak bu merciler nezdinde talep ve savunmalarda bulunmak, gerektiğinde temyiz ve tashihi karar talebinde bulunmak ...*” ile görevli kılınmaları, bir davayı davalı olarak takip edebilme; usul işlemleri yapabilmeye (dava ehliyetine) ilişkindir. Bu durumda vergi yargılaması hukukunda HMK hükümleri doğrudan uygulandığında sadece Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taraf ehliyeti olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte VUK m.377/son hükmünden hareketle dolaylı da olsa vergi dairesi müdürlüklerinin taraf ehliyetine pozitif hukukta dayanak bulmak mümkündür. Zira anılan hüküm⁸⁵ her ne kadar dava ehliyetine ilişkin bir düzenleme getirirse de “*vergi dairesi müdürlüklerinin taraf bulunduğu davalar*” ibaresiyle vergi dairesi müdürlüklerinin taraf ehliyetini kabul eder gözükmektedir. Kanaatimizce tarh veya tahsil işlemleri tesis etmiş

⁸⁴ Aksi görüş için bkz. KARAKOÇ, 2004, s.495

⁸⁵ VUK m.377/son: “(Ek: 4/12/1985 - 3239/34 md.; Değişik beşinci fıkra: 28/3/2007-5615/20 md.) Gelir İdaresi Başkanlığı, tespit edeceği hadlerle sınırlı olmak şartıyla, muvafakat verme yetkisini vergi dairesi müdürlüklerinin taraf bulunduğu davalar için vergi dairesi başkanlıklarına ve/veya defterdarlıklara devredebilir”.

bir vergi dairesinin taraf ehliyetinin varlığı için pozitif hukukta bu tür bir dayanak bulmaya gerek dahi yoktur. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, kanuni idare ilkesi ve iptal davalarının objektif niteliği gereği idari işlemi tesis eden merciin taraf ehliyeti vardır⁸⁶.

Öte yandan ayrıksı olmakla birlikte vergi yargılaması hukukunda idare ve kamu tüzel kişilerinin davacı konumunda olması mümkündür. Bu açıdan ilk olasılık, kamu tüzel kişiliklerinin vergi yükümlüsü veya vergi sorumlusu olmaları halidir. Bu durumda, kamu tüzel kişilerinin hukuki konumu özel hukuk tüzel kişilerinden farklı değildir. Dolayısıyla vergi yargılaması hukukunda taraf ehliyetleri açısından sorun bulunmamaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda kamu tüzel kişiliği bulunmayan idari mercilerin de davacı olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Zira, VUK m.377/2'ye⁸⁷ göre, vergi daireleri (vergi dairesi müdürlükleri), tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlar karşı vergi mahkemesinde dava açabilmektedir. Esasen bu hüküm, bir yanıyla vergi yargılaması hukukunda aşağıda ele alınan subjektif ehliyet koşuluna ilişkin özel bir düzenlemedir⁸⁸. Nitekim bir Danıştay kararında da⁸⁹ konu, "...Uyuşmazlık konusu takdir komisyonu kararının uygulanması halinde menfaati etkilenecek olanlar vergi yükümlüsü olan kişi ile hazinedir. Bu nedenedir ki, hazine menfaatinin korunması amacıyla vergi dairesine, kişisel menfaatin korunması amacıyla da yükümlülere dava açma hakkı tanınmıştır..." denilmek suretiyle subjektif ehliyet koşulu açısından değerlendirilmiştir. Ancak anılan hüküm subjektif ehliyetin yanı sıra, takdir komisyonu kararlarıyla sınırlı olmak üzere, ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan "vergi daireleri"nin taraf ehliyeti bulunduğunu öngörmektedir. Dolayısıyla VUK m.377/2, vergi yargılaması hukukunun idari yargılama usulü hukukundan ayrıştığı noktalardan biridir.

⁸⁶ Buna karşılık KARAKOÇ, vergi dairesi müdürlüğünün davalı idare olmasının husumet ile ilgili olduğunu belirtmektedir(KARAKOÇ, 1995, s.140).

⁸⁷ VUK m.377/2: "Vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlar karşı vergi mahkemesinde dava açabilir".

⁸⁸ CANDAN, 2012, s. 125

⁸⁹ Dan. 3.D. E:1997/2455, K:1999/426

C. Vergi Yargılaması Hukukunda Dava Ehliyeti

Medeni usul hukukunda dava ehliyeti, kişinin kendisi veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığıyla, bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme; usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir⁹⁰. Anılan kavram, medeni usul hukukunda HMK m.51⁹¹'in yaptığı atıf nedeniyle, fiil ehliyetine göre saptanmaktadır. Diğer bir ifade ile, fiil ehliyetine sahip bütün gerçek ve tüzel kişiler anılan yargılama hukuku dalında dava ehliyetine de sahiptir⁹².

İYUK m.31/1 gereğince, idari yargılama usulü hukukunda HMK'nın ehliyete ilişkin hükümleri doğrudan uygulanırsa, sadece fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişilerin dava ehliyetine sahip olduğu sonucuna varılacaktır. Bu durumda anılan hükümlerin doğrudan uygulanması idari yargılama usulü hukukunun ilke ve kurallarına aykırı sonuçlar doğrulabilecektir. Bu sonuçlar özellikle tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar bakımından ortaya çıkmaktadır.

“Davada tarafların temsili”ne ilişkin hükümlerin bu başlık altında ele alınıp alınmayacağı da tartışma konusu yapılmalıdır. Medeni usul hukukunda konu “dava ehliyeti”-“davada tarafların iradi temsili” (davaya vekâlet) şeklinde ayrı başlıklar altında incelenmektedir⁹³. Davanın tarafları veya kanuni temsilcisi dava ehliyetini iradi olarak devredebilir. İradi temsil çalışma konumuzun kapsamı dışındadır. Ancak davada tarafların temsiline tek yolu davaya vekâlet (iradi temsil) değildir. Bir kere dava ehliyeti olmayanlar davada kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilebilir⁹⁴. Bunun yanı sıra bazı durumlarda dava ehliyetinin kanuni temsilci tarafından değil, davanın tarafı adına başka bir muhakeme süjesi tarafından yerine getirilmesi yasa koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiştir⁹⁵. Bu tür düzenlemeler dava ehliyetinin kanundan doğan özel halleridir. Bu düzenlemelere idari yargılama usulü hukuku ve vergi yargılama-

⁹⁰ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.226

⁹¹ HMK m.51: “Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir”.

⁹² KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.226. Fiil ehliyeti için bkz. ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY, M.B., GÖKYAYLA, K.E., Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 5.Bası, Ankara, 1997. s.230 vd.

⁹³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.238

⁹⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s.238

⁹⁵ Bkz. 5345 sayılı Kanun m.18/2; 659 sayılı KHK m.4

sı hukuklarında rastlamak mümkündür. Kanundan doğan bu temsil halleri de bir davayı takip edebilme, usul işlemlerini yapabilmeye ilişkindir. Bu nedenle kanundan doğan temsil hükümleri de dava ehliyetinin başlığı altında ele alınmıştır.

Vergi yargılaması hukuku büyük oranda idari yargılama usulü hukukuyla aynı normlara dayandığından; anılan hukuk dalında dava ehliyeti yukarıda çizilen çerçevede tartışılabilir. Bu doğrultuda konu “vergi yargılaması hukukunda gerçek kişilerin dava ehliyeti”- “vergi yargılaması hukukunda tüzel kişiler ve diğer toplulukların dava ehliyeti” başlıkları olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınmıştır. Söz konusu başlıklar altında konu öncelikle idari yargılama ve dolayısıyla medeni usul hukuk dalları bakımından ortaya konulacak; daha sonra ise vergi yargılaması hukukundaki ayrıksı hükümler sergilenecektir.

1. Vergi Yargılaması Hukukunda Gerçek Kişilerin Dava Ehliyeti

Yukarıda da belirtildiği üzere, idari yargılama usulü hukukunda dava ehliyeti temellerini medeni usul hukukunun dava ehliyetine ilişkin normlarından almaktadır. Bu çerçevede medeni usul hukukunda gerçek kişilerin dava ehliyeti de bunların fiil ehliyetinden hareketle analiz edilmektedir. Dolayısıyla, mümeyyiz (sezgin) ve reşit olup, mahcur (kısıtlı) olmayan her gerçek kişi, idari yargılama usulü hukukunda tam dava ehliyetine sahiptir; bu kişiler dava açabilir ve açılan davayı takip edebilir⁹⁶.

Kural olarak mümeyyiz küçükler ve kısıtlılar dava ehliyetine sahip değildir. Bunlar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalar gibi çok sınırlı hallerde dava ehliyetine sahiptir⁹⁷. Bu nedenle öğretide ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar “sınırlı dava ehliyetine sahip olanlar” olarak adlandırılmaktadır⁹⁸. Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin (tam ehliyetsizler) ise dava

⁹⁶ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 224; ÇELİKKOL, 1985, s. 754; PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s. 201

⁹⁷ Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar kanuni temsilcilerin izni olmaksızın dava açabilme yeteneğine sahip olduğu haller için bkz. ZEVKLİLER, 1997 s. 295 vd.; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 228 vd.

⁹⁸ PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s. 199; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 227.

ehliyeti bulunmamaktadır⁹⁹. Yasa koyucu bunlar bakımından herhangi bir istisnaya yer vermemiştir.

Davalarda sınırlı dava ehliyetine sahip olanlar kural olarak; tam ehliyet-sizler ise her zaman kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler. Bu nedenle dava ehliyeti olmayan gerçek kişi adına davanın kanuni temsilci tarafından açılması gerekir. Gerçek kişilerde kanuni temsilciler, veli, vasi ve kayyım-dır¹⁰⁰. Kanuni temsilciler arasında özellikle vasinin durumuna dikkat çekmek gerekir. Vesayet altında bulunan kişi adına vasi tarafından dava açılabilmesi için salt vasi tayin kararı yeterli değildir; vasiye TMK m.462/8¹⁰¹ uyarınca sulh hukuk mahkemesi tarafından husumet izni verilmiş olmalıdır¹⁰². Medeni usul hukukunda dava ehliyeti olmayan kimsenin dava açması durumunda, dava doğrudan bu durumun tespiti üzerine reddedilmemektedir¹⁰³. Bunun yerine kanuni temsilciye davaya icazet verebilmesi için uygun bir süre verilmektedir¹⁰⁴. Kanuni temsilci davaya icazet verirse, dava reddedilmemekte; kanuni temsilci tarafından devam ettirilmektedir. Buna karşın kanuni temsilci davaya icazet vermezse dava esasa girilmeden reddedilmektedir¹⁰⁵.

Medeni usul hukukunun gerçek kişilerde dava ehliyetine ilişkin hükümlerinin idari yargılama usulü hukukunda doğrudan uygulaması, anılan hukuk dalının ilke ve kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu nedenle yukarıdaki açıklamalar idari yargılama usulü hukukunda gerçek kişilerin dava ehliyeti bakımından birebir geçerli olacaktır. Nitekim uygulama da bu yönde gelişmiştir. Söz gelimi, Danıştay 11. Dairesi bir kararında akıl hastası olan davacının dava ehliyetinin bulunmadığına hükmetmiştir¹⁰⁶. Aynı şekilde, Danıştay

⁹⁹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 228

¹⁰⁰ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 227-228.

¹⁰¹ TMK m.462: "Aşağıdaki hâllerde vesayet makamının izni gereklidir:...

8. Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması..."

¹⁰² PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2007, s.200; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 229. TMK m.426 uyarınca, kayyım tayin edilen kimse ise kayyım tayinini gerektiren konuda kayyım tarafından temsil edilmektedir.

¹⁰³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 230

¹⁰⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 227

¹⁰⁵ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011, s. 230

¹⁰⁶ DAN. 11.Dairesi 11.10.2011, E:2011/6807, K:2011/4902, Danıştay Dergisi, S:129,2012,

10.Dairesi‘de bir kararında¹⁰⁷, hükümlü bulunan ve kendisine vasi tayin edilmediği anlaşılan davacı tarafından açılan davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Görüldüğü üzere bu kararlarda dava ehliyetine sahip olmayan kimselerin kanuni temsilcisi bulunmamaktadır. Dava ehliyeti olmamakla birlikte kanuni temsilcisi bulunan gerçek kişilerin kendilerinin dava açması durumunda hakim olan yaklaşım da medeni usul hukuku kurallarına paraleldir¹⁰⁸. Zira bu durumda dava ehliyetsizlik nedeniyle reddedilmemekte; bunun yerine mahkeme, ehliyetsiz kişinin kanuni temsilcisine davaya icazet verebilmesi için süre vermektedir¹⁰⁹. Diğer taraftan yukarıda da belirtildiği üzere vesayet altına alınan kimseye salt vasi tayin edilmesi ve davanın vasi tarafından açılması dava ehliyetinin varlığı bakımından yeterli değildir. Davacının vesayet makamından husumet izni alması gerekmektedir. Aksi halde Danıştay’ın istikrar kazandığını söyleyebileceğimiz uygulaması -medeni usul hukuku kurallarına paralel olarak- davanın ehliyet yönünden reddi yönündedir¹¹⁰. Bizim görüşümüze göre de kanuni temsilcinin yokluğunda dava açılması halinde davanın İYUK m.14/3-c ve İYUK m.15/1-b uyarınca reddi gerekmektedir¹¹¹.

Yukarıda yapılan açıklamalar İYUK m.31/2 nedeniyle vergi yargılaması

s.398.

¹⁰⁷ DAN. 10.Dairesi, 13.3.1989, E:1988/3078, K:1989/547, Danıştay Dergisi, S:76-77, s.705. Aynı doğrultuda bkz. DAN.10.Daire, 8.11.2001, E:1999/3079, K:2001/3417.

¹⁰⁸ Bkz. HMK m.42

¹⁰⁹ “...Bu durumda, Mahkemece davacının hükümlü olduğunun tespiti üzerine, öncelikle davacıya vasi tayin edilmesinin gerekip gerekmediğinin, vasi tayini gereken bir durum var ise vasi tayin edilip edilmediğinin araştırılması, vasi tayin edilmiş ise vasi tarafından icazet verilebilmesi ve davanın takip edilebilmesi için durumun vasiye bildirilmesi, vasi tayin edilmiş ise, vasi atanması prosedürünün tamamlanmasına kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 42. maddesi uyarınca yargılamanın durdurularak sonucun bekletilmesi, vasi atandıktan sonra da davacının açmış olduğu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için ek süre verilmesi, icazet verilmesi halinde davaya kanuni temsilci tarafından devam edilmesi, icazet verilmemesi halinde davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtilen sürecin takip edilmesi, Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetinin kullanımının sağlanması bakımından bir zorunluluk olup, bunun vesayet müessesesinin amacına da uygun olacağı tartışmasıdır...”Dan.10.D. E:2003/2567, K:2005/1980. Aynı doğrultuda bkz. Dan. 4.D. E:2004/632, K:2005/469. Dikkat edilecek olursa bu kararda dava açıldığı anda davacının tarihte kanuni temsilcisi bulunmamaktadır.

¹¹⁰ Bkz. Dan. 10. Daire, 17/12/2004, E:2001/4889, K:2004/7804, Danıştay Dergisi, Y:35, S:109, s.296. Benzer bir karar için bkz. Dan. 5. Daire, 16/12/2010, E:2009/7620, K:2010/663, Danıştay Dergisi, Y:40, S:124, 2010, s.245.

¹¹¹ Aynı doğrultuda bkz. CANDAN, 2012, s.601-602.

hukukunda da geçerlidir. Ancak konu VUK m.9/1'deki vergi ödevlisi olmayı hak ehliyetine bağlayan hüküm bakımından tartışılabilir. Söz konusu hükme göre, vergi yükümlülerinin vergiyi doğuran olayla iradi veya gayri iradi ilişki içerisine girmesi, yükümlü olmak için yeterlidir; yükümlünün ayrıca fiil ehliyetinin bulunması gerekmez¹¹². Bu çerçevede VUK m.9/1 hükmünün gerçek kişilerde fiil ehliyetinin unsurlarından biri olan “dava ehliyeti” ile ilgisi bulunmamaktadır¹¹³. Fiil ehliyeti bulunmayan gerçek kişiler vergi ödevlisi olmuşlarsa, bunların ya sınırlı dava ehliyetleri vardır ya da dava ehliyetleri hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Fiil ehliyeti bulunmayan gerçek kişi vergi ödevlilerinin dava ehliyeti İYUK m.31/1-2 gereği HMK hükümlerine göre belirlenir. Bunların dava ehliyetinin bulunmaması halinde davayı takip vs. usul işlemleri kanuni temsilciler tarafından yerine getirilecektir. Sonuç olarak, vergi yargılaması hukukunda gerçek kişilerin dava ehliyetinin idari yargılama usulü hukuksundakinden ayrıksı bir özelliği bulunmamaktadır.

2. Vergi Yargılaması Hukukunda Tüzel Kişilerin ve Diğer Toplulukların Dava Ehliyeti

Vergi yargılaması hukukunda tüzel kişilerin ve diğer toplulukların dava ehliyeti özel hukuk ve kamu tüzel kişileri ve toplulukları bakımından farklılıklar içermektedir. Bu nedenle konunun özel hukuk ve” kamu tüzel kişileri ve toplulukları” (idare) bakımından iki ayrı başlık altında incelenmesinin daha yerinde olacağı düşünülmüştür.

¹¹² ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.74.

Bilindiği üzere fiil ehliyetinin kapsamına borçlandırıcı, kazandırıcı ve parasal niteliği olmayan işlemler yapabilme ile dava ehliyetine sahip olmak girmektedir. Gerçek kişi bu yeteneğe sahip değilse, söz konusu hukuki işlemler kanuni temsilcisi aracılığıyla (kural olarak izni veya icazeti ile) yapılacaktır(ZEVKLİLER, 1997, s.233-235). İşte VUK m. 9/1 hükmü, gerçek kişilerde vergi borcunun (borçlandırıcı işlemin) kanuni temsilcilerin izni veya icazeti ile doğması gibi yadırganabilecek bir durumun doğmasını engellemek için getirilmiştir. Vergi hukukunda önemli olan vergiyi doğuran olayla ilişkiye geçmektir(ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.74.).

¹¹³ Aksi görüş için bkz. AKKAYA, 1997, s.194

a. Vergi Yargılaması Hukukunda Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Ve Diğer Toplulukların Dava Ehliyeti

Medeni hukukta tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunduğundan bunlar dava ehliyetine de sahiptir¹¹⁴. Özel hukuk tüzel kişilerin dava ehliyeti bunların kanuna ve tüzüklerine göre gerekli organlara sahip olmaları ile başlamaktadır¹¹⁵. Özel hukuk tüzel kişileri davaları, kanuni temsilcileri konumunda olan organları (söz gelimi yönetim kurulu, müdürleri) aracılığıyla takip ederler¹¹⁶.

Yukarıda çizilen çerçeveye, İYUK m.31/1 uyarınca idari yargılama usulü hukukunda da geçerlidir. İdari yargılama usulü hukukunda da tüzel kişiler dava ehliyetine sahiptir. Uygulamada idari yargılama usulü hukuku bakımından tartışma, idari davaların tüzel kişiliği temsile yetkisi olmayan kişiler tarafından açılması durumunda, davanın ehliyetsizlik nedeniyle (İYUK m.14/3-c ve 15/1-b uyarınca) reddedilip reddedilemeyeceği hususunda çıkmaktadır. Hatırlanacağı üzere medeni usul hukukunda ve idari yargılama usulü hukukunda, dava ehliyeti olmayan gerçek kişinin dava açmışsa, dava hemen reddedilmekte, adına dava açılan kişinin kanuni temsilcisinin icazet verebilmesi için süre verilmektedir¹¹⁷. Özel hukuk tüzel kişilerinin dava ehliyeti bakımından da uygulama gerçek kişilerininkine paraleldir. Dava özel hukuk tüzel kişilerinin yetkili organları (kanuni temsilcileri) tarafından açılmamış ise, Danıştay kararları¹¹⁸ dilekçe ret kararı verilerek davanın yetkili organ (kanuni temsilci)

¹¹⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 230

¹¹⁵ İbid.

¹¹⁶ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 230. Özel hukuk tüzel kişilerinin kanuni temsilcileri davayı takip etmesi için bir avukatı vekil tayin edebilir. Bu durumda iradi temsil geçerli olup, iradi temsil çalışma konumuzun kapsamı dışındadır.

¹¹⁷ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 230

¹¹⁸ “Dava açmaya ehil olan şirket temsilcisi olmayan ortak tarafından incelenen dilekçe ile açılan dava üzerine öncelikle mahkemece dilekçe red kararı verilerek tüzel kişiliği temsile yetkili olanların davayı yenilemesine imkan verilmesi gerekirken davanın ehliyet yönünden reddinde isabet bulunmadığı hk.” (Dan. 3.D. E:1997/2034, K:1988/2775).

“Cezalı tarhiyatın şirket adına yapılması ve davanın şirketi temsile yetkisi olmayan kişi tarafından açılması nedeniyle, mahkemece, 1086 sayılı kanunun 39.maddesine göre şirkete mehil verilip hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiği hk.” (Dan. 7.D. E:1992/2734, K:1994/4045).

Aynı doğrultuda bkz. 7.D. E:2004/1287, K:2004/1310 Dan. 4.D. E:1993/2647, K:1994/598; Dan. 4.D. E:1992/647, K:1993/602.

tarafından yenilenmesi gerektiği yönündedir. Buna karşılık Danıştay'ın az sayıda olmakla birlikte, tüzel kişiliği temsil yetkisi olmayanların açtığı davaları İYUK m.14/3-c ve İYUK m.15/1-b uyarınca ehliyetsizlik yönünden reddeden kararları da mevcuttur¹¹⁹. Kanaatimizce, tartışma konusuna ilişkin olarak Danıştay'ın ağırlıklı olarak benimsediği görüş, gerek olması gereken hukuk açısından gerek pozitif hukuk açısından hukuka uygundur. İYUK m.31/1'in atf yaptığı HMK hükümleri de bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda süre verilmesini öngörmektedir¹²⁰.

İdari yargılama usulü hukukunda tartışılması gereken son nokta, İYUK m.26/1'deki düzenlemenin dava ehliyetine etkisidir. Söz konusu hükme göre, dava ehliyetine sahip olan kişinin davanın devamı sırasında ehliyetini kaybetmesi durumunda kanuni temsilcilerinin başvurmasına kadar dava dosyası işleminden kaldırılması öngörülmüştür¹²¹. Diğer bir ifadeyle, özellikli bir durum söz konusu değildir.

Vergi yargılaması hukukunda tüzel kişiliği bulunan vergi ödevlilerinin dava ehliyeti bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle tüzel kişiliği bulunan vergi ödevlileri İYUK m.31/1-2'nin HMK'ya yaptığı atf gereği dava ehliyetine sahiptir. Zira bunların medeni hakları kullanma (fiil) ehliyeti vardır. Söz konusu kişilerin davayı takip vs. usul işlemleri kanuni temsilcileri (yetkili organları) tarafından yerine getirilir¹²².

Burada vergi yargılaması hukuku bakımından tartışılması gereken husus tüzel kişiliği olmayan vergi ödevlilerinin dava ehliyetidir. Daha önce de bahsedildiği üzere HMK hükümleri doğrudan uygulandığında idari yargılama usulü hukukunda olduğu gibi vergi yargılaması hukukunda da iş ortaklığı (joint ventures)¹²³ gibi tüzel kişiliği olmayan toplulukların dava ehliyeti bulunmayacaktır. Ne var ki, vergi yasaları arasındaki ilişki (VUK m.9/1 ve KVK m.1/d gibi) dikkate alındığında bu sonuca katılmak mümkün değildir. Zira her ne kadar VUK

¹¹⁹ Bkz. Dan.VDDGK. E:2002/361, K:2002/444; Dan. 4.D. E:1987/2903, K:1989/2463

¹²⁰ Bkz. HMK m.54/2

¹²¹ ÇELİKKOL, 1985, s.755

¹²² KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 231

¹²³ Bkz. Kurumlar Vergisi Kanunu m.1/d

m.9/1, vergi hukukunda ehliyeti hak ehliyetine bağlamışsa da, yasa koyucu aksini özel kanunda her zaman öngörebilir. İş ortaklıklarına ilişkin KVK m.1/d hükmü bu tür özel hükümlere örnektir. Dolayısıyla vergi hukukunda özel hükümler aracılığıyla hak ehliyeti olmayan özel hukuk kişileri dahi vergi yükümlüsü olabilmektedir. Vergi yükümlüsü olması nedeniyle taraf ehliyetine sahip olan bir süjenin dava ehliyetine sahip olmadığını kabul etmek anlamlı değildir. Öte yandan bunların hak veya fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları özel hukuk işlemleri bakımından önem arz edebilir. Bu kimseler hakkında –hak ehliyetine sahip olmasalar da-vergi idaresi tarh ve tahsil sürecindeki vergilendirme işlemlerini tesis edebilmektedir. Zira vergi idaresi vergi yasalarını uygulamaktadır. Diğer bir ifadeyle bunlar hakkında işlem tesisi yasal idare ve vergilerin yasalılığı ilkesinin sonucudur. Tüzel kişiliği bulunmayan ancak vergi ödevlisi olabilen bu toplulukları HMK'nın taraf ve dava ehliyeti hükümlerinden hareketle ehliyetsiz saymak; İYUK m.31/1 hükmünün lafzını, hak arama hürriyeti ve idari yargı ilke ve kuralları(özellikle iptal davasının objektif niteliği) hilafına genişletmek anlamına gelmektedir. Sonuç olarak, amaçsal yorumdan hareketle vergi yargılaması hukukunda, HMK'nın özel hukuk tüzel kişilerinin dava ehliyetine ilişkin hükümlerinin ancak bu hukuk dalının ilke ve kurallarına uyduğu ölçüde uygulanması gerektiği söylenebilir.

b. Vergi Yargılaması Hukukunda İdarenin Dava Ehliyeti

Vergi yargılaması hukukunda idarenin dava ehliyeti kamu tüzel kişiliği olan idareler ve kamu tüzel kişiliği olmayan idareler bakımından ayrılarak incelenmelidir. İYUK m.31/1 uyarınca HMK'nın dava ehliyeti hükümleri (HMK m.52) doğrudan uygulandığında -özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi- sadece kamu tüzel kişilerinin dava ehliyeti bulunduğu sonucuna varılacaktır. Bu bağlamda kamu tüzel kişileri de taraf buldukları davaları özel hukuk tüzel kişileri gibi yetkili organları (kanuni temsilcileri) aracılığıyla takip edeceklerdir¹²⁴.

Konuyu bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliği olan kurumlar bakımından irdeleyecek olursak; 659 sayılı KHK m. 6/1 hükmünün yürürlüğe girmesiyle

¹²⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 231

birlikte bakanlıkların taraf ehliyeti sorunu çözülmüştür. Bu bakımdan anılan hüküm uyarınca taraf ehliyetine sahip olan bakanlıkların dava ehliyetinin de bulunduğunu kabul etmek gerekir. Anılan hüküm yürürlüğe girmeden önce ise, medeni usul hukukunda devletten ayrı tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen devletin asli unsuru veya organı olarak¹²⁵; idari yargılama usulü hukukunda ise bir Danıştay İBK'sı¹²⁶ uyarınca bakanlıkların taraf ve dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmekteydi. Ne var ki, uygulamada bakanlıkların dava ehliyetine sahip olup olmadığı tartışmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira, 659 sayılı KHK'da bakanlıkların da dahil olduğu idarelerin muhakemat hizmetlerinin o idarenin hukuk birimince yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Aynı KHK'nın 6.maddesinin 2. fıkrasında da bakanlıkların da dahil olduğu idarelerin idari yargıda vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisinin; hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve avukatlara ait olduğu açıkça düzenlenmiştir¹²⁷. Bu çerçevede hukuk biriminin idarenin taraf olduğu adli ve idari davalarda, iç ve dış tahkim yargılamasında, icra işlemlerinde ve yargıya intikal eden diğer her türlü hukuki uyuşmazlıklarda idareyi temsil edeceği, dava ve icra işlemlerini vekil sıfatı ile takip edeceği hükme bağlanmıştır(659 sayılı KHK m.4). Dolayısıyla bakanlıkların idari yargıda açılan davalarda temsili anılan KHK gereği bu kimseler tarafından yerine getirilebilecektir¹²⁸.

Kamu tüzel kişiliği bulunan idarelerin dava ehliyeti bakımından ise herhangi bir tartışmalı durum söz konusu değildir. Bir kere kamu tüzel kişiliği bulunan idareler 659 sayılı KHK kapsamındaki idarelerden ise anılan KHK m.4 vd. hükümleri uyarınca idari davalarda hukuk birimlerinde temsil edileceklerdir. Kamu tüzel kişiliği bulunan idareler 659 sayılı KHK kapsamında değilse, idari davalarda kendi kuruluş-teşkilat kanunu uyarınca kurulan hukuk birimince temsil edilecektir. 659 sayılı KHK'dan önceki dönemde de kamu tüzel kişiliği bulunan idarelerin İYUK m.31/1'in atıf yaptığı HMK hükümleri gereğince dava ehliyeti bulunmaktaydı.

¹²⁵ ÇELİKKOL, 1985, s.761; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2011,s. 231

¹²⁶ Danıştay İBK. 8.3.1979 gün ve E.1971/1, K.1979/1

¹²⁷ 659 sayılı KHK'da istisnai olarak muhakeme hizmetlerinin satın alınmasına olanak tanınmıştır (Bkz. 659 sayılı KHK m.5).

¹²⁸ Bu konuda karşılaştırma için bkz. mülga 4353 sayılı Kanun.

Kamu tüzel kişiliği bulunmayan idareler 659 sayılı KHK kapsamındaki idarelerden ise bu idarelerin idari davaları takibine ilişkin işlemler hukuk birimlerinde yapılacaktır. 659 sayılı KHK kapsamına girmeyen ve kamu tüzel kişiliği de bulunmayan idarelerin taraf oldukları davaların takibi ise kendi kuruluş kanunlarıyla ihdas edilen hukuk müşavirliklerince yapılacaktır. Kaldı ki tüzel kişiliği bulunmayan idarelerin dava ehliyetleri bulunduğu Danıştay'ın 8.3.1979 gün ve E.1971/1, K.1979/1 sayılı İBK'sıyla da hüküm altına alınmıştır.

Kamu tüzel kişilerinin vergi ödevlileri olmalarından kaynaklanacak uyuşmazlıklarda da dava ehliyetleri bulunmaktadır. Zira bu konuda İYUK m.31/1'in atıf yaptığı HMK hükümleri fiil ehliyetini esas almaktadır. Tüzel kişiliği bulunmayan bir idare de dava ehliyetine sahiptir. Bu konudaki dayanaklarımız özel hukuk topluluklarının dava ehliyetiyle aynı olduğundan bu kısımda tekrar edilmemiştir.

İdari yargılama usulü hukukunda dava ehliyeti bakımından çizilen çerçeve kural olarak vergi yargılaması hukukunda dava ehliyeti bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkındaki Kanun'da ve VUK'da ayrıksı hükümlere rastlamak mümkündür. Kanaatimizce konuyu Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı ve vergi dairesi başkanlıkları/vergi daireleri bakımından ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

Vergi uyuşmazlıklarında Maliye Bakanlığı'nın taraf ehliyeti olduğu; bu durumun 659 sayılı KHK m.6/1 hükmünden kaynaklandığı yukarıda açıklandı. Aynı şekilde Maliye Bakanlığı –diğer bakanlıklar gibi- 659 sayılı KHK m.4 vd. hükümleri uyarınca dava ehliyetine de sahiptir. Anılan Bakanlık 659 sayılı KHK m.4 uyarınca idari davalarda hukuk birimince temsil edilecektir. Sonuç olarak vergi yargılaması hukukunda Maliye Bakanlığı'nın dava ehliyeti, diğer bakanlıklardan farklı normlara tabi değildir.

Ne var ki, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın dava ehliyeti bakımından aynı tespitte bulunmak mümkün değildir. Gelir İdaresi Başkanlığı, 659 sayılı KHK m.3'de sayılan idareler arasında sayıldığından anılan kurumun 659 sayılı KHK m.4 vd. uyarınca taraf ve dava ehliyetine sahip olduğu ve idari davalarda kendi

hukuk birimince temsil edileceği söylenebilir. Halbuki Gelir İdaresi Başkanlığı'nın dava ehliyetinin varlığı için 659 sayılı KHK hükümlerine dayanmaya gerek bulunmamaktadır. Zira Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 659 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce de dava ehliyeti bulunmaktadır. Gerçekten de 5345 sayılı Kanun m.18/1-c uyarınca, Başkanlığın idari davalarda temsiline kendi hukuk müşavirliği tarafından yapılması hükme bağlanmıştır. 659 sayılı KHK'ya göre özel hüküm niteliği taşıyan bu maddeyle Başkanlık hukuk müşavirliğine, Başkanlığın taraf bulunduğu idari yargı mercilerindeki davaları ikame, takip ve müdafaa ettirmek görevi verilmiştir¹²⁹. Yine aynı Kanun m.18/2'de idari yargı mercilerindeki davaları ikame, takip ve müdafaa görev ve yetkisinin, ilgisine göre daire amiri, avukat sıfatını haiz hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından kullanılacağı; m.18/3'de de hukuk müşavirlerinin temsil yetkisinin, Başkanlık merkez ve taşra birimleri ile Başkanlığın görev alanı ile ilgili işlemlerden dolayı Bakanlık husumetiyle açılan bütün dava takiplerini; avukatların temsil yetkisinin ise atandıkları veya görevlendirildikleri iller ile bu illerle ilişkilendirilen yerlerdeki dava takiplerini kapsayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki açıklamaların vergi uyuşmazlıkları bakımından pratik sonucu hata düzeltme-şikayet yolunda şikayetin reddi üzerine açılacak davalarda görülebilir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taraf olduğu bu davalarda, Başkanlığın temsili kural olarak 659 sayılı KHK'ya göre değil; 5345 sayılı Kanun hükümlerine göre, Başkanlığın kendi hukuk birimince yapılacaktır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın bu davalarda temsiline 659 sayılı KHK hükümleri ancak 5345 sayılı Kanun'da hüküm bulunmadığı hallerde devreye girebilecektir.

Vergi dairesi başkanlıkları ve vergi dairesi müdürlüklerinin de dava ehli-

¹²⁹ 5345 sayılı Kanun m.18/1-c (Değişik: 23/7/2010-6009/41 md.): "8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun hükümlerine göre adli davalarda gerekli bilgileri hazırlamak, Başkanlık merkez ve taşra birimlerinin veya Başkanlığın görev alanıyla ilgili işlemlerden dolayı Bakanlığın taraf bulunduğu idari yargı mercilerindeki davaları avukat sıfatını haiz hukuk müşavirleri ve avukatları vasıtasıyla ait olduğu makam ve mercilerde ikame, takip ve müdafaa ettirmek, Başkanlıkça hizmet satın alma yoluyla takip ve müdafaa ettirilen davaları takip ve koordine etmek".

Anılan hükümde 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun hükümlerine yapılan atıf, 659 sayılı KHK m.18/2 uyarınca ilgisine göre 659 sayılı KHK'ya ve 178 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye yapılmış sayılmaktadır.

yeti vardır¹³⁰. Taraf ehliyeti kısmında açıklandığı üzere, ayrı tüzel kişilikleri bulunmasa da Gelir İdaresi Başkanlığı ve vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi müdürlüklerinin yasal idare ilkesi ve iptal davalarının objektif niteliğinin bir sonucu olarak taraf ehliyeti vardır. Söz konusu idari mercilerin idari işlem ve eylem tesis edebilmelerinden kaynaklanan bu ehliyete paralel olarak bunların dava ehliyetinin de bulunması gerekir. Nitekim yasa koyucu 5345 sayılı Kanun m.24/2 hükmüyle vergilendirme işlemlerinden doğan uyuşmazlık için vergi dairesi başkanlıklarının dava ehliyetine sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Anılan hükme göre Vergi Dairesi Başkanlıkları; yetki alanı içindeki mükellefi tespit etmek, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil, terkin ve benzeri işlemleri yapmak, bu işlemlerinden dolayı idarî yargı mercileri nezdinde yaratılan ihtilaflarla ilgili olarak bu merciler nezdinde talep ve savunmalarda bulunmak, gerektiğinde temyiz ve tashihi karar talebinde bulunmaya görevli ve yetkilidir.

Görüldüğü üzere bu hükümde dava ehliyeti sadece vergi dairesi başkanlıkları tarafından ele alınmıştır. Ancak vergi dairesi müdürlükleri de tesis ettikleri vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda belirli koşullarda dava ehliyetine sahiptir. Zira, 5345 sayılı Kanun m.23/1’de vergi dairesi başkanlığı kurulmayan yerlerde, Başkanlığın bu Kanununun 24 ve 25 inci maddelerindeki görev ve yetkilerinin vergi dairesi müdürlükleri tarafından kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla 5345 sayılı Kanun m.24/2’de vergi dairesi başkanlıklarına verilen dava ehliyetine ilişkin yetkiler, vergi dairesi başkanlığı kurulmamış yerlerde vergi dairesi müdürlükleri tarafından yerine getirilecektir. Vergi dairesi başkanlığı kurulmuş yerlerde ise belirtilen yetkiler vergi dairesi müdürlüğü tarafından değil, vergi dairesi başkanlığı tarafından kullanılacaktır.

Vergi yargılaması hukukunda vergi dairesi başkanlıkları ve vergi dairesi müdürlüklerinin dava ehliyeti bakımından tartışılması gereken bir diğer husus vergi uyuşmazlıklarında Gelir İdaresi’nin hukuk biriminin mi yoksa vergi dairesi başkanlığı veya başkanlığın olmadığı yerlerde vergi dairesi müdürlüğünün mü davayı takip edeceğidir. 5345 sayılı Kanun m.18/2 ve m.24/2 arasında genel

¹³⁰ Aynı doğrultuda bkz. CANDAN, 2012, s.795

kural-istisna ilişkisi kurmak mümkündür. Zira, 5345 sayılı Kanun m.18/2’de hukuk müşavirliklerinin Gelir İdaresi Başkanlığı’nın merkez ve taşra birimlerinin taraf olduğu idari yargı mercilerindeki davaları ikame edebileceği, bunları takip ve müdafaa edebileceği öngörülmüştür. Aynı Kanun m.24/2 hükmünde ise söz konusu idari uyuşmazlıkların bir kısmından -vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil, terkin, tecil, iade, ödeme, muhasebe ve benzeri işlemlerden- doğan idari davalarda talep ve savunmada, temyiz ve karar düzeltme taleplerinde bulunma yetkisi vergi dairesi başkanlıklarına verilmiştir¹³¹. Bu durumda belirli vergilendirme işlemleri bakımından dava ehliyetinin vergi dairesi başkanlıkları veya başkanlık bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürlükleri tarafından kullanılması gerekmektedir. Nitekim, Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında KHK döneminde benzer bir noktadan hareket eden Danıştay, bu dönemde hazine avukatları tarafından yapılan temyiz başvurularının ilgili KHK uyarınca vergi dairesi müdürlükleri tarafından yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹³².Kanaatimizce dava ehliyeti bakımından vergilendirme işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarla diğer idari uyuşmazlıklar arasında bu tür bir ayırım yapılması yerinde olmamıştır. Gelir İdaresi Başkanlığı’nın bütün idari uyuşmazlıklarda hukuk müşavirliğince temsili olması gereken hukuka daha uygundur.

Vergi yargılaması hukukunda dava ehliyeti ile ilgili hükümler sadece 5345 sayılı Kanun ile sınırlı değildir. Vergi Usul Kanunu’nda da dava ehliyetine ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bu hükümlerden ilki vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi müdürlüklerinin temyiz yoluna girmesine ilişkindir. VUK m.377/4’e göre vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairelerinin, Maliye

¹³¹ 5345 sayılı Kanun m.24/2’de vergi dairesi başkanlıklarına “itiraz”da bulunma yetkisi verilmemiş; söz konusu mercilerin sadece temyiz ve karar düzeltme başvurusunda bulunacağı belirtilmiştir. Bu durumda tek hakimle görülen vergi uyuşmazlıklarında vergi dairesi başkanlıklarının ve başkanlık bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürlüklerinin itirazda bulunma yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varılabilir. Benzer bir tartışma, yürütmenin durdurulması kararlarına itiraz bakımından da yapılabilecektir.

¹³² DAN.4. Daire, 30.3.1984, E:1984/753, K:1984/1360, Danıştay Dergisi, S.56-57, s.163. 5345 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde vergi yargılaması hukukunda temsil yetkisinin hazine avukatlarında değil vergi dairesi müdürlüklerinde olduğu yönündeki kararlar için bkz. Dan.7.Daire T:26/5/1986, E:1984/1589, K:1986/1713, Danıştay Dergisi S:64-65, s.295-296; Dan. 9.Daire T:21/10/1986, E:1984/1269, K:1986/2772, Danıştay Dergisi S:66-67, s.412-414.

Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca belirlenen tutarları aşan davalarda Gelir İdaresi Başkanlığının (İl özel idareleri ile belediyeler ise valilerin) muvafakatını almadan vergi mahkemesi kararları aleyhine temyiz yoluna gidemeyecekleri öngörülmüştür¹³³. Anılan hüküm vergi davalarında dava ehliyetinin kullanılmasına ilişkindir. Bununla birlikte, 5345 sayılı Kanun m.24/2’de vergi dairesi başkanlıklarına (ve başkanlık bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürlüklerine), temyiz ve karar düzeltmede bulunmak için muvafakat alma zorunluluğu getirilmiştir. Bu durumda sonraki tarihli özel norm niteliği taşıyan VUK m.377/4 “teyiz talebi”yle sınırlı olarak uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle vergi dairesi başkanlıklarının temyiz talebinde bulunabilmek için yasada belirlenen koşullar dâhilinde muvafakat alması zorunludur. Buna karşılık, karar düzeltme talebi için ise VUK’da özel düzenleme bulunmadığından 5345 sayılı Kanun m.24/2 geçerli olacaktır. Diğer bir anlatımla karar düzeltme talepleri için vergi dairesi başkanlıklarının muvafakat almasına gerek bulunmamaktadır.

Aynı şekilde VUK m.377/3’de yer alan ve belediyelerde dava açma yetkisinin belediye adına varidat müdürü, olmayan yerlerde hesap işleri müdürü veya o görevi yapan kimse tarafından kullanılacağını öngören hüküm de dava ehliyetine ilişkindir.

II. VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA SÜBJEKTİF DAVA YETENEĞİ

Yukarıda “husumet”in bir davada taraf olarak gösterilen kişilerin gerçekten o dava ile ilgili olup olmamaları olarak tanımlandığı; idari yargılama usulü hukukunda “pasif husumet” ile davalı ile idari işlem ve eylem arasındaki bağlantının; “aktif husumet” ile ise davacı ile idari işlem ve eylem arasındaki bağlantının ifade edildiği açıklandı¹³⁴. Yine daha önce bahsedildiği üzere İYUK’da hem aktif hem pasif husumete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda İYUK m.14/f’de “husumet” kavramı ile pasif husumet kaste-

¹³³ VUK m.377/son (Ek: 4/12/1985 - 3239/34 md.; Değişik beşinci fıkra: 28/3/2007-5615/20 md.): “Gelir İdaresi Başkanlığı, tespit edeceği hadlerle sınırlı olmak şartıyla, muvafakat verme yetkisini vergi dairesi müdürlüklerinin taraf bulunduğu davalar için vergi dairesi başkanlıklarına ve/veya defterdarlıklara devredebilir”.

¹³⁴ Bkz. “Giriş”.

dilmişken, İYUK m.2’de “menfaat ihlali” ve “kişisel hak ihlali” kavramıyla kastedilen aktif husumettir.

İlke ve kurallarını büyük ölçüde idari yargılama usulü hukukundan alan vergi yargılaması hukukunda da aktif ve pasif husumet kavramları bulunmaktadır. Ancak husumetin her iki türü bakımından da vergi yargılaması hukukunun kendine özgü kuralları vardır. Bu çalışmada vergi yargılaması hukukunda aktif ve pasif husumet “sübjektif dava ehliyeti” başlığı altında irdelenmiştir. Ne var ki, öğretide “sübjektif dava yeteneği” başlığı altında yalnızca aktif husumet incelenmekte; pasif husumet ise “husumet” başlığı altında ayrıca ele alınmaktadır¹³⁵. Bu durum idari yargılama usulü hukukunda husumetin pasif husumete özgülenmiş gözükmesinden kaynaklanmaktadır¹³⁶. Gerçekten de İYUK m.14/f’de “husumet” kavramıyla kastedilen “pasif husumet”tir. Halbuki, medeni usul hukukunda husumet kavramının teorik çerçevesi davalı ile hak (ya da işlem) arasındaki bağlantıyla sınırlı değildir. Uyuşmazlığın diğer tarafı olan davacı ile hak (veya işlem) arasında gerekli bağlantının kurulması gerekir. Bu nedenle anılan hukuk dalında husumet kavramı aktif (davacı) ve pasif(davalı) bakımından ikiye ayrılmaktadır. İdari yargılama ve vergi yargılaması hukuku alanlarında davacı ile idari işlem ve eylem arasındaki bağlantı da kavramsal çerçeve itibariyle “husumet” kavramının içindedir. Bu bağlamda öğretide¹³⁷ “özel yetenek koşulu” başlığı altında zikredilen “menfaat ihlali”, kişisel hak ihlali”, “yükümlülerin vergi davası açabilmesine ilişkin koşullar” kavramsal olarak davacı ile idari işlem veya eylem arasındaki bağlantıyı kurmaya yönelik olduğundan “husumet” kavramının içerisinde ele alınmalıdır. Özetle sübjektif dava yeteneği husumet kavramıyla eş anlamlıdır. Bu nedenle de çalışmada öğretinin aksine pasif husumet/davalı husumeti ve aktif husumet/

¹³⁵ Bkz. ÇELİKKOL, 1985, s.752; CANDAN, 2012, s.776-777. Aynı doğrultuda AKKAYA, 1997, s.190, dn:18. Aktif husumetin “özel dava yeteneği” başlığı altında da incelendiğini belirtmek gerekir. Bkz. ERHÜRMAN, İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu, 2000 Yılı İdari YargıSempozyumu.(www.Danistay.gov.tr/4IDARI%20YARGIDA%20OZEL%20EHLIYET%20YETENEK%20KOSULU.htm (Erişim Tarihi:17.5.2013)

¹³⁶ ÇELİKKOL, 1985, s.750

¹³⁷ Bkz. ERHÜRMAN, İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu, 2000 Yılı İdariYargıSempozyumu.(www.Danistay.gov.tr/4IDARI%20YARGIDA%20OZEL%20EHLIYET%20YETENEK%20KOSULU.htm (Erişim Tarihi:17.5.2013)

davacı husumeti aynı başlık altında incelenmiştir. Şimdi sırasıyla bu husumet türlerini inceleyelim.

A. Vergi Yargılaması Hukukunda Aktif Husumet (Davacının Husumeti)

İdari yargılama usulü ve vergi yargılaması hukukunda, davacının objektif dava yeteneğinin bulunması ehliyet koşulunun sağlanması bakımından yeterli değildir. Anılan hukuk dallarında davacının objektif dava yeteneğinin yanı sıra idari işlem veya eylem ile de bağlantılarının bulunması gerekir. İdari yargılama usulü hukukunda bu bağlantı “menfaat ihlali” veya “kişisel hakkının ihlali” koşulları ile sağlanır (İYUK m.2). Vergi davaları bakımından ise yasa koyucu bazı ödevlilerin veya kişilerin vergilendirme işlemi ile aralarında bağlantı olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda vergi yargılaması hukukunda VUK m.377 ve VUK mük.m.49’da subjektif dava yeteneğine (aktif husumete) ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Ne var ki, vergi uyuşmazlıkları salt vergi mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görev alanına giren uyuşmazlıklar vergi davası niteliği taşımadığı halde bunlar da birer vergi uyuşmazlığıdır. Zira düzenleyici işlemlerden kaynaklanan bu tür uyuşmazlıklar da vergi yasalarının uygulanmasına dayanmaktadır¹³⁸. Danıştay’ın görev alanına giren bu tür işlemler bakımından da davacının aktif husumetini ele almak gerekir.

1. İdari Yargılama Usulü Hukuku Bakımından Değerlendirme

Daha önce de açıldığı üzere, idari yargılama usulü hukukunda aktif husumet (davacının husumeti) açılan davanın niteliğine göre değişen iki koşuldandır birinin varlığına bağlıdır. Vergi davaları kural olarak iptal davası niteliğinde olduğu için¹³⁹ bu koşullardan konumuz açısından önem arz eden “menfaat ihlali”dir¹⁴⁰. “Menfaat ihlali” koşulu, hukuka aykırı olduğu düşünülen idari iş-

¹³⁸ Yasanın uygulanmasının vergi hukukundaki anlamı için bkz. CANYAŞ, Oytun, Vergi Normlarında İdarenin Takdir Yetkisinin Saptanması”, Mali Akademi Yayınları No:2, Ankara, 2012, s.77 vd.

¹³⁹ KUMRULU, 1989, s.296; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 2008, s.190-191.

¹⁴⁰ Hukuka aykırı idari işlemlerin iptalinde hukuk devleti ilkesi gereği bütün idare edilenler için fayda bulunmaktadır. Ancak öğretide, idare edilenlerin tamamına bütün idari işlemlerin iptali için ehliyet tanındığı takdirde yargı yerlerinin altından kalkamayacakları bir iş yükü ile karşı karşıya gelecekleri; bu nedenle de idari yargılama usulü hukukunda “actio popu-

lem ile davacı arasında “ciddi ve makul bir ilgi”nin bulunmasıdır¹⁴¹. Diğer bir anlatımla, “menfaat ihlali” ile kastedilen idari işlemde yararlananın (çıkarı olanın) dava açabilmesi değildir. Dolayısıyla “menfaat ihlali” koşulunun saptanması bakımından davacının “maddi ve ekonomik nitelikte çıkarı”nın zedelenmesi aranmaz¹⁴².

Yargı kararlarında, iptal davası açılabilmesi için ihlal edilen menfaatin “meşru, güncel ve kişisel” olması aranmaktadır¹⁴³. Menfaatin meşru olması, ihlal edilen menfaatin hukuk tarafından korunmaya layık olması demektir¹⁴⁴. Menfaatin kişisel olması kriteri ise, ihlal edilen menfaatin davacıya ait olmasını ifade eder¹⁴⁵. Danıştay içtihatlarında ağırlıklı olarak¹⁴⁶, üyelerin ortak çı-

laris”in tanınmadığı belirtilmektedir. Ancak bu gerekçeyi kabul etmek mümkün değildir. Zira idari yargının iş yükünün artması, yargı örgütünün genişletilmesi ile çözülebilecek bir problemdir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu sınırlamanın nedeni, herkes tarafından açılacak idari davalarla idari işlemlerin devamlı dava tehdidi altında kalmasını önlemek ve böylelikle idari istikrarı sağlamaktır(CANDAN, 2005, s.100; ÖZDEK, 1991, s.105). Ayrıca bkz. AYMK. E:1995/27, K:1995/47-İtirazın Gerekçesi.

¹⁴¹ “İptal davalarında ortada ihlal edilmiş bir hakkın mevcudiyeti davının cereyanı için lazım olmayıp, hadisede sadece bir alakanın bulunması alakadara dava açmak yetkisini vermez kâfidir. (Danıştay Dava Dairesi Umumi Heyeti, E:1936/9, K:1936/157, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, S:8, 1939-1940, s.44) Aynı doğrultuda görüşün bkz. ERHÜRMAN, İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu. (www.Danistay.gov.tr/4IDARI%20YARGIDA%20OZEL%20EHLİYET%20YETENEK%20KOSULU.htm<15.5.2005>).

Öğretide bu doğrultuda görüş için bkz. ÇELİKKOL, 1985, s.763

¹⁴² ÖZDEK, Yasemin, “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:1, 1991, s.103. “İptal davalarında, subjektif ehliyet şartı olarak aranan menfaat ihlalinin ciddi ve makul alaka anlamında değerlendirilmesi gerektiği, hak ihlali şeklinde düşünülmemeyeceği, maddi ve ekonomik nitelikte olması gerektiği hakkında” bkz. DİİDDGK. E:1989/430, K:1990/18, DD. S:80, s.111. Bazı Danıştay kararlarında menfaat ihlalinin maddi ve ekonomik çıkar olarak anlaşıldığını belirtmek gerekir. Dan. 8. D. E:1992/1458, K:1992/3101, DD. S:87, 1993, s.403; Dan. 8.D. E:1991/2225, K:1992/525, DD. S:86, 1993, s.457-458

¹⁴³ ÇELİKKOL, 1985, s.763; ÖZDEK, 1991, s.106 vd.

¹⁴⁴ ÇELİKKOL, 1985, s.764

¹⁴⁵ ÇELİKKOL, 1985, s.764. Menfaat ihlali kriterinin kişisel unsur hakkında bkz. Akman Akyürek, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru”, Danıştay Dergisi, S:81, Yıl:21, 1991, s.29 vd.; ÖZDEK, 1991, s.109 vd.

Örnek karar: “Turist rehberi olmayan kişinin, turist rehberlerinin statülerini düzenleyen yönetmelik hükümlerinin iptalini istemekte menfaatinin olmadığı hakkında”(Dan.10.D. E:1986/1544, K:1989/118, DD. S:86-87, s.790)

Kanuni temsilci olan davacının tüzel kişi adına düzenlenen ödeme emrinin iptalini istemekte, ileride doğacak kişisel sorumluluğu nedeniyle menfaatinin bulunduğu hakkında.(Dan. 4.D. E:2002/3910, K:2003/2593, DKD, S:3, 2004, s.152

¹⁴⁶ Örnek karar için bkz. Dan. 5.D. E:2002/3906, K:2003/985, DKD, S:3, 2004, s.178

karlarını korumak amacıyla kurulmuş olan dernek, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından menfaatin kişisel olması şartının aranmadığı görülmektedir. Kanaatimizce “kişisel olma” kriteri, menfaat ihlalinin tanımındaki dava ile idari işlem arasında “ciddi ve makul” ilgi bulunmasının yeterli olduğu şeklindeki saptamayı daraltmaktadır. Menfaat ihlali koşulunun içini dolduran son kriter ihlal edilen menfaatin güncel olmasıdır. Bu kriter, idari işlemin ihlal ettiği menfaatin davanın açıldığı anda mevcut ve davacıya ait olmasının gerekliliğini açıklamaktadır¹⁴⁷.

Danıştay’ın da bir kararında isabetle belirttiği üzere, iptal davalarında menfaat ihlali koşulu geniş yorumlanmalıdır¹⁴⁸. Zira iptal davaları objektif hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı davalardır. Bu denetimin yapılması hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Hukuk devletinde, idarenin hukuka bağlılığının sağlanması esastır ve bu amaca da ancak, idari yargı denetimine başvuru hakkının kısıtlamaması yoluyla ulaşılabilir.

2. Vergi Yargılaması Hukuku Bakımından Değerlendirme

Vergi yargılaması hukukunda davacının husumeti (aktif husumet) bazı hallerde “menfaat ihlali” koşuluna bazı hallerde ise yasada belirlenmiş özel ehliyet koşullarına göre saptanabilmektedir. Esasen anılan hukuk dalında çoğu durumda davacının husumeti (aktif husumet) Vergi Usul Kanunu¹⁴⁹ ve 6183 sayılı AATUHK’da¹⁵⁰ yer alan özel hükümler doğrultusunda tespit edilmektedir. Özellikle uyuşmazlığın bireysel bir işleme dayandığı durumlarda aktif husumet kural olarak, Vergi Usul Kanunu¹⁵¹ ve 6183 sayılı AATUHK hükümlerinde yer alan koşullardan hareketle saptanacaktır. Buna karşılık yargısal uyuşmazlık düzenleyici işleminden kaynaklanıyorsa davacının subjektif dava yeteneğinin bulunup bulunmadığı kural olarak “menfaat ihlali” kriterine göre değerlendirilecektir. Bununla birlikte vergi hukukunda yasa koyucu bazı dü-

¹⁴⁷ CANDAN, 2012, s.121. “Henüz davacı hakkında uygulanmayan genel tebliğin ileride uygulanacağından bahisle, olası menfaat ilişkisine dayanılarak iptal davası açılmayacağı hakkında.”(Dan.7.D.E:2001/5012, K:2002/1381)

¹⁴⁸ Dan.6. D., E:1989/2264, K:1991/1101, DD. S:84-85, 1992, s.423

¹⁴⁹ Bkz. VUK m.377

¹⁵⁰ Bkz. AATUHK m.15; m.58

¹⁵¹ Bkz. VUK m.377

zenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıklar bakımından da davacının subjektif dava yeteneğini ayrıksı düzenlemelere konu etmiştir¹⁵².

a. Bireysel İşlemlerden Doğan Vergi Uyuşmazlıklarında Aktif Husumet

Vergi yasalarının uygulanabilmesi bu yasalarda soyut olarak düzenlenmiş pek çok bireysel idari işlemin tesisini gerekli kılmaktadır. Vergi hukukundaki bireysel idari işlemler vergilendirme süreciyle (tarh-tebliğ-tahakkuk-tahsil) sınırlı değildir. Diğer taraftan bu süreçte yer alan aşamaların her birinin birer bireysel idari işlem olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bir kere vergilendirme sürecinde “tebliğ”, bireysel bir idari işlemi değil¹⁵³; tarh işleminin ve 6183 sayılı Kanun m.8 atfı nedeniyle tahsil sürecindeki işlemlerin “şekil” unsurunu oluşturmaktadır. İkinci olarak “tahakkuk” da bir idari işlem değil, verginin ödenmesi gereken aşamaya geldiğini belirten bir aşamadır¹⁵⁴. Öte yandan “tahsil” de sanılanın aksine tek bir idari işlemi değil, tahakkuk aşamasından sonra gelen bir süreci işaret etmektedir¹⁵⁵. Bu süreç içerisinde “ödeme emri”, “haciz” ve “tecil” gibi pek çok ayrı bireysel idari işlem tesis edilebilmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla vergilendirme sürecindeki bireysel idari işlemler, tarh işlemi ile tahsil sürecindeki bireysel idari işlemlerden oluşmaktadır.

Ne var ki, vergi yasalarının uygulanmasında rastlanılabilecek bireysel idari işlemler tarh işlemi ve tahsil sürecindeki idari işlemlerle sınırlı değildir. Bir kere VUK’da bazı kabahatler için vergi ziyai ve usulsüzlük gibi birtakım idari yaptırımlar öngörülmüştür. Diğer taraftan VUK’da tarh işlemi ve idari yaptırımlar dışında başka bireysel idari işlemler de öngörülmüştür. Mühlet verme, uzlaşma başvurusunun reddi, şikayet talebinin reddi gibi bireysel idari işlemler bu konuda örnek olarak verilebilir.

¹⁵² Bkz. Vergi Usul Kanunu mük m.49

¹⁵³ Aksi görüş için bkz. ÖNCEL, KUMRULU; ÇAĞAN, 2008, s.105.

¹⁵⁴ Aksi yönde görüş için bkz. ÖNCEL, KUMRULU; ÇAĞAN, 2008, s.106; SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s.141; KARAKOÇ, 2004, s.210

¹⁵⁵ Aksi görüş için bkz. ÖNCEL, KUMRULU; ÇAĞAN, 2008, s.109; SABAN, 2009, s.141; KARAKOÇ, 2004, s. 216.

¹⁵⁶ Tahsil işlemleri 6183 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 6183 sayılı Kanun’da soyut olarak yer alan bütün bireysel idari işlemler tahsil sürecine ilişkin değildir. Bu bağlamda, ihtiyati haciz işlemi gibi bazı idari işlemler tahsil sürecinden önceki aşamaya aittir.

Vergi yasalarının uygulanmasında tesis edilen bu bireysel idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü 2576 sayılı BİİVMK m.6/a-b'deki koşullar sağlanmış ise vergi mahkemelerinin görev alanına girecektir. 2576 sayılı BİİVMK m.6/a'ya göre genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ile aynı maddenin b bendine göre, (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davalarda görevli mahkeme vergi mahkemesidir. Öğretide anılan hükümdeki “...*vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifeler...*” ibaresinden hareketle, vergi mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkların tarh, (a) bendindeki konularda tahsil, ceza kesme işlemleri ve tarifelere ilişkin işlemlerle sınırlı olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁵⁷. Başka bir ifadeyle vergi mahkemelerinin görev alanına bu işlemlerin yanı sıra vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülükleri düzenleyen bir yasayı uygulayan bütün bireysel idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar girecektir. Dolayısıyla, sakatlık indiriminin reddi¹⁵⁸, mühlet verme başvurusunun reddi, uzlaşmanın temin edilememesi¹⁵⁹ gibi bir vergi yasanının uygulanması için tesis edilen herhangi bir bireysel idari işlemde doğan uyuşmazlık da 2576 sayılı BİİVMK m.6 uyarınca vergi mahkemesinin görev alanı içerisindedir¹⁶⁰. Özetle, 2576 sayılı Kanun m.6'da belirtilen koşulları sağlayan bir vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüğe ilişkin yasanın uygulanması için tesis edilmiş bütün bireysel idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar vergi mahkemesinin görev alanı kapsamındadır¹⁶¹.

Ne var ki bu tespit vergi mahkemesinin görev alanına giren bütün uyuşmazlıkların “vergi davası” niteliği taşıdığı anlamına gelmemektedir. Zira, Vergi Usul Kanunu'nun Vergi Davaları” başlıklı beşinci kitabında “vergi davası”

¹⁵⁷ CANDAN, 2012, s.29-30.

¹⁵⁸ Aynı doğrultuda bkz. Dan. 4.Daire T:16/10/1986, E:1986/5182, K:1986/3057

¹⁵⁹ Aynı doğrultuda bkz. Dan. 7.Daire T: 26/11/1986, E:1985/1785, K:1985/2828

¹⁶⁰ CANDAN, 2012, s.29-30.

¹⁶¹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24/c uyarınca bir vergi yasanının uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılmış ve ülke çapında değil, belirli bir bölgede uygulanacak düzenleyici işlemde doğacak uyuşmazlıklar da vergi mahkemesinin görev alanına girmektedir. Ancak bu tür işlemlerde davacının husumeti aşağıda düzenleyici işlemlerle ilgili kısımda tartışılmıştır.

terimi, belirli tür bireysel idari işlemler için kullanılmıştır. Gerçekten de “davanın konusu” başlıklı, VUK m.378’de, vergi mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Esasen hükmün doğrudan vergi davasının konusunu düzenlenmeye çalıştığı tartışmaya açıktır. Bu bağlamda anılan hüküm bir taraftan bazı bireysel idari işlemlerin hangi anda kesin ve yürütülmesi zorunlu hale geldiğini vurgulamaktadır. Bazı bireysel işlemler bakımından da (tevkif yoluyla alınan vergilerde) bu işlemlerin dava konusu yapılabilmesini belirli şartlara (sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması) bağlamaktadır. Ancak bu tartışma bir kenara bırakılıp hüküm madde başlığından hareketle yorumlanacak (sistemik yorumla) olursa şu sonuç çıkmaktadır: Yasa koyucu “vergi davaları” terimini sadece VUK m.378/1 de sayılan bireysel idari işlemlerden (tarh işlemi, ceza işlemi ve kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olması koşuluyla bazı komisyon kararlarından) doğan uyuşmazlıklar için kullanmıştır. İYUK m.3/e’deki “*Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası*” ibaresi de bu yorumu desteklemektedir¹⁶².

Dolayısıyla yasa koyucu tarafından “vergi davası” terimi vergi mahkemelelerinin görev alanına giren bütün idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için değil, bunlardan sadece belirli tür bireysel idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için kullanılmıştır. Söz konusu tespit bireysel vergilendirme işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda davacının subjektif ehliyetinin İYUK’a göre mi yoksa VUK m.377 gibi özel normlara göre mi saptanacağıının belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Vergi yargılaması hukukunda davacının subjektif ehliyeti bu tür özel normların bulunduğu hallerde lex specialis ilkesi gereği İYUK m.2’deki “menfaat ihlali” ne göre değil; özel normda düzenlemelere göre belirlenecektir.

¹⁶² Aynı doğrultuda bkz. İYUK m.17/1; İYUK m.28/6.

Aşağıda buraya kadar ki açıklamalarımız doğrultusunda bireysel idari işlemlerde davacının sübjektif ehliyeti irdelenmiştir.

aa. Tarh ve Ceza (İdari Para Cezaları) İşlemlerinde

Yukarıda belirtildiği üzere iptal davalarında davacının husumeti “menfaat ihlali” kriterinden hareketle saptanabilmektedir. Ancak yasa koyucu vergi yargılaması hukukunda tarh ve ceza kesme işlemlerinden doğan uyumsuzluklar için davacı husumetini “menfaat ihlali”nden farklı bir kritere bağlamıştır¹⁶³. Bu bağlamda VUK m.377/1, tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara karşı sadece “mükellefler” ve “kendilerine vergi cezası kesilenler”in vergi mahkemesinde dava açabileceği öngörülmüştür. Esasen İYUK m.31/2 hükmü, vergi uyumsuzluklarında çıkabilecek VUK ve İYUK çatışmalarını, İYUK lehine çözümlenmiştir. Ancak VUK m.377 hükmü¹⁶⁴ sonraki tarihli özel norm niteliği taşıdığından, lex specialis ilkesi gereği İYUK hükümleriyle çatıştıkları takdirde tercih edileceklerdir. Toparlamak gerekirse, VUK m.377’de düzenlenen tarh ve ceza kesme işlemleri bakımından İYUK m.2’deki menfaat ihlali kriteri uygulanmayacak; yükümlü ve/veya ceza kesilenin dava konusu işlem ile arasında bağ olduğu doğrudan kabul edilecektir. Tarh ve ceza işlemlerinde kanuni mükellef ile hakkında ceza kesilen dışında başka bir kimsenin sübjektif dava yeteneği bulunmamaktadır.

VUK m.377 hükmünün tarh ve ceza işlemleri bakımından davacının sübjektif dava yeteneğini “menfaat ihlali” kriterine nazaran oldukça daralttığı açıktır. Bu durum hukuk devleti ilkesinden ve bu ilkenin iptal davaları bakımından uzantısı olan “iptal davalarının objektif niteliği”nden sapma anlamına gelmektedir. Kanaatimizce bu sapmanın nedeni yasa koyucunun idari yargılama usulü normları ile vergi yargılaması normlarını farklı ülkelerden iktibas etmiş olmasıdır. Zira Vergi Usul Kanunu’nun iktibas edildiği Alman Hukuku’nda iptal davaları ancak sübjektif hakkı ihlal edilenler tarafından açılabilmektedir¹⁶⁵. Alman Hukuku’nda bu yaklaşımın sonucu olarak vergi

¹⁶³ CANDAN, 2012, s.124

¹⁶⁴ 2686 sayılı Kanun’un 50. Maddesiyle değiştirilen VUK m.377/1’in yürürlük tarihi 23/6/1982’dir.

¹⁶⁵ Alman İdari Yargılama Usulü Hukuku’nda bu yaklaşımın sonucu olarak iptal davası açıldı-

davaları sadece yükümlü tarafından açılabilir.

Anılan hüküm VUK m.378 ile birlikte değerlendirildiğinde vergi davalarında aktif husumet sahibi sayılan kimselerin yükümlüler ile haklarında ceza kesilenler olduğu görülmektedir. Bu noktada vergi mahkemesinin görev alanına giren bütün uyuşmazlıkların “vergi davası” olarak nitelendirilmediğini hatırlatmakta fayda vardır. Dolayısıyla yükümlü ile ceza kesilenlerin subjektif dava yeteneğinin düzenlendiği haller tarh, ceza ve takdir ve tadilat komisyonu kararlarıdır. VUK m.378’de sayılan tarh, ceza, takdir ve tadilat komisyonu kararları dışında tesis edilen bir işlem bakımından davacının subjektif dava yeteneğinin varlığı İYUK m.2’deki “menfaat ihlali” kriterine göre saptanmalıdır.

Tarh işlemine karşı açılacak davalarda subjektif dava ehliyeti; fiili yükümlüler, vergi sorumluları ve üçüncü kişi ödevliler bakımından da ayrıca tartışma konusu yapılabilir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, tarh işlemine karşı açılacak bir davada fiili yükümlülerin subjektif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Zira, tarh işleminin ancak mükellefler tarafından dava konusu edileceği VUK m.377/1’de açıkça hükme bağlanmıştır. VUK m.8/1 uyarınca “mükellef”, “... vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla sistematik yorum yöntemiyle VUK m.377/1’de ifade edilen “mükellef” tabirinin yasal yükümlülere kapsadığı kolayca anlaşılabilir. Bununla birlikte Danıştay’ın aksi yönde kararları bulunmaktadır¹⁶⁶. Söz gelimi Danıştay bir kararında katma değer vergisinin fiili yükümlüsü olan davacının anılan verginin iadesini isteme hakkı olduğuna ve bu nedenle düzeltme ve şikayet yoluna başvurabileceğine hükmetmiştir¹⁶⁷. Danıştay bu kararında katma değer vergisinin yansıtılabilir-

ğında yürütme kendiliğinden durmaktadır. Bu konuda bkz. KUMRULU, 1989, s.118

¹⁶⁶ Bkz. Danıştay 4. Daire, T. 12.6.2007, E:2007/950, K:2007/1950; Danıştay VDDGK, T. 23.10.2009, E: 2008/23, K: 2009/455

¹⁶⁷ Danıştay 4. Daire, T. 12.6.2007, E:2007/950, K:2007/1950: “... Vergi Usul Kanunu’nun 122 nci maddesinde mükelleflerin düzeltme talep edebilecekleri belirtilmiş olup, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde ise, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işlemi yapanların katma değer vergisinin mükellefi olduğu belirtilmiştir. Katma değer vergisi yansımali bir vergidir. Verginin “yansıtılabilirlik” özelliği nedeniyle yükümlü başlangıçta ihaleyi yapan kurum ise de, asıl vergi yükü bu vergiyi ödeyen ve indirim hakkı olmadığı için vergi yükü kendi üzerinde kalan davacı mükellef durumundadır. Sadece vergiyi tahsil edip vergi dairesine yatıran kişinin mükellef olduğu,

lik özelliğinden hareket etmiş ve katma değer vergisinde (dolaylı vergilerde) vergiyi tahsil edip vergi dairesine yatıran kişinin mükellef olduğu; asıl vergi yükü üzerinde kalan kişinin ise bu vergi ile ilgisi olmadığını kabul etmenin “mükellefiyet” kavramı ile bağdaşmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak VUK m.8’deki “mükellef” tanımı karşısında VUK m.377’de subjektif dava yeteneği olan davacı her zaman “yasal yükümlü” olacaktır. Bazı Danıştay kararlarının karşı oyunda da belirtildiği üzere¹⁶⁸, “fili yükümlüler”in hukuka aykırı olarak tarh edilen dolaylı vergiler için idari yargıda değil; adli yargıda yasal yükümlüye karşı uyumsuzluk çıkarmaları gerekmektedir.

Tarh işlemine karşı açılacak iptal davalarında vergi sorumlularının subjektif dava ehliyeti bulunup bulunmadığı da öğreti¹⁶⁹ ve yargı kararlarında¹⁷⁰ uzun bir süre tartışılmıştır. Burada sorun vergi sorumluluğu türlerinden biri olan “vergi kesenlerin sorumluluğu”nda çıkmaktadır. Bir görüşe göre tarh işlemlerine karşı açılacak davalarda vergi sorumlularının subjektif dava ehliyeti, bunlar hakkında tesis edilecek re’sen ve ikmalen tarh işlemleriyle sınırlıdır¹⁷¹. Verginin kesinti yoluyla ödendiği durumlarda vergi sorumlusunun subjektif ehliyeti bulunmadığı yönündeki görüşlerin hareket noktası kesintiyi yapan vergi sorumlusunun vergiyi beyan edip ödedikten sonra vergi ile ilişkisinin kalmamasıdır. Bu durumda hatalı kesilen vergi ile ancak malvarlığında eksilme meydana gelen yükümlü arasında bağlantı kurulabilir. Dolayısıyla hatalı kesilen vergi nedeniyle dava ve idari çözüm yollarına başvurma hakkı fazla kesinti yapılması nedeniyle malvarlığında eksilme meydana gelen yükümlüye aittir¹⁷².

asıl vergi yükü üzerinde kalan kişinin ise bu vergi ile ilgisi olmadığını kabul etmenin ise “mükellefiyet” kavramı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Dolayısıyla, vergi yükü üzerinde kalan davacının düzeltme talep etmesine bir engel bulunmayıp, bu talebinin reddi üzerine yaptığı şikayet başvurusunun reddine karşı açtığı davada, düzeltme talebinin reddine karşı açtığı dava dosyası ile birleştirilerek olayda bir vergi hatası bulunup bulunmadığı hususu irdelenerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir”.

¹⁶⁸ Danıştay VDDGK, T. 23.10.2009, E: 2008/23, K: 2009/455

¹⁶⁹ Bkz. AKKAYA, 1997, s.196; ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.81; KARAKOÇ, 2004, s.164

¹⁷⁰ Bu konudaki bazı yargı kararları için bkz. DAN.3.Daire, T:1/3/1985, E:1984/4804, K:1985/764;VDDK T:22/3/1994, E:1993/118, K:1994/195.

¹⁷¹ KANETİ, 1986/1987, s.241; KARAKOÇ, 1995, s.138

¹⁷² KANETİ, 1986/1987, s.241; KARAKOÇ, 1995, s.137

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe ise VUK m.8/3’de yer alan “Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen mükellef tabiri vergi sorumlularına da şamildir” hükmü uyarınca vergi sorumlularının her koşulda sübjektif dava yeteneği bulunmaktadır¹⁷³. Danıştay kararlarında da¹⁷⁴ benimsenen bu yorumun gerek olması gereken hukuka gerek VUK m.8/3 nedeniyle pozitif hukuka uygun olduğunu belirtmek gerekir. Vergi sorumlularının sınırlı bir sübjektif dava yeteneği olduğunu belirten görüş muhtemelen VUK m.378/1 hükmüne dayanmaktadır. Anılan hüküm uyarınca tevkif yoluyla alınan vergilerde dava açabilmesi, istihkak sahiplerine ödemenin yapılması ve ödemeyi yapan taraftan verginin kesilmiş olması şartlarına tabidir. Gerçekten de anılan hüküm stopaj yapılan hallerde davanın açılmasını yükümlünün malvarlığında azalma meydana gelmesine (verginin kesilmiş olmasına) bağlamıştır. Ancak VUK m.377/1 ve VUK m.8/3 hükmünden hareket edildiğinde bu tartışmayı yapmaya gerek bulunmamaktadır. Tarh işlemine karşı açılacak davalarda vergi kesenlerin VUK m.378’deki koşulu sağlamaları şartıyla (verginin kesilmiş olması) her zaman sübjektif dava ehliyeti vardır.

Tarh ve ceza işlemlerinde “üçüncü kişi ödevli”lerin sübjektif dava ehliyeti bakımından ise sorun bu kadar girift değildir. “Üçüncü kişi ödevliler”, vergi ödevi ilişkisinde vergi borcu ödeme ödevi ve bu ödevden çıkan şekli ödevlerin tamamen dışında, bilgi verme ve bildirimde bulunma, denetleme-kontrol gibi niteliği itibariyle tamamen farklı ödevler yüklenen kimselerdir¹⁷⁵. Beyanname imzalayan serbest muhasebeci mali müşavir(VUK mük. m.227), tasdik ödevini yerine getiren bir yeminli mali müşavir (3568 sayılı Kanun m.12), bilgi verme ödevini yerine getiren bir banka(VUK m.148 vd.) üçüncü kişi ödevlilere

¹⁷³ KUMRULU, 1990, s.131; AKKAYA, 1997, s.196; ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.81; KARAKOÇ, 2004, s.164; CANYAŞ, Oytun, Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu, Maliye Ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.48. Aynı sistematik yorumdan hareketle vergi sorumluları yükümlünün kullanılabilceği idari çözüm yollarına da başvurabilmelidir.

¹⁷⁴ Bkz. Dan. 3. D., Tarih: 11/10/1994, E: 93/3120, K: 94/3067; Dan. 7. D. Tarih: 22/5/1984, E: 84/127, K: 84/1074; VDDGK. Tarih: 22/4/1994, E: 93/118, K: 94/195 (www.Danistay.gov.tr/kerisim/container/jsp) Aksi yöndeki kararlar için bkz. Dan. 3. D., Tarih: 1/3/1985, E: 84/4804, K: 85/764.; Dan. 3. D., Tarih: 11/3/1986, E: 85/656, K: 86/793; Dan. 4. D. Tarih: 12/4/1989, E: 88/10, K: 89/1681. (www.Danistay.gov.tr/kerisim/container/jsp).

¹⁷⁵ CANYAŞ, 2006, s.29

örnek olarak verilebilir. Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi ödevli nitelendirmesi teorik bir nitelendirme değildir. Pozitif hukukta bilhassa Vergi Usul Kanunu'nda yer alan bir kavram değildir. Vergi Usul Kanunu'nda¹⁷⁶ vergi ödevlileri olarak yalnızca yükümlüler ve sorumluları düzenlemiştir. Buna karşılık “üçüncü kişi ödevli” kavramının mehz kanun olan Alman Vergi Usul Kanun'unda yer aldığı ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Yükümlü nezdinde tesis edilen bir tarh ve/veya ceza işlemine karşı açılacak davada üçüncü kişi ödevlilerin sübjektif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere bu işlemlere karşı VUK m.377/1 uyarınca sadece yükümlüler ve cezanın muhatabı dava açabilir. Dolayısıyla üçüncü kişi ödevlilerin söz gelimi bir yeminli mali müşavirin tasdik hizmeti verdiği bir yükümlü nezdinde tesis edilen bir tarh işlemine karşı dava açması mümkün değildir¹⁷⁸. Buna karşılık üçüncü kişi ödevlilerin cezanın muhatabı olmaları durumunda bu ceza işlemine karşı açılacak davada VUK m.377/1 gereği sübjektif dava yetenekleri vardır. Söz gelimi bir bankanın bilgi verme ödevini yerine getirmemesinden kaynaklanan usulsüzlük cezasına karşı VUK m.377/1 gereği dava açabilecektir. Hiç şüphesiz VUK m.377/1'deki özel ehliyet koşulu bulunmasaydı da menfaat ihlali kriteri gereği bankanın dava konusu ceza işlemiyle arasında ciddi ve makul bir ilgi bulunacaktı.

bb. Tahsil Sürecindeki Bireysel İdari İşlemlerde

Yukarıda da belirtildiği üzere, tahsil sürecinde “tahsil” adı altında tek bir idari işlem bulunmaktadır. Tersine tahsil belirli bir işlem değil, tahakkuk aşamasından sonra gelen bir süreçtir. Bu süreçte vergi alacağını güvence altına almak ve hazineye intikal ettirmek üzere pek çok idari işlem tesisi öngörülmüştür. 6183 sayılı AATUHK'da düzenlenen bu işlemlere ödeme emri, ihtiyati haciz, haciz, tecil gibi işlemler örnek olarak verilebilir¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Bkz. VUK m. 8

¹⁷⁷ M. AKKAYA, 1997, s. 202 (dn.40)

¹⁷⁸ Aksi görüş için bkz. CANYAŞ, 2006, s.68-69

¹⁷⁹ Ne var ki, tahsil sürecini düzenleyen 6183 sayılı AATUHK'da yer alan tüm idari işlem tipleri bu sürece ilişkin değildir. AATUHUK'da ihtiyati haciz gibi tahsilden önceki ama tahsille ilgili sürece ait idari işlemlerde soyut olarak öngörülmüştür.

6183 sayılı AATUHK’da söz konusu idari işlemlerin bir kısmından doğacak uyuşmazlıklar için özel ehliyet koşulları düzenlenmiştir. Söz gelimi, AATUHK m.15’de, ihtiyati hacze¹⁸⁰ karşı sadece haklarında ihtiyati haciz tatbik olunanların dava açabilecekleri öngörülmüştür. Yine aynı kanunun 58. maddesinde de, ödeme emrine karşı sadece kendisine ödeme emri tebliğ edilen şahısların dava açabilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla, yasa koyucunun özel ehliyet koşulu öngördüğü işlemler bakımından İYUK m.2’deki menfaat ihlali koşulu değil, özel ehliyet koşulu geçerli olacaktır. Bu sonuç, lex specialis ilkesi uyarınca özel normun uygulanmasından doğmaktadır. Görüldüğü üzere, VUK’daki düzenlemeler gibi anılan kanunun hükümleri de menfaat ihlali koşuluna göre daha dar kapsamlıdır. Bu nedenle hukuka aykırı pek çok idari işlem subjektif ehliyet koşulundaki daralma nedeniyle yargı denetimi kapsamında kalacaktır.

Tahsil sürecinde yer alan bazı bireysel idari işlemler bakımından herhangi bir özel ehliyet koşulu belirlenmemiştir. Bu tür idari işlemlere tecil ve haciz işlemi verilebilir. Bu işlemlerden doğan uyuşmazlıklara karşı açılacak davalar 2576 sayılı Kanun m.6’da yer alan koşulları sağlamaları durumunda vergi mahkemesinin görev alanına girecektir. Ancak daha önce de bahsedildiği üzere vergi mahkemesinin görev alanına giren her dava vergi davası olarak nitelendirilemez. Zira “vergi davası” terimi yasa koyucu¹⁸¹ tarafından tarh ve ceza işlemleri gibi belirli tür idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için kullanılmıştır. Bu nedenle 6183 sayılı Kanun’da özel ehliyet koşulu öngörülmediğinden bu idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda davacının subjektif dava yeteneğine sahip olup olmadığı İYUK m.2’deki menfaat ihlali kriterine göre saptanacaktır. Söz gelimi haciz işlemine karşı işlemle arasında makul ve ciddi bir ilgisi bulunan herkes dava açabilir. Anılan işlemler bakımından subjektif dava ehliyeti 6183 sayılı Kanun m.3’de tanımlanan “amme borçluları” ile sınırlı değildir.

¹⁸⁰ Yukarıda da belirtildiği üzere ihtiyati haciz işlemi tahsil sürecine ait değildir. İhtiyati haciz işlemine bu bölümde yer verilmesinin sebebi ana akımda tahsil sürecinde incelenmesidir. Bu konuda bkz. ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.155 vd.; KARAKOÇ, 2004, s.381 vd.

¹⁸¹ Bkz. VUK m.377 vd.; İYUK m.3/e.

Bu konuda değinmek istediğimiz son husus, idari işlemi talep yetkisine sahip olmakla davada sübjektif ehliyet sahibi olmanın farklı kavramlar olduğudur. Bu iki yetki birbirine karıştırılmamalıdır. Söz gelimi 6183 sayılı AATUHK m.48 uyarınca, sadece amme borçluları tecil talebinde bulunabilir. Ancak “tecil talebinin reddi” işlemine karşı bu işlemle arasında ciddi ve makul ilgi olan (menfaati ihlal edilen) herkes dava açabilir. Zira 6183 sayılı AATUHK’da tecil işlemleri için özel bir ehliyet koşulu getirilmemiştir. Bu nedenle söz gelimi, tecil işleminden doğan uyuşmazlıkta menfaat ihlali kriterini taşımak kaydıyla amme borçlusunun serbest muhasebeci mali müşavirinin sübjektif dava ehliyeti vardır.

cc. Vergi Mahkemesinin Görev Alanına Giren Diğer Bireysel İdari İşlemlerde

Yukarıda da açıklandığı üzere vergi yasalarında tarh, ceza ve tahsil sürecindeki işlemler dışında pek çok farklı konuyu düzenleyen idari işlem soyut olarak belirlenmiştir. Vergi yasalarının uygulanabilmesi için bu işlemlerin de tesis edilmesi söz konusu olabilmekte ve bu işlemlerden doğan uyumsuzluklar da 2576 sayılı Kanun m.6’daki koşulları taşıdığı ölçüde vergi mahkemelerinin görev alanına girmektedir. “Diğer bireysel idari işlemler” başlığı altında incelenebilecek bu işlemlere sakatlık indirimin reddi, uzlaşmanın temin edilememesi, şikâyet başvurusunun reddi gibi işlemler örnek olarak verilebilir.

Bu işlemlerin bir kısmı VUK’da, bir kısmı gelir vergisi gibi özel vergi yasalarında düzenlenmiştir. Bu işlemlerin muhatabı genellikle yükümlü veya vergi sorumlusudur. Söz konusu işlemler çoğu durumda yükümlü/sorumlunun talebi üzerine tesis edilmektedir. Bu nedenle talep reddedildiğinde sübjektif dava yeteneğinin salt yükümlü veya sorumluda olduğu yanılgısı doğabilir. Ancak yasa koyucu bu tür bireysel işlemlere karşı özel bir ehliyet koşulu belirlemediği sürece aktif husumetin mükellef/sorumlu ile sınırlı olduğunu söyleyemeyiz. Zira VUK m.377 vd. hükümlerinde öngörülen “vergi davaları”, salt tarh ve ceza işlemleri ile sınırlıdır. Bu anlamda bir kez daha yenilemek gerekirse, vergi mahkemesinin görev alanına giren her uyuşmazlık, vergi davası değildir. Diğer bir deyişle yükümlü ve VUK m.8/3 uyarınca vergi sorumlularının

dava açabileceği yönündeki sınırlama sadece bu işlemler için geçerlidir. Tahsil sürecinde gündeme gelen ödeme emri, ihtiyati haciz gibi işlemler açısından getirilen özel ehliyet koşulları da yine salt bu işlemlerle sınırlıdır. Bu durumda tarh, vergi ziyayı, usulsüzlük, ödeme emri gibi yasa koyucu tarafından özel ehliyet koşullarına bağlanan işlemler dışında aktif husumet İYUK m.2'deki "menfaat ihlali" kriterine göre belirlenecektir. Söz gelimi, uzlaşma başvuruları, VUK Ek.m.1 ve VUK m.8/3 gereği sadece yükümlü/sorumlu tarafından yapılabilir. Ancak uzlaşma başvurunun reddi işlemine karşı sadece yükümlü/sorumlular değil, menfaat ihlali kriterini sağlayan diğer kimseler de iptal davası açabilecektir. Bu bağlamda yükümlünün tasdik işlemini üstlenmiş yeminli mali müşavirin (menfaat ihlali koşullarını sağlamak şartıyla) uzlaşma başvurunun reddi işlemine karşı iptal davası açabilmesi gerekir. Zira açılacak bu dava vergi mahkemesinin görev alanına girmekle birlikte VUK m.377 vd. anlamında vergi davası değildir.

Tarh, ceza ve tahsil sürecindeki işlemlerin dışında kalan bazı bireysel idari işlemler vergi yasaları dışında düzenlenmiştir. İhbar ikramiyesinin ödenmesi talebinin reddi bu tür işlemlere örnek olarak verilebilir. Kanaatimizce bu tür işlemlerden doğan uyuşmazlıklar vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin olmadığından vergi mahkemelerinin görev alanına girmemektedir. Ancak istikrar kazanan Danıştay içtihadı aksi yöndedir¹⁸². İster idare ister vergi mahkemesinin görev alanına girsin, bu tür bir işleme karşı açılacak iptal davasında da aksi yasa koyucu tarafından belirtilmediği sürece menfaat ihlali kriteri geçerli olacaktır.

b. Düzenleyici İşlemlerden Doğan Vergi Uyuşmazlıklarında Aktif Husumet

Vergi yasalarının uygulanması için tesisi gereken tek idari işlem türü bireysel idari işlemler değildir. Bunların yanı sıra vergi yasalarının uygulanabilmesi için düzenleyici işlemlerin de tesisi gerekebilmektedir. Vergi yargılaması hukukunda düzenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı

¹⁸² Bkz. Dan. 3.Daire, T:16/3/1988, E:1987/1448, K:1988/857; Dan.9.Daire T:4/10/1992, E:1992/967, K:1992/2157.

Danıştay'ın görev alanına girmektedir. Zira, AY m.73/4 gereği vergi hukukunda sıklıkla başvuru Bakanlar Kurulu Kararları'ndan doğan uyuşmazlıklarda görevli idari yargı mercii ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'dır¹⁸³. Aynı şekilde 2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24/c uyarınca ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıklar da ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın görev alanına girmektedir. Ne var ki, vergi hukukunda düzenleyici işlemlerden doğacak uyuşmazlıklarda Danıştay görevli tek yargı mercii değildir. Vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülüğün uygulanması sağlamak üzere ülke çapında değil, belirli bir mahalde uygulanmak üzere çıkarılan bir düzenleyici işlemde doğan uyuşmazlık vergi mahkemesinin görev alanına girecektir. Bu sonuç dayanağını Danıştay Kanunu m.24/c ve 2576 sayılı Kanun m.6/a hükmünden almaktadır. Ancak vergi mahkemesinin görev alanına giren bu tür bir uyuşmazlık yukarıda pek çok kere belirtildiği üzere “vergi davası” niteliği taşımayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımız göstermektedir ki, vergi hukukundaki düzenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda davacının subjektif ehliyeti aksi yasa koyucu tarafından öngörülmediği sürece “menfaat ihlali” kriterine (İYUK m.2) göre belirlenecektir. Bu nedenle, söz gelimi bir KDV Tebliği'ne karşı açılacak davada davacının KDV'nin yasal yükümlüsü olması gerekmez. Menfaat ihlali koşulunu taşıması şartıyla fiili yükümlüler de KDV Tebliği'ne karşı açılacak davalarda subjektif dava yeteneğine sahiptir. Halbuki daha önce de belirtildiği üzere, kdv tarh işlemine karşı açılacak davada VUK m.377/1 gereği, sadece yasal yükümlülerin subjektif dava yeteneği bulunmaktadır.

Bununla birlikte yasa koyucunun özel ehliyet koşulu öngördüğü düzenleyici işlemlerde davacının husumeti İYUK m.2'deki menfaat ihlali kriterine göre değil, ilgili kriter gereği belirlenecektir. VUK mük m.49/a-2'de bu tür bir özel ehliyet koşulu yer almaktadır. Anılan hükme göre, Maliye ve İskan Bakanlıkları tarafın müştereken ilan edilecek “inşaat maliyet bedelleri”ne karşı sadece Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği dava açabilmektedir. Dolayısıyla inşaat maliyet bedellerine karşı açılacak iptal

¹⁸³ Bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu n.24/1-a

davalarında İYUK m.2'nin öngördüğü menfaat ihlali koşulu uygulanmayacaktır. Sadece yasada belirlenen kişilerin sübjektif dava yeteneğine sahip olduğu kabul edilmiştir. Sübjektif dava yeteneğini oldukça daraltan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesinden sapma anlamına geldiği açıktır.

2. Vergi Yargılaması Hukukunda Pasif Husumet (Davalının Husumeti)

Daha önce de ifade edildiği üzere, idari yargılama usulü hukukunda pasif husumet, dava konusu idari işlem veya eylem ile davalı arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. İptal davalarında pasif husumetin işlemi tesis eden idari mercie yöneltilmesi gerekmektedir¹⁸⁴. Ancak husumetin yanlış idari mercie yöneltilmiş olması İYUK m.15/1-c uyarınca davacı bakımından önemli bir sonuç doğurmamaktadır. Zira anılan hüküm, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğini öngörmektedir. İptal davalarında pasif husumetin yanlış idari mercie yöneltilmiş olmasının dava ret sebebi olarak sayılmamış olması, bu davaların objektif niteliğiyle açıklanabilir¹⁸⁵. Zira bu davaların varlık nedeni mümkün olduğu kadar çok sayıda hukuka aykırı idari işlemin hukuk dünyasından silinebilmesidir. İdari yargılama usulü hukukunda husumetin yer almasının nedeni idari işlemin yapılmasına dayanak maddi- hukuki etkenlerin ve işlemin diğer unsurlarındaki hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasıdır¹⁸⁶. Bu işlemi hangi idari mercinin yaptığı bunun ötesinde bir anlam taşımaz. İptal davaları bu nitelikleri gereği hasımsız davalar olarak da adlandırılabilir¹⁸⁷.

Vergi hukukunda çıkarılan yargısal uyuşmazlıklar kural olarak iptal davası olduğundan, bu davalarda da husumetin önemi idari işlemin yapılmasına dayanak etkenlerin ve işlemin diğer unsurlarındaki hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılması bakımındandır. Bu nedenle pasif husumetin dava konusu işlemi yapan idari mercilere yöneltilmesi gerekir. Bu bağlamda söz gelimi, davalı idare olarak işlemi tesis eden Vergi Dairesi Başkanlığının gösterilmiş olması

¹⁸⁴ ÇELİKKOL, 1985, s.768

¹⁸⁵ Buna karşılık özellikle idari eylemden doğan tam yargı davalarında husumetin dava ret nedeni olarak sayılmamış olması eleştiri konusu yapılabilir.

¹⁸⁶ CANDAN, 1987, s.11

¹⁸⁷ CANDAN, 1987, s.11

pasif husumet ile ilgilidir¹⁸⁸. Diğer taraftan işlemi tesis eden değil de genel olarak vergi dairesi başkanlıklarının davalı olarak gösterilmesi ise davalının taraf ehliyeti ile ilgilidir.

Vergi yargılaması hukukunda pasif husumete ilişkin tartışma VUK m.377/2'deki ayrıkçı düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Anılan hükme göre vergi dairesi (müdürlükleri), tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilmektedir. Bu işlemlere karşı açılacak davalarda sorun, söz konusu davalarda husumetin kime yöneltileceği noktasında çıkmaktadır. Danıştay bir kararında¹⁸⁹ vergi dairesi müdürlüğü ile takdir komisyonu başkanlığının davacı ile davalı olarak karşı karşıya gelmelerinin mümkün olmamasından hareketle ilçe takdir komisyonu yerine mükellefin hasım olarak kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Kanaatimizce bu karara katılmak iptal davalarında pasif husumete yer verilmesinin gerekçesiyle örtüşmemektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, iptal davalarında pasif husumete yer verilmesinin nedeni genel olarak idari işlemin unsurlarındaki hukuka aykırılıkların tespit edilebilmesini sağlamaktır. Bunun için iptal davalarında pasif husumetin idari işlemi tesis eden idari mercie yöneltilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla somut olayda husumetin mükellefe veya vergi dairesine değil; takdir komisyonuna yöneltilmesi gerekmektedir¹⁹⁰.

Esasen VUK m.377/2 ekseninde sürdürülen tartışmalar yasa koyucunun “kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan” bir işleme karşı dava yolunu açmasından kaynaklanmıştır. Bilindiği üzere, takdir komisyonlarının subjektif matrah tespit etme işlemleri, hazırlayıcı işlem-kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem ayırımında “hazırlayıcı idari işlem” kategorisine girmektedir¹⁹¹. Hazırlayıcı idari işlemler İYUK m.14/3-d¹⁹² ve İYUK m.15/b uyarınca dava konusu yapılamaz.

¹⁸⁸ Aynı doğrultuda bkz. KARAKOÇ, 1995, s.140

¹⁸⁹ Dan.3 Daire T:10/2/1999, E:1997/2455, K:1999/426, Danıştay Dergisi, S:101, s.257-258

¹⁹⁰ Aynı doğrultuda bkz. CANDAN, 1987, s.11

¹⁹¹ ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, 2008, s.103; SABAN, 2009, s.135. Aksi yönde bkz. CANDAN, 1987, s.11

¹⁹² İYUK m.14/3-d: “İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı”

Bu işlemlerin dava konusu yapılması durumunda İYUK m.15/b davanın reddine karar verilmektedir. Ancak yasa koyucu VUK m.377/2’de bu kuralın aksini öngörmüştür. Özel norm niteliği taşıyan bu hüküm aracılığıyla hazırlayıcı idari işlem niteliği taşıyan takdir komisyonlarının sübjektif matrah tespit etme kararları dava konusu yapılabilmektedir. Kanaatimizce yasa koyuncun bu yönde bir düzenleme yapmasına gerek bulunmamaktadır. Zira mükellef tarafından açılacak bir vergi davasında hazırlayıcı işlem niteliği taşıyan takdir komisyonları kararlarındaki hukuka aykırılıklar da ileri sürülebilecektir. Bu nedenle pasif husumet bakımından da tartışmaya yol açan bu hükmün ilga edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Vergi yargılaması hukukunda objektif ve sübjektif dava ehliyeti bakımından ortaya çıkan sonuçları şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

Vergi yargılaması hukukunda objektif dava ehliyeti başlığı altında taraf ve dava ehliyetleri irdelenmiştir. İdari yargılama usulü hukukunda İYUK m.31/1 gereği taraf ve dava ehliyetleri HMK hükümlerine göre belirlenmektedir. HMK hükümlerine yapılan atıf İYUK m.31/2 uyarınca vergi yargılaması hukukunda da geçerlidir. Kanaatimizce HMK’ya atıf yapılan kurumlar, idari yargılama usulü hukuku ve vergi yargılaması hukukunda bu hukuk dallarının ilke ve kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Söz konusu hükümler çoğu zaman iptal davalarının objektif niteliğiyle örtüşmemektedir.

Bu çerçevede, sorun, özellikle tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların taraf ve dava ehliyeti bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki HMK hükümleri doğrudan uygulandığında anılan toplulukların objektif dava yeteneğine sahip olmadığı sonucuna varılacaktır. Halbuki idari işlem tesisi, idari işlem den menfaati ihlal edilen kimsenin hak ehliyetine sahip olmasına tabi değildir. İdari işlemin tesisi bakımından önemli olan, hakkında işlem tesis edilen kimsenin idarenin uyguladığı yasa kapsamında olmasıdır. Bu durum yasal idare ilkesinin gereğidir. Öte yandan tek yanlı idari işlemler ilgisinin rızasına gerek göstermemektedir. Bu nedenle, tüzel kişiliği olmayan topluluklar hakkında bunların hak ehliyeti bulunmamasına rağmen idari işlem tesis edilmektedir. Bu

noktadan hareketle, tüzel kişiliği olmayan özel hukuk topluluklarının da taraf ve dava ehliyetine sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

Çalışmada objektif dava yeteneği idare bakımından da değerlendirilmiştir. İdari yargılama usulü hukukunda idarenin taraf ehliyeti bakımından yapılan tartışmaların 659 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesiyle büyük ölçüde son bulduğu söylenebilir. Anılan KHK, -Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taraf ehliyeti sorununda da ortaya konduğu üzere- vergi yargılaması hukuku bakımından da sonuç doğurmaktadır. Diğer taraftan, 5345 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler, vergi yargılaması hukukunda idarenin taraf ehliyeti tartışmalarını, 659 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önceki dönemde de büyük ölçüde sona erdirmiştir. Yine 5345 sayılı Kanun ve 659 sayılı KHK'da idarenin dava ehliyetine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümler HMK hükümlerine göre özel norm niteliği taşımaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda subjektif dava yeteneği çalışmada aktif husumet ve pasif husumet olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmiştir. Vergi yargılaması hukukunda aktif husumet davacı ile dava konusu işlem/eylem arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Vergi yargılaması hukukunda gerek bireysel idari işlemler gerek bazı düzenleyici işlemler bakımından aktif husumetin yasa koyucu tarafından özel olarak düzenlendiği hükümler yer almaktadır. VUK m.377, AATUHUK m.58, VUK mük. m.49 bu tür ayrıksı düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Anılan hükümler özel norm niteliği taşıdığından yasa koyucunun davacının subjektif ehliyetini düzenlediği bu hallerde İYUK m.2'deki menfaat ihlali hükmü uygulanmayacaktır. Bu tür ayrıksı düzenlemelerin yer almadığı hallerde ise davacının subjektif dava yeteneği diğer idari işlemlerde olduğu üzere "menfaat ihlali" kriterinden hareketle saptanacaktır. Menfaat ihlali kriterinin geçerli olacağı bu işlemlerden doğan uyuşmazlıklara tecil ve haciz işlemleriyle VUK mük. m.49 dışında düzenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıklar örnek verilebilir.

Davacının subjektif yeteneği ile ilgili ortaya çıkan bir diğer önemli sonuç "vergi davası"nın kapsamına ilişkindir. VUK m.377 vd. ve İYUK m.3/e hükmü incelendiğinde vergi davaları belirli tür idari işlemlerden doğan uyuşamaz-

lıkları ifade etmek üzere kullanılmıştır. Söz konusu idari işlemler ise bireysel nitelikli tarh ve ceza işlemlerdir. Dolayısıyla vergi mahkemesinin görev alanına giren her türlü uyuşmazlık yasa koyucunun terminolojisi uyarınca vergi davası niteliği taşımamaktadır. Bu tespit, vergi mahkemelerinin görev alanına giren bütün uyuşmazlıkların yükümlü/sorumlu ikilisi tarafından çıkarılmasının gerekip gerekmediği bakımından önem arz etmektedir. Vergi mahkemesinin görev alanına giren bir uyuşmazlık vergi davası değilse (VUK m.377'nin kapsamına girmiyorsa) ve bu uyuşmazlık için AATUHK m.58'deki gibi özel bir dava yeteneği de öngörülmemişse, davacının subjektif yeteneği, menfaat ihlali kriterine göre (İYUK m.2) belirlenecektir. Aynı şekilde VUK mük. m.49/2'deki gibi subjektif dava yeteneğinin yasa koyucu tarafından özel olarak belirlenmediği düzenleyici işlemler bakımından da davacının subjektif yeteneği, menfaat ihlali kriterine göre saptanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, vergi yargılaması hukukunda önemli sayıda normda davacının subjektif dava yeteneği özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler toplu olarak değerlendirildiğinde vergi hukukunda tesis edilen idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar ile diğer idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar arasında eşitlik ilkesi bakımından tartışmalı bir ayırım yapıldığı sonucuna varılmıştır. Zira çalışmada sergilediğimiz üzere yasa koyucunun özel olarak belirlediği bütün ehliyet koşulları menfaat ihlali kriterini daraltmaya yöneliktir. Bu düzenlemelerden hareketle, vergi yargılaması hukukunda subjektif dava yeteneğinin tam yargı davalarındaki kişisel hak ihlaline yaklaştığı söylenebilir. Hâlbuki vergi yargılaması hukukundaki davalar kural olarak iptal davasıdır. Bu çerçevede, yasa koyucu tarafından getirilen bu özel koşulların Anayasanın herhangi bir maddesinde düzenlenmiş amaçlara uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır. Daha da önemlisi bu düzenlemelerin hukuk devleti ilkesinden önemli bir sapma anlamı taşıdığı ortadadır. Bu bağlamda söz konusu düzenlemelerin özellikle hak arama hürriyetini kısıtladığı söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de¹⁹³ iptal davalarında menfaat ihlali koşulunu kişisel hak ihlali ile değiştiren bir hükmü, Anayasanın 2., 36. ve 125.

¹⁹³ Bkz. AYMK. E:1995/27, K:1995/47

maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Kanaatimizce, söz konusu kararda belirtilen gerekçeler VUK m.377/1, AATUHK m.58 gibi hükümler için de tartışma konusu yapılabilir.

Vergi yargılaması hukukunda davalının husumeti (pasif husumet) bakımından ise idari yargılama usulü hukukundan farklı bir düzenleme yer almamaktadır. Vergi yargılaması hukukunda bu konuda tartışma VUK m.377/2 hükmü nedeniyle çıkmaktadır. Kanaatimizce takdir komisyonlarına karşı açılacak davalarda husumetin, mükellefe değil, takdir komisyonuna yöneltilmesi gerekmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akkaya, Mustafa, “Vergi Hatalarının Yargısal Yolla Düzeltilmesinde Süre”, Yaklaşım, Yıl:2, S:13, Ocak 1994.

Akkaya Mustafa, “Vergi Sorumlularının Vergi Yargısı Ve İdaresi Karşısındaki Konumu”, AÜHFD, Cilt:46, S:1-4, 1997.

Akyürek, Akman, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru”, Danıştay Dergisi, S:81, Yıl:21, 1991, s.29-45.

Bayar, İbrahim Nihat, “Vergi Yargılaması Hukukuna Hakim Olan İlkelerin Ayırıcı Özellikleri”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl:, Sayı:21, Eylül 2006.

Candan, Turgut, “Takdir Komisyonlarının Kararlarına Karşı Açılacak İdari Davalarda Hasım Sorunu”, Danıştay Dergisi, S:64-65, Yıl:17, 1987, s.5-14

Candan, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2012, Ankara.

Canyaş Oytun, Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu, Maliye Ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006.

Canyaş, Oytun, Vergi Normlarında İdarenin Takdir Yetkisinin Saptanması, Mali Akademi Yayınları No:2, Ankara, 2012.

Çelikkol Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, Adalet Dergisi, Yıl:76, S:1-3, 1985, s.749-770.

Çırakman, Erol, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 10-11-12 Haziran 1982, s.102-112.

Erhürman, Tufan, “İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu. (www.danistay.gov.tr/4IDARI%20YARGIDA%20OZEL%20EHLIYET%20YETENEK%20KOSULU.htm<17/5/2010>

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt:2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003.

Günday Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, 2001Yılı İdari Yargı Sempozyomu, www.da-

nistay.gov.tr/7HMK%20HUKUMLERININ%20IDARI%20YARGIDA%20UYGULANMA%20ALANI.htm<15.3.2010>

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara,2004.

Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulaması, 2. Basım, Filizkitapevi, İstanbul, 2004.

Kaneti, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3434, Hukuk Fakültesi yayın No:698, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987.

Karakoç, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul,1995.

Karakoç, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Kumrulu, Ahmet, “Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri”, Ankara,1989.

Kumrulu, Ahmet ,“Vergi Yargısında Sorunlar“, 6. Maliye Sempozyumu, 1990, s.119-136.

Kuru, Baki; Arslan, Razaman;Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 22.Baskı, Ankara, 2011.

Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan Nami, Vergi Hukuku, 15. Bası, Ocak 2008.

Özdek, Yasemin, “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, Amme İdaresi Dergs, Cilt:24, S:1, 1991, s.99-115

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özokes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2007.

Saban, Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2009.

Zevkliler Aydın, Acabey M.B., Gökyayla K.E., Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 5.Bası, Ankara, 1997

**DANIŞTAY’IN NAKLEN ATAMALARDA
“AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA EŞ DURUMUNUN
GÖZETİLMESİ” İLKESİNE YAKLAŞIMI**

*Council of State’s Approach to “to Take Care of Partner’s Situation” While
Transffer of Public Servants by Appointment*

Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN *

ÖZET

Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlölük yüklemiştir. Özellikle naklen atama işlemlerinde takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin durumlarda nelere dikkat edilmesi konusunda Danıştay’ın görüşlerini belirttiği Danıştay kararlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti, kamu görevlisi, naklen atama, aile birliği, eş durumunun gözetiilmesi

ABSTRACT

Protecting the unity of family is one of the most important constitutional rule. We have particularly mentioned the Council of State decisions where the supreme court has given opinions referring to what caution should be given in using discretionary powers in transfer procedures by appointment.

Key Words: public service, public servant, transffer of public servant by appointment,unity of family, to take care of partner’s situation

◆◆◆◆

GİRİŞ

Kamu hizmetini etkin, verimli ve amacına uygun bir Şekilde yürütmekle mükellef bulunan idare, bu amacın gerçekişmesinde aktif rol oynayan kamu gö-

* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı,
sydogan@akdeniz.edu.tr

revlileri üzerinde belli tasarruflarda bulunabilir. Çünkü, belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Buna karşılık aynı idarenin yapacağı bu tasarruflar kamu görevlilerinin kişisel, özlük haklarına, daha geniş bir ifadeyle mevzuata aykırı olamayacaktır.¹

Kamu hizmetinin kişi unsurunun büyük bir kısmını devlet memurları oluşturur. Dolayısıyla devlet memurlarının hukuki statüsü, idarenin işleyişinde önemli bir etkidir. Devlet memurlarının nitelikleri, atanmaları, çalışma koşulları, memurluk statüsünün sona ermesi gibi sebeplerin yanı sıra nakilleri de memurluk mesleğinin dolayısıyla idarenin niteliğinin etkin bir göstergesidir. Devlet memurlarının hangi koşullarda görevlerinin ve yerlerinin değiştirilebileceği hususu yürüttükleri kamu hizmetinin içeriğini doğrudan etkiler.

Maddi ve manevi getirilerinin yeterliliği tartışmaya açık olan devlet memurluğunu meslek olarak seçen, hayatını bu işe adayan bir kişi için kötüye kullanılacak bir naklen atama yetkisi yıkım olabilir. Kamu personel hukukunun uygulamaya yansıyan en büyük sorunu naklen atamalardır. Zira mevzuatın yetersiz olması ve idareye geniş takdir hakkı tanımış olmasından dolayı “naklen atamalardaki hukuka aykırılıklar” adeta kanayan yara niteliğindedir.

Anayasa'nın 41. Maddesinin 1. Ve 2. fıkrası “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” şeklindedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinin 2. Fıkrası ise “Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aile biriminin muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. Maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, personele eşinin görev süresi

¹ Cemil Kaya, “Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72”, *SÜHFD*, C.6, 1998, s.638.

ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir.” şeklindedir. Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Devlet Memurları Kanunu madde72/2’de sözü edilen hüküm eşi arzu ettiği takdirde aynı yerde çalışmasına dolayısıyla aile birliğini korumaya matuftur. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük getirmiştir.

Danıştay’a göre, bu maddeyle Anayasa koyucu aileyi parçalamaktan kurtarmak, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşımıştır.²

“Nakil” kelimesi, diğer sözlük anlamları yanında, bir memurun bir yerden başka bir yerdeki göreve atanması anlamında da kullanılmaktadır. Güran nakil kavramını, “Tahvil, esas itibariyle amme hizmetinin iyi işlemesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için tatbiki gereken bir tedbir ve müessesedir”³ şeklinde, Can ise “Nakil ilke olarak kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idari bir tasarruftur”⁴ şeklinde tanımlamıştır.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin kurallar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun IV. Kısımında yer alan “yer değiştirme” başlıklı 3. Bölümünde düzenlenmiştir. 72.madde “yer değiştirme suretiyle atama”, 73.madde “karşılıklı olarak yer değiştirme”, 76. madde “memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi” ne ilişkindir. Aynı bölümde vekalet görevi, ikinci görev yasağı, ders görevi gibi nakille alakalı olmayan düzenlemelere de yer verilmiştir. Sınıf değişikliğine dair 71. madde hükmü nakile ilişkin olmasına rağmen 2. Bölümde düzenlenmiştir.

² Danıştay 5. Dairesi’nin 25.1.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, **DD.**, S.91, s.513, 1996.

³ Sait Güran, “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, İÜHFİM, C.XXIX, S.1-2, 1963.

⁴ Cavit Can, “Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)”, **DD.**, Atatürk’ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda aynı anlam değişik kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin, kanunun inceleme konumuzla ilgili hükümlerini içeren 3.bölümünde başlık olarak “Yer değiştirme” kelimesi kullanıldığı hâlde, aynı Kanunun 72.maddesinde “Yer değiştirme suretiyle atama” dan söz edilmekte, 74.maddesinde “Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri”nden bahsedilmekte, 76.maddesinde de “Memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi”nde uygulanacak ilkeler gösterilirken, aynı maddenin ilk fıkrasında “naklen atayabilirler” sözcüklerine de yer verildiği görülmektedir. Ayrıca, “Buldukları yerden başka yerlerdeki görevlere nakledilen” memurların aylıklarının veriliş şeklini düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 169.maddesinde de “görev yeri değiştirilen” memurlardan söz edildiği de göz önünde tutulacak olursa, hukuk dilimizde aynı kurumu ifade eden sözcüklerin seçimi ve kullanılmasında ortak bir yol izlenmediği kolayca anlaşılmaktadır.⁵ Bu bağlamda adı geçen terimleri eş anlamlı olarak belirtmek gerekir. Naklen atama, “yer ve görev değişikliği” olarak anlaşılmalıdır.

Bütün idarî faaliyetlerde ve bu faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan bütün idarî işlemlerde amaç kamu hizmetidir. Yani bu gibi işlemlerle de varılması düşünülen hedef kamu hizmetinin naklen atanılan yerde daha rasyonel ve daha verimli olarak yerine getirileceği inancıdır⁶. Naklen atamalara memurun üst makamlara hazırlanması, kurum ve dairelerde belirli birimlerde yığılmaları düzenlemek, tatmin ve ödüllendirme veya başka gerekçelerle başvurulabilir. Naklen atama hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu amaçla tesis edilen bir işlem memuru cezalandırma amacına yönelik bir müeyyide olarak görülmemeli, kamu hizmetini ön planda tutan bir araç olarak görülmelidir. Ancak en tehlikeli kullanım naklen atamaların cezaya, bir idari yaptırıma dönüşmesidir ve bunun örnekleri de azımsanmayacak derecededir.⁷

Bu açıklamalardan sonra naklin tanımını yapmak gerekirse nakil, ilke ola-

⁵ Mustafa Avcı, “Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002 ,s.37.

⁶ Can(1981): s.96.

⁷ Yücel Oğurlu, “Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Eskişehir, 2003, s. 153.

rak, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idarî bir işlemdir. Devlet memurlarının aynı hizmet örgütü içinde başka bir yere veya göreve naklen atanmasında göz önünde tutulacak amaç kamu hizmetidir.⁸ Memur ise, bu fonksiyonun en iyi bir şekilde ifası için bir takım yetki ve görevler taşıyan kişisel unsur durumundadır. O hâlde, naklen atama, hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu kurumun pozitif esaslarını koyarken ön plânda "hizmeti" bulundurmamak, sistemi sadece kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesini sağlamak şeklinde düzenlemek, daha sonra da bu anlayış ve uygulamanın yanında kamu görevlilerini de güvenceden yoksun bırakmamak ve özellikle naklin aslî niteliğini unutarak onu, bir disiplin cezası veya memur aleyhine bir müeyyide olarak kullanmamak gerektiğine özen göstermek lazımdır.⁹ Memur güvenliğini en fazla tehdit eden ve idarecilerin keyfi kullanımına açık olan bu nedenle de en fazla uyuşmazlık doğuran konulardan birisi naklen atamalarıdır.¹⁰ Sık sık yapılacak naklen atamalar uzmanlaşmayı engelleyebilir ve yürütülen kamu hizmetinin yavaşlamasına, kalitenin düşmesine sebebiyet verebilir. Ayrıca naklen atama işlemi tesis edilirken memurun ailesinin karşılaşılabileceği muhtemel sorunlar da göz ardı edilmemelidir.¹¹

Bu çalışmada sırasıyla aile ve aile birliğinin tanımından sonra naklen atamalarda "eş durumunun gözetilmesi" yükümlülüğünün doğması için bulunması gerekli şartlar, idarenin "eş durumunun gözetilmesi" yükümlülüğünü ortadan kaldıran haller ve eşin atanacağı yerde diğer eşin çalıştığı kurumun teşkilatının bulunmaması durumunda yapılması gerekenler incelenecektir.

I. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA AİLE VE AİLE BİRLİĞİ

Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yüklemiştir.

⁸ Avcı(2002): s.38.

⁹ Güran(1963): s.155-176.

¹⁰ Oğurlu(2003): s.151.

¹¹ Oğurlu(2003):s.155.

Anayasa'nın “Ailenin Korunması” kenar başlıklı 41. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanun'un 03.10.2001 tarihinde kabulü ve 15.10.2001 tarihinde 24556 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle değiştirilmiştir. Bu değişiklikle Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresi eklenmiştir. Değişiklik sonrasında 41. madde aşağıdaki hali almıştır: “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin korunması açısından iki önemli açılımı vardır.¹² Bunlardan ilki, yapılan değişiklikle eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Değişiklik gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme getirme amacı vurgulanmıştır. Diğeri, ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir.¹³ Madde gerekçesinde, ailenin sosyal yapısının ve millet hayatında oynadığı rolün, onun korunması yolunda bir hükümün Anayasa'da yer almasını zorunlu kıldığı belirtilmiştir.

Aile kavramı Medeni Kanun(MK)'da da tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde¹⁴ dar, geniş ve en geniş anlamda aile kavramlarının tanımı üzerine görüş birliği sağlanmıştır. Dar anlamda aile, sadece eşlerden (karı ve koca) meydana gelen ve evlilik birliği esas alınarak belirlenen bir kavramdır. Geniş anlamda aile, eşlerin yanı sıra onların çocuklarını da kapsar. Anne, baba ve çocuklardan oluşan bu aileye velayet ailesi adı da verilmektedir.¹⁵

¹² Ailenin korunmasına ilişkin en açık anayasal hüküm 41. madde olmakla birlikte, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” ifadesini içeren 20. madde de ailenin korunmasına hizmet eder niteliktedir.

¹³ Emel Badur, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84,s.63.

¹⁴ Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku*, 10.bs., İstanbul, 2006, s. 5-6; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 18-19; Şahin Akıncı, “Medeni Kanun'da Kadın ve Aile”, *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2, s. 22. Aile kavramı ve tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali Uçar, *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara, 2003, s. 21 vd., Akıntürk(2006):s.6; Ayan(2004):s.18.

¹⁵ Badur(2009):s.71.

En geniş anlamda aile ise, aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir. MK'nın 367. maddesinin de dikkate alınmasıyla, en geniş anlamda ailenin aynı çatı altında yaşayan kan ve kayın hısımlarıyla, bir sözleşme ilişkisine dayanarak birlikte yaşayan dadı, hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişileri de kapsadığı kabul olunmaktadır.¹⁶

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde sözü edilen "aile"nin velayet ailesi (geniş anlamda aile) yani anne, baba ve çocuklardan oluşan aile olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddede "... yer değiştirme suretiyle tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarla izin verilir..." hükmü bulunmakta ve sadece eşlerden söz etmektedir. Hal böyle olunca Devlet Memurları Kanunu'nun aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlikten yani "en geniş aile"den söz etmediği açıktır.

II. NAKLEN ATAMALARDA EŞ DURUMU GÖZETİLİRKEN UYULMASI VE BULUNMASI GEREKLİ ŞARTLAR

Naklen atamalarda eş durumu gözetilirken konuyu ikiye ayırarak inceleme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Zira, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar ile eşlerin aynı kurumda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar farklıdır. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki genel kaide eş durumu gözetilmeden tesis edilen bir naklen atama işleminin hukuka aykırı olduğudur.¹⁷

¹⁶ Badur(2009): s.71.

¹⁷ "...Davalı idarede avukat olan davacının Bölge Müdür yardımcısı vekili olarak görev yaptığı sırada geçirdiği soruşturmayla dayanılarak Bitlis Bölge Müdürlüğüne avukat olarak naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul Devlet Kitapları Müdürlüğünde memur olarak çalıştığı anlaşıldığından, işlemin 657 sayılı Yasanın değişik 72.maddesine aykırı olarak eş durumu değerlendirilmeden tesis edilmesinde bu yönden hukuka uyarlık görülmemiştir..."Danıştay 5.Dairesi'nin 01.07.1992 tarih ve E.1991/414, K.1992/2126 sayılı kararı, **DD.**, S.89, s.286.

A. Eşlerin Ayrı Kurumlarda Çalışmaları Durumunda Eş Durumunun Gözetilmesi

Devlet Memurları Kanunu' nun 72.maddesinin 2.fikrasında eşlerin farklı kurumlarda veya aynı kurumun başka yerdeki teşkilâtında olmaları durumu düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir nakil işleminde eş durumunun gözetilerek işlem tesis edilebilmesi için aranan şartlar şöyledir; yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılan bir atama olması, kurumlar arasında gerekli koordinasyonun sağlanması, memur olan diğer eşin de isteğinin bulunması, atanacak eş memurun da Kanununun 74 ve 76.maddelerindeki esaslara göre atanması. Ancak nakil işlemlerinde eş durumunun gözetilmesi konusundaki bu yasal yükümlülüğe idarelerin pek uyduğu söylenemez.

1. Kurumlar Arasında Koordinasyon Sağlanması

Danıştay 5. Dairesi verdiği bir kararda Maliye Bakanlığında görev yapan ve bir başka yere atanan davacının öğretmen olan eşinin durumunun atama sırasında gözetilmeden işlem tesis edilmesini iptal sebebi saymış ve kararında koordinasyon zorunluluğunun ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin ilkeyi de belirtmiş bulunmaktadır. Kararın özeti şu şekildedir;

“...Bu hükümlere göre, yer değiştirme suretiyle yapılacak atama ve nakillerde aile birliğinin korunması amacıyla koordinasyon sağlanması için nakil işleminin tesisinden önce maddede öngörülen usûle göre idarece gerekli diğer işlemlerin tamamlanması zorunluluğu açıktır. Başka bir anlatımla, 657 sayılı Kanun'un dayanağını Anayasa'nın 41.maddesinden alan 72.maddenin 2.fikrasını uyarınca, ayrı kurumlarda çalışan eşler yönünden nakil işleminin tesisinden önce kurumlar arasında koordinasyon sağlanmak suretiyle; aynı kuruma bağlı olarak çalışan eşler yönünden ise eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerlerin ilgili kurumca önceden belirlenmesi, diğer eşin isteği hâlinde bu yere nakledileceğinin kendisine tebliği şeklinde işlem yapılması gerekmektedir...” Yukarıda özetine yer verilen Danıştay kararı uyarınca kurumlar naklen atama işlemini tesis ederken eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerleri belirlemeli ve eşin de isteğinin bulunması durumunda belirlenen yere naklinin yapılabileceğinin tebliğ edilmesi gereklidir.

Ancak, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 72. maddesi uyarınca devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorunda olan idare yürütülen bir soruşturma sonucu kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varması halinde eşin görev yaptığı kurum ile koordinasyon sağlamadan önce naklen atama yapılabilir.¹⁸ Ancak Danıştay'ın genel görüşü koordinasyon sağlanması gerektiği yönündedir.¹⁹

¹⁸ "...Bu nedenle kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varılan durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Davacının Gaziantep Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü olarak görev yaptığı dönemde edindiği bazı malları bildirmemesi, haksız mal edindiği ve kurum dışında bazı kişilerle çıkar ilişkilerine girdiği yolunda ihbar ve iddialarda bulunulması üzerine açılan idari soruşturmada aynı yerde görev yapan bazı memurların ifadelerine de aynı iddialara yer verilmesi, adalet müfettişinin suç duyurusu üzerine hakkında ceza davası açılması, İdari Yargı Adalet Komisyonunun naklen atanmasını istemesi üzerine naklen Hatay Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü görevine atandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hakkındaki iddialar ve bu iddialarla ilgili olarak açılan idari soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve sonucunda kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir..." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.2.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı, **DD.**, S.125,s.31-32, 2010.

¹⁹ ...Davacı, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme suretiyle Atanmasına İlişkin Yönetmeliğin 6.maddesine göre, 1.hizmet bölgesinde bulunan İstanbul ilindeki zorunlu çalışma süresini tamamlamış ise de, eşi İstanbul Hâlîde Edip Adıvar İlkokulunda öğretmen olarak çalışmakta bulunduğundan, bu durum göz önünde tutulmaksızın ve kurumuyla gerekli koordinasyon sağlanmaksızın davacının İstanbul Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığından Bolu Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığına naklen atanmasında bu yönden mevzuata uyarlık bulunmadığı açıktır..." Danıştay 5.Dairesinin 4.3.1992 tarih ve E:1991/3332, K:1992/563 sayılı kararı, **DD.**, S. 88, s.319.

...Dosyanın incelenmesinden, Konya il merkezi Selçuklu ilçesi... Ortaokulu... Öğretmeni olan davacının, görev yaptığı okulda bir bayan öğretmene karşı zaman zaman uygunsuz söz ve davranışlarda bulunarak huzursuzluğa yol açması olayına ilişkin olarak düzenlenen soruşturma raporundaki öneri üzerine Konya ili Cihanbeyli ilçesi... kasabası... öğretmenliğine atandığı anlaşılmakta olup, dava konusu nakil işlemi sebep yönünden hukuka aykırı bir durum bulunmamakta ise de, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden davacının eşinin SSK Konya Sigorta Müdürlüğünde memur olarak görev yaptığının ve davacının naklen atanması konusunda eşinin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması yoluna gidilmediğinin anlaşılması nedeniyle davacının nakline ilişkin işlemde bu yönden mevzuata uyarlık bulunmamakta olup, davanın reddi yönündeki mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, **DD.**, S.92, s. 254.

2. Eşin İsteğinin Bulunması Gereği

Memurların naklen atanmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, ayrı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Aksi halde idari işlem iptal edilir.²⁰ Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde "...memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması... yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu maddeye göre yapılan bir naklen atama işleminde eşler aynı kurumda veya ayrı kurumlarda çalışsın idarenin aile birliğini gözetme ve gerekli koordinasyonu sağlama yükümlülüğünün doğması için mutlaka diğer eşin isteğinin bulunması gereklidir. Diğer eşin isteğinin bulunmaması idareyi, eş durumunu gözetme yükümlülüğünden kurtarır.²¹

İdarenin naklen atamada eş durumunu gözetebilmesi için eşin de isteğinin bulunması gerekmektedir. Danıştay bir kararında bu durumu şöyle belirtmiştir;

"...Davacının... eşinin davacının yeni görev yerine naklen atanması için bir isteğinin bulunmadığı dosya içeriği ile davalı idarenin temyiz dilekçesinden anlaşıldığından; olayda eş durumunu gözetme yükümlülüğü bulunmayan davalı idarenin eş durumunu dikkate almadan davacıyı naklen atadığından bahisle mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir²²".

B. Eşlerin Aynı Kurumlarda Çalışmaları Durumu

Devlet Memurları Kanunu'nun 72.maddesindeki eş durumu ile ilgili düzenleme eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hususuna ilişkin bulunmakta; eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde eş durumunun nasıl gözetileceği hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, Anayasanın amir hükmü gereğince, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin yine aynı

²⁰ Kaya(1998):s.643.

²¹ Kaya (1998): s.647.

²² Danıştay 5.Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, **DD.**, S.90, s.346.

kurumun başka bir yerdeki birimine naklen atanması halinde de memur olan diğer eşin de isteği var ise aynı yere atanması veya niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması yine idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla Anayasa ile getirilen ilke uyarınca yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aynı kurumda çalışan eşlerin durumunun da gözetilebileceği doğal olup, bu konuda düzenleme olmamasını aksine yorumlamanın anılan ilke karşısında mümkün bulunmadığı açıktır.

Aynı kurumda çalışan eşlerden birinin aynı kurumdaki başka bir yere atanması durumunda diğer eşin de aynı yere atanması veya durumuna uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması gerekir. Eşlerin aynı kurumda çalışması durumuna ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda da aile birliğinin korunması ilkesi göz önünde tutulmalı ve hüküm onlar için de uygulanmalıdır.²³

Kamu görevlisinin eş durumundan naklen atamaya tabi olması durumunda, eşlerden her ikisi de zorunlu atamaya tabi ise aynı kurumda olsun ya da olmasın, unvan,görev ve kadro bakımından daha üstte olan kamu görevlisine göre işlem yapılır ve üst konumda olan eşe bağlı olarak eşin ataması gerçekleştirilir. Eşlerden birinin yer değiştirme suretiyle atamaya tabi olmaması durumunda yer değiştirmeye tabi olmayan eşin durumu öncelikli olarak dikkate alınır ve işlem yapılır.²⁴

Ancak aynı kurumda çalışan eşin eş durumu nedeniyle naklen atanması için herhangi bir isteğinin bulunmadığı durumlarda eş durumunu gözetme yükümlülüğünün bulunmadığını da vurgulamak gerekir.

Maddede aynı kurumda çalışan eşlerden söz edilmemesi, eş durumunun dikkate alınmayacağı anlamına gelmez.²⁵ Maddenin bu şekilde düzenlenmesi-

²³ Mehmet Sağlam, *Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, Ankara, 1999, s.34.

²⁴ Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik, m.12,**RG.**,25.06.1983,sy.18088, m.9.

²⁵ Danıştay 5. Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, **DD.**, S. 90, s.346.

nin temelinde memuru atayacak olan kurumun eşinden de bilgi sahibi olduğu ve bu durumu doğal olarak göz önünde bulunduracağı düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca, memurun atandığı yerde eşin atanacağı teşkilat yoksa veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev yoksa, eşe belirli koşullarda izin isteme hakkı tanınmıştır.

1. Eşin Memur Olması Gereği

Özür grubuna dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesi gerekir. Ayrıca, eşlerden birinin bağlı olduğu nüfus idaresinden alınacak evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi gerekir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin “Eş Durumunun Belgelendirilmesi” başlıklı 14.maddesinde, (B) özür grubuna(Eş Durumu) dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13/12/1960 tarih ve 160 sayılı Kanuna tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirilmesi gerekir” hükmünü öngörmüştür. Ancak kanundaki ve yönetmelikteki “memur” ifadesinin sadece devlet memurlarını mı kapsadığı ya da bu ifadenin kamu görevlisi olarak mı anlaşılması gerektiği tartışmaya değerdir. Danıştay ilk zamanlar “memur” ifadesinin sadece devlet memurlarını kapsadığına ilişkin kararlar verirken yakın tarihli kararlarında “memur” ifadesinin kamu görevlileri olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmektedir.

2. Danıştay'dan naklen atamalarda “memur” lafzı için genişletici yorum

Danıştay Beşinci Dairesi, özellikle tüm kurumsal yönetmeliklerin dayanağını teşkil eden “Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik” te yer alan “memur” kelimesiyle ilgili önemli bir karar vermiştir. Danıştay kararında özetle “Belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (A) bendinde

düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabulünün” gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay Beşinci Dairesi kararında, eşi bir üniversitede, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi olarak uzman statüsünde çalışan bir memur için, diğer eşin de mutlak surette 657'e tabi memur statüsünde çalıştırılması zorunluluğunun olmadığına karar vermiştir. Danıştay, idari hizmet sözleşmesi ile çalışan uzmanın daimi statüde çalıştırılacağına yasa ile güvence altına almasını gerekçe göstererek, sadece diğer eşin memur olmaması nedeniyle eş durumu naklinin yapılmamasına dair işlemde hukuka uygunluk bulunmadığına karar vermiştir.

Kamuda memurların yanı sıra, 926 sayılı Kanuna tabi askeri personel, 2802 sayılı Kanuna tabi hakim ve savcılar, 2914'e tabi tabi öğretim üyeleri çalışmaktadır. Bu karar, daimi statüde çalıştırılacağı yasal güvence altına alınan kamu personelinin, memur olan eşlerinin, eş durumu nakillerinin yapılabileceği anlamına gelmektedir.

Kararda Danıştay özetle; personel hukukunun temel kavramlarından olan kadronun, kamu görevlisi ile idare arasında bağ kuran önemli bir araç olduğunu. asli ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütüldüğü yerde varlığından söz edilebilen “kadro” kavramının; personelin bulunduğu yeri, yaptığı işi gösteren ve yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetini tanımlayan önemli bir kavram olduğunu, 657 sayılı Kanunun 33. maddesinde öngörülen “Kadrosuz memur çalıştırılmaz.” kuralı ile memurların bir kadroya bağlı olarak istihdam edilmelerinin zorunlu olduğunun ifade edilerek, kadro ile memur arasındaki bağlantının net bir şekilde ortaya konulduğunu, bu bağlamda, belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁶

²⁶ Danıştay 5. Dairesi'nin 03.02.2012 tarih ve E. 2010/7742, 2012/386 sayılı kararı. Nitekim bazı İdare Mahkemelerinin bu konuyla ilgili somut kararları Danıştay'ı isabetli bir şekilde yönlendirmiştir. “... Her ne kadar davalı idare tarafından davacının eşinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında memur olmadığı belirtilmekte ise de 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2/a maddesinde katma bütçeli idarelerin bu kapsamda olduğunun belirtilmesi, üniversitelerin de 5018 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar katma

III. İDARENİN NAKLEN ATAMALARDA “AİLE BİRLİĞİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ”NÜ KALDIRAN HALLER

A. Memurun İsteği Üzerine Naklen Atama

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, memurun isteği üzerine yapılabilecek naklen atamalar ile idare tarafından yapılan naklen atamalar arasında eş durumunu gözetme yükümlülüğü bakımından fark bulunmaktadır. Bireylerin isteği üzerine idarenin yapacağı naklen atamalarda idarenin eş durumunu gözetme gibi bir yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır.

İdarenin re'sen gerçekleştirdiği naklen atama işlemlerinin aksine kamu görevlisinin talebi üzerine gerçekleşen atama işlemlerinde aile bütünlüğünü koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Talep üzerine naklen ataması gerçekleşen kamu görevlisinin atanmasından sonra, kamu görevlisi diğer eşin, eş durumundan naklen atanmasını talep etmesi durumunda idareyi, ailenin bütünlüğünü yeniden kurmakla yükümlü tutmak mümkün değildir.²⁷

İdarece re'sen yapılan naklen atamalarda eş durumunun göz önüne alınması gerekli iken, kişilerin isteği üzerine yapılan yer değiştirme ve atamalarda durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Aile birliğinin aile bireylerinin birinin iradesi dahilinde bozulması halinde, ilgililerin durumlarını belgelendirerek yer değiştirme isteğinde bulunmaları ve idarenin de konuya ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde bu yöndeki talebi değerlendirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yargı kararlarıyla idareyi aile birliğini yeniden tesis etmekle yükümlü kılmak mümkün olmadığı gibi aksine yorum aile birliğinin korunması ilkesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Daha açık bir deyimle, boş kadro imkanlarını değerlendirerek istediği yere tayin yaptıran bir kamu görevlisinin eşinin de aynı yere naklini uygun görmek kamu görevlisi olan eşlerin istedikleri

bütçeli idarelerden sayılması, bu kanun yürürlüğe girdikten sonrada katma bütçeli idare kavramı kaldırılmış ve özel bütçeli idareler düzenlenmiş olduğundan, üniversite personelinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sayılacağı ve yönetmeliğin 20. Madde hükmünün uygulanacağı açıktır...”Antalya 3. İdare Mahkemesi'nin 04.06.2010 tarih ve E.2009/1113, K.2010/646 sayılı kararı.(Karar kişisel olarak elde edilmiştir.)

²⁷ Nusret İlker Çolak, “Kamu Görevlilerinin Naklen Atama Kriterleri”, *AÜHFĐ*, Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2, s.158.

yerde çalışmalarına ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı bir duruma gelmelerine yol açar ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından büyük sıkıntılar yaratır. Ancak, her idari işlem gibi, eş durumuna dayalı yer değiştirme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin de hukuken geçerli ve kabul edilebilir sebeplere dayanması gereklidir.²⁸

B. Yeterli Ulaşım İmkanlarının Mevcudiyeti

Yeterli ulaşım imkanları idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırılabılır. Ancak yeterli ulaşım imkanlarının varlığı, görevin ifası, mali imkan, sağlık durumu gibi göreve etkili hususları olumsuz etkilememelidir. Naklen atamada idarenin bu gerekçeye dayanabilmesi için, memurun görev yerine ulaşmasını sağlayacak vasıtaların yaygın olması ve bu yolla kamu hizmetinin kesintisiz ve eksiksiz işlenmesinin sağlanması, memura gereğinden fazla maddi külfet yüklememesi ve memurun sağlık durumunun elverişli olması gerekmektedir. Bu ölçütler subjektif değerlendirmeye açıktırlar ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.²⁹ Danıştay bir nakil işleminde aile birliğinin korunmuş sayılabilmesi için memurun atandığı yeni yerle evi arasında sadece ulaşım imkânlarının mevcut olmasını yeterli görmemiş ve bir kararında Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un 72/2.maddesinin amacından da hareketle şu gerekçeye kararında yer vermiştir; "...Getirilen bu düzenlemelerle ailenin parçalanmaktan kurtarılması, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunun devam ettirilmesi ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamın sağlanması amaçlanmış bulunmaktadır...

...Öte yandan her ne kadar mahkeme kararında, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un72/2.maddesi uyarınca davacının nakli sırasında eş durumunun da dikkate alınması gerektiği, ancak Konya ili içinde yeterince ulaşım olanaklarının bulunması nedeniyle bu durumun dikkate alınmaması-

²⁸ Benzer yönde bkz. Danıştay 5.Dairesi'nin 13.3.1995 tarih ve E.1991/3950, K.1995/956 sayılı kararı, **DD.**, S.90, s.567,1996.

²⁹ Kaya (1998): s.642.

nın işlemi sakatlamayacağı gerekçesine yer verilmiş ise de, davacının yeni atandığı yere her gün gidip gelebileceği ve böylece aile birliğinin bozulmayacağı esasına dayanan böyle bir gerekçenin kabul edilebilmesi için davacının her gün gidip geleceği mesafenin ve ulaşım durumunun görevini aksatıp aksatmayacağını, ayrıca bu şekilde sürekli gidip gelmeye davacının mâli imkânlarının, sağlık durumunun ve bunlar gibi göreve etkili diğer hususların elverişli olup olmadığının araştırılıp değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Davacı tarafından, yeni görev yeri olan Cihanbeyli ilçesi ...kasabasının Konya il merkezine 80 km. den fazla bir mesafede bulunduğu, kullanmaya elverişli tek ulaşım aracının ...'dan sabah saat 7.30'da Konya'ya, Konya'dan saat 14.30'da ...'a giden Belediye otobüsü olduğunun ileri sürülmesi karşısında davacının yeni görev yerine her gün gidip gelmesinin yukarıda değinilen hususlar yönünden inceleme ve değerlendirilmesi yapılmadan sadece ulaşım olanaklarının yeterli bulunduğundan hareketle olayda eş durumunun nazara alınmamasının işlemi sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmada hukukî isabet görülmemiştir³⁰”.

C. Aile Birliğinin Korunması ve Kamu Yararı Arasında Denge Kurulması Zorunluluğu

Kamu yararı, kişisel çıkarların toplamı olmayıp, bunlardan bağımsız da değildir. Diğer bir ifadeyle kamu yararı, muhtelif kişi ve grupların yararları arasında bir denge kurmaktan ibarettir. Kamu yararı kavramı, kapsam bakımından hizmet gereği kavramından daha geniştir. Hizmet gereği, esas itibarıyla bir teşkilat içinde söz konusu olmasına karşılık, kamu yararı, bütün Devlet ve ülke yararı için geçerlidir. Kamu yararı belirsiz ve esnek bir kavramdır. Kamu yararı, toplumsal değerlerin bir yansıması olduğundan zaman ve mekan içinde değişen, bulunduğu zamana göre şekillenen bir kavramdır. Sadece zaman ve mekana göre değil aynı zamanda kanunların ifa ettiği fonksiyonlara göre de değişen bir kavramdır.³¹ Kamu yararı bir düzenleme ve sınırlama kriteri işlevi

³⁰ Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, DD., S.92. s. 254.

³¹ Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bs., İstanbul, 2011, s.2.

de görür. Kamu yararı kavramı idarenin sahip olduğu yetkilerin, takdir yetkisi ve bağlı yetki gibi, sınırlarının Danıştay tarafından değerlendirildiği bir denetim aracı olarak karşımıza çıkar. Kamu yararı idari yargı organları tarafından idarenin yetkilerinin sınırını çizen bir işlev görür.³²

Kamu yararı özel yarardan farklıdır. Kamu, herkese açık olan, herkesi ilgilendiren, özelden farklı olmalıdır. Kamusal fikirler özel fikirlerden, kamu yararı da özel yarardan ayrılır. Kamu hukuku ilişkilerinin belirlenmesinde kamu yararının üstün tutulup tutulmadığına bakılır. Kamu yararı, bununla birlikte, idare yanında özel kişilerin faaliyetlerinin de bir amaç taşımamasını engelleyen bir kavram değildir.³³ Kamu yararı, kamu esenliğinin sağlanmasıdır. Kamu esenliği, birçok özel ve kamusal menfaatlerden oluşan ve herhangi bir çatışma durumunda bile mevcut olan kamu yararadır.

Kişisel yarar, kamu yararının zıddıdır. Kişisel yarar daha çok özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan bir kavramdır. Kamu hukuku ilişkilerinde kişisel yarar değil kamu yararı öndedir. Kamu yararı esas itibarıyla çoğunluğun yararlarıdır. Kamu yararı bireylerin yararına değil kamunun esenliğine hizmet eder.³⁴

Kamu yararı takdir yetkisiyle birlikte kamu personelinin naklen atanmasında önemli bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. Kamu görevlilerinin naklen atanmaları hususunda İdarelere mevzuat ile takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp kamu hizmetinin gerekleri ile sınırlandırılmıştır. İdare tarafından gerçekleştirilen naklen atama işlemlerinde kamu yararının bulunup bulunmadığı Danıştay içtihatlarıyla anlaşılabilir.

Danıştay kamu görevlilerinin naklen atanmasını gerektiren haklı bir neden olmaksızın atama yapılmasını, görevde başarısızlık ve hizmete ilişkin herhangi bir kusur tespit edilememesi durumlarında naklen atama işlemlerini "kamu yararı" bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmektedir. Danıştay bir kararında görevinde başarılı bir idare amiri olduğu anlaşılan davacı kaymakamın sadece sınıf ve derece eşitliğinin korunduğundan bahisle Hukuk İşleri Müdürlüğüne

³² Kaya(2011):s.3.

³³ Kaya(2011):s.4.

³⁴ Kaya(2011):s.47.

yapılan atamasının kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi sebebine bağlı olmadan yapıldığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.³⁵

Düşünce özgürlüğünü cezalandırmak amacıyla yapılan naklen atama işlemlerinde, kariyer ve liyakat ilkeleri gözardı edilerek yapılan naklen atama işlemlerinde³⁶, aynı görevde uzun yıllar çalışıldığı ve yıpranıldığı gerekçesiyle yapılan naklen atama işlemlerinde³⁷, aile birliğinin korunması ilkesi gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde, kamu personelinin hukuken geçerli sağlık raporlarına itibar edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde³⁸, kamu personelinin görevinde yetersiz, verimsiz ya da başarısız olduğu somut olarak tespit edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde³⁹, sübut bulmayan iddia-

³⁵ Danıştay, 5.Dairesi'nin 12.02.1991 tarih ve E.1988/3400, K.1991/178 sayılı kararı, **DD.**, S.82, s.385.

³⁶ "İdarenin boş bulunan bir kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisi var ise de; davacının Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl Daire Başkanlığı yaptığı dikkate alındığında ... İl Kültür Müdür Yardımcılığına atanmasında atandığı görev ve unvan bakımından takdirde açık hata bulunduğundan, Mahkemece söz konusu atamanın iptaline dair verilen kararda hukuka aykırılık görülmemiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 24.05.1999 tarih ve E.1998/2282, K.1999/1682 sayılı kararı, **DD.**, S.103, s.431.

³⁷ "...Kamu hizmetinde sorumlu görevlere gelebilmek uzun yıllar çalışma ve değişik sorumluluk kadrolarında görev yaptıktan sonra mümkün olmakta ve kişilerin yıllar içinde edindikleri deneyimlerinden üst görevlere getirilmeleri suretiyle yararlanılmaktadır. Bu durumda, kişinin aynı üst görevde uzun yıllar bulunmuş olması, kamu yararı ve kamu hizmetleri gerekleri karşısında sadece bu nedenle görevinden alınması için haklı ve yeterli neden teşkil etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, davalı idare dava konusu işlemin davacının uzun yıllar aynı görevde bulunması nedeniyle yıprandığı gerekçesiyle tesis edildiğini belirtmiş olup, bu iddiasının incelenmesinden de davacı hakkında iddiaları geçerli kılacak bir kanıt elde edilememiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 28.01.1987 tarih ve E.1986/714, K.1987/129 sayılı kararı.

³⁸ Davalı idarece, dava konusu işleme diğer bir gerekçe olarak davacının kullandığı sağlık raporlarından bahsedilmekte ise de, söz konusu sağlık raporlarının sahteliği veya geçersizliği konusunda davalı idare iddiası veya dosyaya sunulmuş herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Danıştay 2. Dairesi'nin 15.02.2005 tarih ve E.2004/4041, K.2005/627 sayılı kararı, **DD.**, S.109, s.112.

³⁹ "...Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, belediye başkan yardımcılığı görevine atanacaklar için mevzuatta herhangi bir öğrenim şartının öngörülmediği sonucuna varılmaktadır. Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile olay birlikte incelendiğinde, davacının öğrenim durumu gerekçe gösterilerek Belediye Başkan Yardımcılığı görevinden alınması mümkün olmadığı gibi, davacının görevinde yetersiz veya başarısız olduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmaksızın kurulan atama işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, aksi yönde verilmiş olan mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir..." Danıştay 5. Dairesi'nin 31.01.2005 tarih ve E.2003/4864, K.2005/402 sayılı kararı, **DD.**, S.109, s.510.

lara dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde⁴⁰, istihbari bilgilere dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde⁴², sicil notları dikkate alınmadan yapılan naklen atama işlemlerinde⁴³, kamu görevlisinin durumuna uygun bir

⁴⁰ "Davacının müdür başyardımcılığı görevi için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığının, yöneticilik deneyiminin ve hizmet içi eğitim durumunun olup olmadığının sorulduğu ve aday veya adaylar hakkında düzenlenen değerlendirme formlarının ve eklerinin davalı idareden istenildiği, ancak verilen cevabı yazılardan ilgili kurumlarca yapıldığı iddia edilen tahkikat ile ilgili belirli bir olay veya durum gösterilmediği gibi diğer hususlarda da cevap verilmediğinin görüldüğü, bu durumda hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklamayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan bilgiye dayanılarak ve ayrıca müdür başyardımcılığı için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususları değerlendirilmeden ve hizmet gerekleri göz önünde alınmadan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 2. Dairesi'nin 04.03.2005 tarih ve E.2004/3266, K.2005/831 sayılı kararı, **DD.**, S.110, s.133.

⁴¹ "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76.maddesi "Kurumlar Görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine işit veya 68.maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki kadrolara naklen atayabilirler" hükmünü taşımaktadır...

...Görevinde herhangi bir başarısızlığı saptanmayan davacı hakkında salt soruşturma yapılmış olmasına dayanılarak ve soruşturmada elde edilen bilgiler değerlendirilmeksizin adı geçen genel müdürlük makamıyla koordineli ve güven ortamı içinde çalışmayacağı sonucuna varılmasında ve bu durumunun işlemin nedenleri arasında gösterilmesinde ise kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlılıktan söz edilemez..." Danıştay 5. Dairesi'nin 06.11.1991 tarih ve E.1991/1187, K.1991/2049 sayılı kararı, **DD.**, S.88, s.327.

⁴² "Bu durumda, davacının köyün ve ilçenin huzuru için ne gibi sakıncalar yaratacağı hususunun somut olarak ortaya konulmadığı, faaliyette bulunduğu şeklindeki durumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekilde içeriği itibariyle hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan doğruluğu kanıtlanmamış istihbari bilgilere dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, Gaziantep İdare Mahkemesinin 31.1.2001 günlü, E:2000/850, K:2001/97 sayılı kararının gerekçesinin yukarıda belirtildiği şekilde değiştirilecek sonucu itibariyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 12.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1822, K.2005/1657 sayılı kararı, **DD.**, S.111.

⁴³ "...Davacının dosyada mevcut sicil raporlarının 1994 yılına ait olanının 76 puanla (iyi), 1995 yılı sicil raporunun 75 puanla (orta), 1996 yılı sicil raporunun 68 puanla (orta) düzeyde doldurulduğu görülmüş olup; bu sicil notları itibariyle söz konusu sicil raporlarının 657 sayılı Yasanın 119.maddesinde yer alan hüküm uyarınca "olumlu" olarak kabul edilmeleri gerektiği açık ise de; İlçe Milli Eğitim Müdürü olarak görev yapan davacının 1994, 1995 ve 1996 yıllarına ait sicil raporlarında 1.sicil amiri konumunda bulunan ve bu nedenle davacıyı ve çalışmalarını yakından izleme olanağına sahip olan İlçe Kaymakamının, davacının özellikle "yöneticilik yeteneği" ile ilgili "olumsuz" değerlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda; davalı idarece, bu sicil raporları esas alınmak suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmediğinden sözetmeye olanak bulunmamaktadır..." Danıştay 5. Dairesi'nin 11.01.1999 tarih ve E.1998/2434, K.1999/74

yer gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde kamu yararı bulunmamaktadır.

Buna karşılık Danıştay, kamu hizmetini etkin ve verimli yürütmek için yapılan naklen atama işlemlerini⁴⁴, ihtiyaç nedeniyle yapılan naklen atama işlemlerini, şiddet uygulayan müdür yardımcının başka bir okula öğretmen olarak atanmasını⁴⁵⁴⁶ kamu yararına uygun bulmuştur.

Kamu görevlilerinin naklen atanabilmesi için kamu görevlisinin disiplin cezası alması, soruşturma geçirmesi zorunlu değildir. Başka sebeplere dayanarak tesis edilen naklen atama işlemleri de hukuka uygundur.⁴⁷⁴⁸

sayılı kararı.

⁴⁴ “İdarenin naklen atama konusunda sahip olduğu bu yetkisini kullanarak işlem tesis edebilmesi için memurun soruşturma geçirmesi sicillerinin olumsuz olması ya da disiplin cezası alması gibi bir nedene dayanması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Mahkemenin iptal kararına dayanarak aldığı, davacının herhangi bir soruşturma geçirmediği, disiplin cezası almadığı ve sicillerinin de olumlu olduğu yolundaki gerekçesinde de hukuka uyarlılık bulunmadığı gibi, yasalarla kendisine verilen görevleri etkin ve verimli bir biçimde yürütmek ve bu amaçla gereken önlemleri almakla yükümlü olan idarenin boş bulunan kadroya hizmet gereği atama yapması tabii olduğundan; olayda Konya Defterdarlığında Personel Müdürü olarak görev yapan davacının kazanılmış hakları korumak suretiyle ve hizmetinden yararlanılması amacıyla boş bulunan Karaman Defterdarlığı Personel Müdürlüğü kadrosuna naklen atanmasında idarenin hizmet dışı nedenlere dayandığı hususunda herhangi bir bilgi ve belge ortaya konulamadığından, söz konusu işlemde sebep ve maksat yönlerinden de hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Danıştay 5. Dairesi'nin 25.01.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, **DD.**, S.90.

⁴⁵ “Bu durumda bazı öğrencilere karşı şiddet uyguladığı yapılan soruşturma ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddi ile İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.6.2003 günlü, E:2003/1, K:2003/852 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 26.12.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” Danıştay 2. Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve E.2004/4419, K.2005/4361 sayılı kararı, **DD.**, S.112, s.95; Benzer yönde Danıştay 2. Dairesi'nin 02.05.2005 tarih ve E.2004/4552, K.2005/1547 sayılı kararı, **DD.**, S.110, s.127.

⁴⁶ “...Bu durumda, bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı yapılan idari soruşturma ve Keşan Sulh Ceza Mahkemesi kararı ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir...” Danıştay 2. Dairesi'nin 13.11.2009 tarih ve E.2008/1091, K.2009/4153 sayılı kararı, **DD.**, S.123, s.176.

⁴⁷ Kaya(2011):s.174.

⁴⁸ “Dosyanın incelenmesinden, Bakanlık Müfettişlerince düzenlenen ve dava konusu işlemin dayanağı olarak davalı idarece sunulan 28.2.2000 tarih ve 8844/14, 21 sayılı soruşturma

Danıştay bazı durumlarda sadece eş durumunun gözetilmemiş olmasını iptal sebebi saymamakta, kamu hizmetinin gerekleri yönünden de bir değerlendirme yapılmasını gerekli görmektedir;

"...Belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Her ne kadar yukarıda yer alan Yönetmelik hükümleri, eşinin 217 sayılı KHK' ye tâbi bir kurumda görev yapması nedeniyle davacıya yerinde bırakılma isteminde bulunma olanağı vermekte ve kural olarak eş durumunun gözetilmesi gerektiğini belirtmekte ise de; aynı hükümlerin, 1.bölgedeki hizmet süresini dolduran davacıyı yerinde bırakma konusunda idareye takdir hakkı tanıdığı ve eş durumunun gözetilmesi yönünden getirdiği korumanın da sınırsız olmadığı kuşkusuzdur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 657 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen 72.maddesi hükmü de naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine ancak belli koşullarla sınırlı bir koruma getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hâllerinde, isteğe bağlı olarak, eş kural olarak ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet boyunca 4 yılı geçmeyecektir....

...Yukarıda yer alan kurallar ve yapılan açıklamalar birlikte değerlendiril-

raporunda, davacının Konya İli İlköğretim Müfettişliği görevi sırasında Konya İli..... İlçesi,..... Köyüne denetim amacı ile Grup Başkanı...'ın başkanlığında, onun özel otosu ile giderken grupta bulunan bir bayan ilköğretim Müfettişi'ne sözle tacizde bulunduğu, uygunsuz söz, tutum ve davranışlar sergilediği sabit görülerek disiplin yönünden 3 günlük maaş kesimi cezası, idari yönden aynı ilde görev yapması sakıncalı görülerek başka ilde görevlendirilmesinin teklif edildiği, bu teklif doğrultusunda davacının Konya ilinden alınarak İstanbul İline İlköğretim Müfettişi olarak atandığı anlaşılmaktadır..

...Bu durumda, davacının konuşmalarıyla ve değişik yorumlara yol açacak eylem ve davranışlarıyla diğer İlköğretim müfettişini rencide ettiği açık olup, soruşturma konusunun niteliği ve içeriği de göz önünde bulundurulduğunda mesleğin saygınlığını zedeleyeceği, aynı yerde eğitim ve öğretim olumsuz etkileyebileceğinden hizmetin gereği olarak farklı bir yerde görevlendirilmesi şeklinde dava konusu işlemi tesis eden idareye bu konuda tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanıldığı anlaşıldığından dava konusu işlemde neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1587, K.2005/1661 sayılı kararı, **DD.**, S.111, s.112.

diğinde, 657 sayılı Kanun'a tabi bulunan bir kamu görevlisinin belli bir bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile biriminin korunması ilkesi ile kamu hizmetinin düzenli bir biçimde yürütülmesi gereği arasında bir denge kurulması ve sadece eş durumu değil, hizmet gerekleri de gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir...”⁴⁹

657 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 72. maddesi hükmü naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine belli koşullarla kısmi bir koruma sağlamaktadır. Maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hallerinde, eş ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet süresince 4 yılı aşamayacaktır. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile birliğinin korunmasına ilişkin ilke ile kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi gereği arasında hassas bir denge kurulmalı ve naklen atamalarda bu husus değerlendirilmelidir.⁵⁰

Bazı durumlarda kamu hizmetinin aksayacağına kanaat getirildiğinde memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce de naklen atama işlemi tesis edilebilir. Danıştay davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığında öğretmen olarak görev yapmasına ve bu naklen atama işleminin kurumla gerekli koordinasyon sağlanmadan yapılmasına ve aile birliğinin korunması ilkesine aykırı olmasına rağmen hakkındaki iddialar ile ilgili olarak soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve kamu hizmetinin aksayacağı gerekçesiyle tesis edilen işlemi hukuka aykırı bulmamıştır.⁵¹

Devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, idare, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetlerinin gereği gibi

⁴⁹ Danıştay 5.Dairesi'nin 30.11.1995 tarih ve E.1993/3870, K.1995/3827 sayılı kararı, **DD.**, S.92, s.374.

⁵⁰ Sağlam(1999): s.31.

⁵¹ DİDDK, 25.02.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı,**DD.**,S.125,s.33.

yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorundadır.

Kamu yararının sağlanması amacıyla üstlendiği kamu hizmetini en iyi şekilde yürütmek zorunda olan idarenin, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin düzenli ve gereğine uygun bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak durumunda olduğu durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Baskın kamu yararının bulunmadığı durumlarda ise kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir. Amaç, hukuk kurallarında, uyarlanma ilkesinin de etkisiyle yapılması gereken değişiklikler karşısında, ilgililerin hak ve menfaatleri bakımından duyarlılık göstererek hem gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlamak, hem de kendilerinde önceki düzenlemelerin devamı konusunda beklenti yaratılan kişilerin, öngörülemez değişikliklerden dolayı olumsuz etkilenmelerini önlemektir.⁵² Haklı beklentilerin korunması ilkesi idareyi, işlemler yaparken, değiştirirken ya da tamamen yürürlükten kaldırırken kişilerin bu düzenlemelerden beklenmedik bir şekilde olumsuz olarak etkilenmelerini önleyici tedbirler almaya iten ilke olarak ortaya çıkar.⁵³ Yakın tarihli bir kararında Danıştay konu ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir;

"...Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamaya güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.

Ailenin korunması, Anayasa ile tanınmış sosyal bir haktır ve kamu hizmetinin daha verimli yerine getirilmesi bakımından, kamu görevlileri için daha da önem taşır.

Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de makul bir beklentidir. Yöne-

⁵² Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs., İstanbul, 2010, s.43.

⁵³ Bülbül(2010):s.46.

tim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiyi karşılayabilir.

Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir.

Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de göz önünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi.”⁵⁴

D. Eşin İşçi Olması

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesine göre aynı kurumda çalışan eşlerden birinin hizmetin başka bir yere naklini gerekli kılması halinde, diğer eşin de coğrafi bakımdan aynı veya aile bütünlüğünün bozulmasına yol açmayacak kadar yakın bir yere, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları halinde ise diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle bu eşin de isteği halinde aynı veya yakın yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın eşinin memur olmadığı ileri sürülerek isteği olmadıkça başka bir yere naklelemeyeceği gibi bir anlayış, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur. Dolayısıyla İdarenin aile birliğini koruma yönündeki yükümlülüğü eşi kamu görevlisi olan bir kamu görevlisi için mevcuttur. Eşi işçi olan kamu görevlileri bakımından İdarenin aile birliğini koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Danıştay içtihatları da bu yöndedir;

“...Bu durumda, 1.bölgedeki zorunlu hizmet süresini tamamlayan ve yerinde bırakılma istemi daha önce bir kez kabul edilmiş olan davacının, eşinin DSİ Genel Müdürlüğünde işçi statüsünde çalışması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un

⁵⁴ Danıştay 5.Dairesi'nin 14.03.2006 tarih ve E.2003/3647, K.2006/1140 sayılı kararı, **DD.**, sy.113.

72.maddesinde öngörülen ücretsiz izin müessesesinden yararlanmasının mümkün olamayacağı hususu da dikkate alındığında, doldurduğu istek formunda tercih ettiği iller arasında yer alan ve vergi kontrol memuruna ihtiyaç duyulan Bilecik iline kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin tesisi sırasında davacının eş durumunun gözetilmediği gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmesinde hukukî isabet görülmemiştir⁵⁵.

Danıştay bir kararında eşin özel işyerinde çalışıyor olması durumunda da eş durumunun gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir;

“Dava dosyasının , incelenmesinden Yozgat Bira Fabrikası Müdür Ve Müdür Yardımcısının Soruşturma Sonucu görevlerinden alınmasının müfettişce teklif edilmesi üzerine ; İstanbul Bira Fabrikası Müdür Yardımcısı Olan davacının , “yönetim boşluğunu doldurmak” amacı neden gösterilerek ve karşılıklı yer değiştirme suretiyle Yozgat Bira Fabrikası Müdür Muavinliği , görevine atandığı anlaşılmaktadır. Ancak , davacının eşinin İstanbul’daki özel Bir bankada şube müdürü olarak görev yapıyor olması , çocuklarının ise sınav sonucu girilebilen özel okul ve üniversitede okuyor bulunması karşısında , yukarıda hükmü yazılı olan anayasa Ve 657 Yazılı Kanun Hükümleri uyarınca, aile birliğinin gözetilmediği açıktır. Kaldı ki Yozgat Bira Fabrikası’ndaki yönetim boşluğunun mutlaka davacıyla doldurulmasının gerekli kılacak bir hususta ortaya konulamamıştır.”⁵⁶

Ancak yukarıda özetine yer verilen karar 1987 yılına ait eski bir karardır. Yaptığımız araştırmalarda Danıştay’ın eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdare’nin aile birliğini koruması gerektiğine ilişkin başka bir kararına ulaşamamıştır. Nitekim çok yakın tarihli bir kararında Danıştay, yine, eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdareyi “aile birliğini korumak” la yükümlü bulmamıştır;

“Uyuşmazlıkta, davacının ...A.Ş firmasında mühendis olarak çalışan eşinin devlet memuru olmaması nedeniyle, idarenin, davacının eş durumunu gözet-

⁵⁵ Danıştay 5.Dairesi’nin 28.12.1995 tarih ve E:1993/5573, K:1995/4496 sayılı kararı, **DD.**, S.91, s. 298.

⁵⁶ Danıştay 5.Dairesi’nin 07.05.1987 tarih ve E.1987/680, K.1987/739 sayılı kararı.

mek suretiyle atama yapma zorunluluğu bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, davacının eş durumu dikkate alınarak atamasının yapılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...”⁵⁷

Ancak kanaatimizce, naklen atanmaları sırasında eş durumunun dikkate alınması yönünden kamu görevlilerinin eşlerinin memur olup olmaması esasına göre gruplandırılması Anayasa'nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca kamu görevlilerinin başka yerlere atanmaları sırasında eş durumu ve aile birliğinin dikkate alınmasına birtakım sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamaların da yukarıdaki amaca ve eşitlik ilkesine aykırı olmaması icap eder. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması amacıyla sınırlayabilirler. Örneğin görev yaptığı yerde hizmeti yürütecek yeterli eleman olmaması nedeniyle naklen atama talebi reddedilebilir. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara olmayanlara nazaran imtiyaz tanınması anlamına gelir.⁵⁸

E. Eşin Serbest Meslek İcra Ediyor Olması

Eşin serbest meslek icra ediyor olması durumunda ise konu farklı bir boyut kazanır. Bir kamu görevlisinin eşinin serbest meslek sahibi olması durumunda, isteği olmadıkça başka bir yere nakledilemeyeceğinin kabul edilmesi, kamu yararını sağlamak amacını ve kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi görevini kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılar.⁵⁹ Aynı şekilde eşin serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest meslek icra eden eşinin istek ve iradesine bağlı tutmak, bu durumda olanları ayrıcalıklı bir duruma sokmak sonucunu doğurur ve kamu hizmetinin yürütülmesi açısından da sakıncalar içerir.⁶⁰

⁵⁷ DİDDK'nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararı, **DD**. S.134,s232.

⁵⁸ Benzer yönde bkz. DİDDK'nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararındaki karşı oy yazısı, **DD**. S.134,s.232.

⁵⁹ Danıştay 5. Dairesi'nin 13.03.1995 tarih ve E.1991/3950, K.1995/956 sayılı kararı, **DD**., S.90.

⁶⁰ İbrahim Pınar, **Devlet Memurları Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.700.

Danıştay, eşi serbest meslek icra edenler yönünden aile birliğini gözetme zorunluluğunu kabul etmemiştir.⁶¹

Bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın , isteği olmadıkça , başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış ; idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur.

IV. ATANILAN YERDE EŞİN ÇALIŞTIĞI KURUMUN TEŞKİLATININ BULUNMAMASI DURUMUNDA İZİN HAKKI

Devlet Memurları Kanununun 72. Maddesinin ikinci fıkrasında yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de isteği halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Örneğin eşi Çevre ve Şehircilik Bakanlığında çalışmakta olan Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Uzmanı bir kimsenin eşinin İl Müdürü olarak Malatya'ya atandığını düşünelim. Malatya'da DPT'nin örgütü bulunmadığına göre, bu personele isteği halinde eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere ve memuriyeti boyunca en fazla dört yıl süreyle belirli koşullarda izin verilecektir.

Malatya'da DPT'nin temsilciliğinin bulunduğunu farz edelim. Bu durumda, temsilcilikte, "uzman" kadrolarının bulunmaması veya bulunmasına rağ-

⁶¹ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 18.4.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı. Benzer yönde "Öte yandan başta da denildiği gibi, eşi aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde , eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık , eşi serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest çalışan eşin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayış , 2. durumda olanların önceliklere göre ayrıcalıklı bir duruma sokmasının yanı sıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından da büyük sakıncalar yaratır ki ; 657 sayılı yasanın 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yol kabul edilemez. Bu itibarla davacının bu iddiasının da hukuken geçerli bir yönü bulunmamaktadır." Danıştay 5.Dairesi'nin 18.04.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı,**DD**.,S.91, s.421.

men dolu olması üzerine yine ilgiliye isteği üzerine eşinin görev süresiyle sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verilecektir.

Bu durumda olan memura, eşinin atandığı yerin özelliğine göre aylıklı ya da aylıksız izin verilmektedir.

Şayet atanan memur olağanüstü hal bölgesinde dahil iller ile bu illere mücavir illerde ve kalkınmada 1. ve 2. derecede öncelikli yörelerde görevli ise bu kişilere belli oranlarda aylık ödenmesi de hükme bağlanmıştır. Eşleri, bu fıkrada sayılan yerler dışında görevli olanların ise ücretsiz izinli sayılacağı belirtilmiştir.

Bu şekilde sayılan yerlerde izinli sayılanlara, aylık ve tazminatlarına karşılık olarak, aylık taban ve kıdem aylığı, ek gösterge, zam ve tazminatlarının yasal kesintiler düşüldükten sonraki net miktarının;

- a. Eşleri olağanüstü hal bölgesine dahil illerle mücavir illerde görevli olanlara % 60'ı
 - b. Eşleri kalkınmada 1.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 50'si
 - c. Eşleri kalkınmada 2.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 25'i
- Kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenir.

Olağanüstü hal bölgesine dahil illerin veya bu illere mücavir illerin aynı zamanda kalkınmada 1'inci ve 2'nci derecede öncelikli yöre olmaları halinde ödenecek tazminat % 60 tutarındır.

İzinli olanların kademe ilerlemesi, emeklilik ve diğer bütün hakları ve yükümlülükleri devam eder. Ancak, ücretsiz izin verilenlerin bu sürelerinin emeklilikten sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının her ay kendileri tarafından SGK'ya yatırılması gerekir. Aylıklarının bir kısmını tazminat olarak alanların emekli kesenek ve karşılıkları, kurumlarınca SGK'ya yatırıldığından, bu şekilde izinli olanların izinli oldukları süre, diğer memurlarda olduğu gibi memuriyette geçmiş sayılarak emeklilik süresinin hesabında aynen dikkate alınır.⁶²

⁶² Mustafa Dönmez, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İda-

Bu suretle kendilerine izin verilenlere aylık, ek gösterge, taban aylığı, kıdem aylığı, yan ödeme ve her türlü zam ve tazminatlarının kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktarının; eşinin olağanüstü hal bölgesinde görev yapanlara % 60'ının, kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara % 50'sinin ve ikinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara ise % 25'inin kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenmesi gerekmektedir. Eşleri yukarıdaki yerler dışında görevli bulunan memura ise herhangi bir ödeme yapılması imkanı olmayıp , bunlar aylıksız izinli sayılabileceklerdir. Ancak ücretli veya ücretsiz olarak izinli sayılacakların bu imkandan yararlanma süreleri memuriyetleri süresince 4 yılı geçemeyecektir.

Bu maddeye dayanılarak aylıksız izinli sayılanların bu sürelerinin emeklilik hizmetlerinden sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının ilgililerce her ay SGK'ya gönderilmesi şarttır.

SONUÇ

Nakil sırasında memur olan diğer eşin de durumunun gözetilmesi kanunen bir zorunluluk olduğu halde memurun öğrenim gören çocukları bakımından Devlet Memurları Kanunu herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte de memurun öğrenim gören çocuğunun bulunması naklen atamada göz önüne alınacak kriterlerden biri olarak düzenlenmemiştir. Memurun kendisinin öğrenim görmesi durumu da yönetmelikte bir özür olarak değerlendirilmemiştir. Ancak kurumların özel yönetmeliklerinde bu husus naklen atamalarda dikkate alınacak hususlardan biri olarak düzenlenmiş olabilir. Özel yönetmeliklerde aksi düzenlemeye yer verilmedikçe çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda dikkate alınması gerekli hususlardan değildir. Ancak bu husus tartışmaya açıktır. Zira kamu personelinin naklen atama mevzuatında eşin çalışıyor olması ve çocukların öğrenim durumlarının dikkate alınmaması Anayasa'nın 41. maddesine aykırılık oluşturur. Sözü edilen personelden yönetmeliklerinde özel düzenlemeler bulunanlar bakımından çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda göz önünde bulundurulması gereken bir kriter iken, özel düzenleme

bulunmayan memurlar için çocukların öğrenim durumunun naklen atamalarda nazara alınmaması “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırı olur. Özel mevzuatta özel bir düzenleme yapılmamış olması idarenin anayasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Eş durumundan nakil isteyebilmek için diğer eşin de memur olması gerektiğine ilişkin Danıştay'ın katı yaklaşımı değişmiştir. Danıştay yakın tarihli kararlarında “memur” kavramını geniş yorumlamaya başlamış, eşin “kamu görevlisi” olması durumunda eş özüünden nakil istenebileceğine ilişkin hükümler kurmaya başlamıştır. Ancak eşin “serbest meslek” icra ediyor olması, haklı olarak, naklen atamalarda bir özür olarak değerlendirilmemektedir. Tabi bunda idare mahkemelerinin verdikleri kararların yönlendirici etkisi gözden kaçmamaktadır.

Eş durumu dikkate alınırken memurların eşlerinin kamu görevlisi olup olmamasına göre gruplandırılması ve eşi kamu görevlisi olmayan memurlar bakımından naklen atama taleplerinin sırf bu gerekçe ile reddedilmesi Anayasa'nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Yapılması gereken Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesindeki ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 9. Maddesindeki “memur” ifadesinin madde metninden çıkartılmasıdır. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması ve sürekliliği ilkesi uyarınca sınırlayabilirler. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara imtiyaz tanınması anlamına gelir.



KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2.

Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku*, 10.bs., İstanbul, 2006.

Avcı, Mustafa, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002.

Ayan, Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.

Badur, Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84.

Bülbül, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs., İstanbul, 2010

Can, Cavit, "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", *DD.*, Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.

Çolak, Nusret İlker, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", *AÜ-HFD*, Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2.

Dönmez, Mustafa, *Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu*, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2000.

Güran, Sait, "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi", *İÜ-HFM*, C.XXIX, S.1-2.

Kaya, Cemil, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bs., İstanbul, 2011.

Kaya, Cemil, "Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72", *SÜHFD*, C.6, 1998.

Oğurlu, Yücel, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Eskişehir, 2003.

Pınar, İbrahim, *Devlet Memurları Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Sağlam, Mehmet, *Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, Ankara, 1999.

Uçar, Mehmet Ali, *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.

**KAMULAŞTIRMAMADAN KAYNAKLANAN
TAM YARGI DAVALARINA DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI VE
ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİSİ**

*The Approach of Turkish Council of State
to Full Jurisdiction Cases Which are Grounded by Non Expropriated
Properties and Alternative Remedy Proposal*

Dr. Emre AKBULUT *

ÖZET

Taşınmazların imar planları ile kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra uzun süre kamulaştırılmaması, ülkemizde sıklıkla karşılaşılan ve çeşitli idari davaların açılmasına sebebiyet veren bir olgudur. Danıştay'ın bu tür taşınmazlar nedeniyle açılan davalarda 2012 yılında içtihat değişikliğine gittiği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkına ilişkin gereklerini iç hukuk normlarına nazaran önceleyen yeni bir yaklaşım benimsediği gözlenmektedir. Ancak Danıştay'ın bu tür taşınmazlardan kaynaklanan tam yargı davalarında benimsediği yorum tarzı, Anayasa'nın 125. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesine uygunluk noktasında tereddütlere neden olabilecek niteliktedir. Bu çerçevede bu makale ile Danıştay'ın söz konusu tam yargı davalarına ilişkin yeni içtihadı değerlendirilerek, "imar planında kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında hem İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hem de iç hukukumuzun gereklerini aynı anda yerine getiren alternatif bir çözüm yolu bulunup bulunmadığı" sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: İmar planı, kamulaştırmama, mülkiyet hakkı, tam yargı davası, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Danıştay, idari işlem niteliğinde yargı kararı verme yasağı

ABSTRACT

Non expropriation of properties long time after their segregation to public use on zoning plans, is a phenomenon which is faced a lot and causes some administrative cases in our country. It is observed that Turkish Council of State has changed its opinion

* Eskişehir İdare Mahkemesi Üyesi, emreakbulut@yahoo.com

in these cases in 2012 and adopted a new approach which prioritizes the requirements of European Convention on Human Rights related to the right to property comparison with rules of domestic law. However Turkish Council of State's way of interpretation on full jurisdiction cases that are grounded by that kind of properties may cause some hesitations about compatibility with 125th article of (Turkish) Constitution and 2nd article of Code Numbered 2577. In this frame, with this article, the new jurisprudence of Turkish Council of State which is about the full jurisdiction cases mentioned above will be reviewed and a response will be sought to the question of "is there an alternative remedy which will fulfill the requirements of both European Convention on Human Rights and our domestic law at the same time on full jurisdiction cases which are litigated by reason of non expropriated properties long time after their segregation to public use on zoning plans."

Key Words: Zoning plan, non-expropriation, right to peaceful enjoyment of property, full jurisdiction case, European Convention on Human Rights, Turkish Council of State, prohibition against make a juridical decision which has the quality of an administrative act



A. GİRİŞ

Modern toplumlarda düzenli ve yaşanılabilir kentlerin inşası için imar planları ile taşınmazların kullanımına çeşitli kısıtlamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Şüphesiz bu kısıtlamalar malikin mülkü üzerindeki tasarruf imkânlarını daraltmakta ve dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Bu kapsamda imar planları ile taşınmazların hastane, okul, aktif veya pasif yeşil alan, ibadethane, kamu tesis alanı gibi kamusal fonksiyonlara ayrılması mülkiyet hakkına yönelik bu tür müdahalelerin uygulamada sık rastlanılan bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kural olarak imar planlarının parselasyon, ifraz-tevhit, takas, kamulaştırma gibi idarî işlemler aracılığıyla mümkün olan en kısa sürede uygulanması; böylelikle hem düzenleyici bir idari işlem olan planın hükümlerini icra etmesinin sağlanması, hem de taşınmazına muadil bir başka taşınmaz ya da para (taşınmazın bedeli) verilmek suretiyle mülkiyet hakkına müdahale edilen malikin mağduriyetinin giderilmesi gerekmektedir. Nitekim 3194 sayılı İmar Kanu-

nu'nun 10. maddesi ile belediyelerin imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde, plan hükümlerini uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlamaları öngörülerek, imar planlarının herhangi bir belirsizliğe yer verilmeksizin belli bir süre içerisinde uygulanması hedeflenmiştir. Ancak pratikte imar planlarının uygulanması kimi zaman gecikmekte, bu durum mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ağırlığını arttırmakta ve “hakka müdahale”nin “hakkın ihlali”ne dönüşmesi olasılığını gündeme getirmektedir.

Bu kapsamda imar planları ile kamusal kullanım alanına ayrılan ve idarece belli bir süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) mülkiyet hakkına ilişkin gerekliliklerini ihlal ettiği gerekçesiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) nezdinde çeşitli mahkûmiyet kararları ile karşılaşmıştır. Söz konusu mahkûmiyet kararlarının ve Anayasa'nın 90. maddesinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği” yolunda 2004 yılında yapılan değişikliğin etkisi ile Danıştay, konu hakkında verdiği kararlarında 2012 yılından itibaren İHAS hükümlerini ve İHAM içtihatlarını referans almaya başlamıştır.

İmar planında kamusal kullanım alanına ayrılıp makul bir süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak iptal ve tam yargı davalarında idari yargı organları tarafından İHAS hükümlerinin de dikkate alınması, şüphesiz idare hukuku uygulamamız açısından son derece önemli bir gelişmedir. Ancak Danıştay'ın söz konusu taşınmazlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında ulaştığı çözüm tarzı, pozitif idare hukuku ilkelerimiz açısından bazı eleştirilere sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Bu çerçevede bu çalışma ile amaçlanan, imar planında kamusal kullanım alanına ayrılan ve sonrasında uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın ortaya koyduğu yeni içtihadın değerlendirilmesi ve pozitif idare hukukumuz açısından gündeme gelebilecek eleştirileri önleyecek ama aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin İHAS gereklerini de yerine getirecek başka bir çözüm yolunun bulunup bulunamayacağına-

cağı sorusunun cevaplandırılmasıdır. Bunun için çalışmada öncelikle kamulaştırmama kavramı ve mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi üzerinde durulacak, İHAM'ın mülkiyet hakkına yönelik müdahalelere yaklaşımı incelenecek, Danıştay'ın konuya ilişkin 2012 yılı öncesindeki ve sonrasındaki yorum tarzına değinilecek ve son olarak önerdiğimiz çözüm yolu, bu yolun uygulanma şekli ile işlevselliğini etkileyebilecek bazı usulî sorunlar hakkında yapılacak değerlendirmeler aktarılacaktır.¹

B. KAMULAŞTIRMAMA ve MÜLKİYET HAKKI

I. Kamulaştırmama Kavramı

Pozitif hukukumuzda Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu yararı maksadıyla, özel hukuk kişilerine ait taşınmazları kendi mülkiyetine geçirmesi veya bunlar üzerinde irtfak hakkı kurması “kamulaştırma” kavramıyla ifade edilmektedir.² Bir idari işlem olan kamulaştırmanın başlıca normatif dayanağı, Anayasa'nın 46. maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre; “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” Yine hukukumuzda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile, Anayasa'da kanunla gösterileceği öngörülen kamulaştırma esas ve usulleri belirlenmiş bulunmaktadır.

“Kamulaştırmama” kavramı ise, gramatik yapısından anlaşıldığı üzere kamulaştırma olgusunun gerçekleşmemesini ifade etmektedir. Dolayısıyla kamulaştırmama, esasen idarenin “kamulaştırma yapma” yolunda bir irade açıklamadığı hallerde söz konusudur ve maddî açıdan ortada idarî bir tasarrufun bulunmadığı durumlara karşılık gelmektedir.

¹ Çalışmanın konusu, imar planıyla kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazlar nedeniyle idari yargı mercilerinde açılacak tam yargı davalarına ilişkin olduğundan; 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında (imar planı ile değil) fiili kullanım ile kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazlar nedeniyle adli yargı mercilerinde ileri sürülecek hak taleplerine ilişkin bulunan Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesine çalışma kapsamında değinilmemiştir.

² Cenk Şahin, “Kamulaştırma”, in: İl Han Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, syf.607.

Kural olarak ortada idarî bir iradenin ya da idarî bir tasarrufun bulunmadığı haller, idare hukukuna yabancıdır. Bununla birlikte idarenin hareketsiz kaldığı, herhangi bir işlem ya da eylemde bulunmadığı haller de kimi zaman idare hukuku disiplininin inceleme alanı içinde değerlendirilmektedir. Bu kapsamda hukuken bir işlem tesis etmesi ya da bir eylemde bulunması gerekmesine rağmen idare, söz konusu işlemi veya eylemi gerçekleştiriyorsa; bu durumun da idarî bir tasarruf olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Böyle bir ihtimalde hareketsizlik olgusu, ilgili kişinin idareyi harekete geçirmek için yapmış olduğu bir başvuru sonrasında gündeme gelmiş ise 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında tesis edilen bir idarî işlemin varlığından söz edilecek; böyle bir başvuru olmamakla birlikte hukuk kuralları uyarınca işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması gereken idare hareketsiz kalmışsa, bu hareketsizliğin idarî bir eylem oluşturduğu belirtilebilecektir.³ Nitekim idarî eylemi tanımladığı kararlarında⁴ Danıştay da, idarenin hareketsizliğinin bir “idarî eylem” olduğunu belirtmektedir.

Bu açıklamalar ışığında idare hukuku açısından kamulaştırmama kavramı, ancak hukuken kamulaştırma yapması gerekmesine rağmen idarenin hareketsiz kaldığı hallerde önem taşıyacaktır. İşte imar planlarında kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması kanımızca bu tür kamulaştırmamalara örnek teşkil etmektedir. Zira 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri uyarınca idare, arz üzerinde imar planlarına uygunluğun sağlanmasını temin etmekle yükümlü olup; parselasyon, ifraz-tevhit, takas gibi diğer hukuki işlemler ile bu uygunluk sağlanmadığı takdirde, kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazın kamulaştırılması suretiyle imar planının uygulanması fiilî ve hukukî bir gereklilik halini alacaktır.⁵ Şüphesiz bu halde “imar planına ve dolayısıyla

³ Benzer yönde; Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, Ankara, Ocak-Mart 2001, Sayı 40, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der40m5.pdf>, syf.2, Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, syf.90.

⁴ “*Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ile idarenin hareketsiz kalması ise, idari eylem olarak adlandırılmaktadır.*” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 09.12.2013, E:2011/139 K:2013/4409, Aynı yönde; Danıştay 10. Dairesi, 12.02.2013, E:2011/7919 K:2013/905, Kararlar yayınlanmamıştır.

⁵ “*İmar planlarının uygulanması, imar mevzuatına göre, kamulaştırma, parselasyon, ifraz ve tevhit yoluyla mümkün olup, ...*” Danıştay 6. Dairesi (D.), 11.02.2014, E:2012/2610

imar mevzuatına uygunluğun sağlanması” dışında, söz konusu gerekliliğin bir diğer gerekçesini “imar planında kamusal kullanıma ayrılan taşınmazın maliki açısından gündeme gelebilecek hak ihlalinin önlenmesi” oluşturacaktır ki, bu husus aşağıdaki alt başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

II. İmar Planında Kamusal Kullanım Alanına Ayrılan Taşınmazların Kamulaştırılmaması ve Mülkiyet Hakkı İlişkisi

Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. ...*” hükmü ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı sahibine, hakka konu eşya üzerinde kullanma (*usus*), meyvelerinden yararlanma (*fructus*) ve tüketme (*abusus*) şeklindeki üç temel yetkiyi tanımaktadır.⁶ Dolayısıyla bu üç yetkiden herhangi birini ortadan kaldıran ya da bu yetkilerin kapsamında daralma meydana getiren idarî tasarrufların mülkiyet hakkı açısından bir müdahale oluşturduğu açıktır. Şüphesiz eğer söz konusu idarî tasarruflar hukuk kurallarıyla öngörülen çerçeve dışına çıkılarak icra edilirse yalnız müdahale olarak kalmayacak, aynı zamanda birer hak ihlali teşkil edecektir.

Kamulaştırma işlemi ile imar planları bu açıdan ele alındığında, her iki işlemin de mülkiyet hakkı açısından bir müdahale oluşturduğu belirtilebilecektir. Zira kamulaştırmada gerçek bedelinin ödenmesi karşılığında taşınmaz mülkiyeti idare lehine el değiştirmekte ve malikin eşya üzerindeki tüm hakları ortadan kaldırılmaktadır. Yine imar planlarıyla da belli bir arazinin kullanımı kamu yararını gerçekleştirecek şekilde hukukî bir çerçeveye oturtulmakta⁷ ve arazi üzerinde planda öngörülen kullanım şekline aykırı tasarruflarda bulunulması yasaklanarak, malikin kullanma (*usus*) ve semerelerden yararlanma (*fructus*) haklarının kapsamı daraltılmış olmaktadır.

Şüphesiz kamulaştırma ve imar planı işlemleri, Anayasa ile öngörülen sınırlandırma rejimine uygun olarak tesis edildikleri sürece mülkiyet hakkını

K:2014/890, Karar yayınlanmamıştır.

⁶ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, syf.112.

⁷ Nuri Yaşar, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, syf. 29, Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, syf. 27.

ihlal etmeyen birer müdahale olarak değerlendirileceklerdir. Bu çerçevede her iki işlemin de Anayasa’da mülkiyet hakkı için öngörülen özel sınırlandırma sebebine (*kamu yararı amacına*) binaen ve yasal bir dayanağa (*Kamulaştırma Kanunu ile İmar Kanunu’na*) bağlı olarak tesis edildikleri dikkate alındığında, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlükler açısından öngörülen sınırlandırma rejiminin “*yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplere bağlı olarak sınırlandırma*” ve “*ancak kanunla sınırlandırma*” şeklindeki gerekliliklerinin yerine getirildiği söylenebilecektir. Dolayısıyla uygulamada Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen “*hakkın özüne dokunmama*”, “*Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama*” şeklindeki diğer sınırlama koşullarına da riayet edilmesi durumunda, her iki idarî işlem de mülkiyet hakkı ihlal edilmeksizin tesis edilmiş olacaktır.⁸

İmar planı ve kamulaştırma işlemlerinden her ikisi de kişilerin Anayasa’yla güvence altına alınan mülkiyet hakları açısından bir müdahale oluşturmakla birlikte; her iki işlem arasında, mülkiyet hakkı üzerindeki etkileri bakımından önemli bir derece farkı bulunmaktadır. Bu noktada kamulaştırma işlemi, ilk bakışta kişinin mülkiyet hakkını tamamen sonlandırması nedeniyle hakka daha ağır bir müdahale gibi görünse de; bünyesinde “taşınmazın gerçek karşılığının malike ödenmesi”ni de barındırdığı için malik üzerindeki olumsuz etkileri sınırlanmaktadır. Bu haliyle kamulaştırmanın kişi üzerindeki etkisi, “maddi kayıpları idare tarafından karşılanacak olan malikin idare ile satış akdi yapmaya zorlanması” olarak tezahür etmektedir.

İmar planlarındaki durum ise oldukça farklıdır. Her ne kadar imar planları malikin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmak yerine, taşınmazın kullanım şeklini belirleyerek bu hak kapsamındaki bazı yetkilerin kullanılmasını sınırlandırmakta ise de; anılan işlemler nedeniyle mülkiyet hakkı sınırlanan malike bir karşılık ödenmesi söz konusu olmadığı için, imar planlarının mülkiyet hakkı

⁸ Mülkiyet hakkının Anayasa ile öngörülen sınırlandırılma rejimi ve bu hakkın Anayasa’ya aykırı şekilde sınırlandırıldığı iddiaları ile Anayasa Mahkemesi’ne yapılabilecek olası bireysel başvurular hakkında değerlendirme için bkz. Oya Boyar, “Mülkiyet Hakkı”, in: Sibel İnceoğlu (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, syf.525 vd.

üzerindeki olumsuz etkileri daha ağır olabilmektedir. Özellikle imar planının uygulanması amacıyla tesis edilecek idarî işlemlerin gecikmesi, imar planlarının uygulanmasının İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen 5 yıllık süre içinde dahi gerçekleştirilememesi ihtimalinde mülkiyet hakkına müdahale ağırlaşmakta, süreklilik kazanmakta ve hatta Anayasa'da öngörülen sınırlandırma kriterlerine (örneğin ölçülülük ilkesine) aykırılık sebebiyle, müdahale boyutundan çıkarak ihlale dönüşebilmektedir.

İşte bu gibi hallerde kamulaştırma işlemi, imar planı ile mülkiyet hakkına müdahale edilen malik açısından hakka müdahaleyi sonlandırıcı önemli bir hukukî araç haline gelmektedir. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin bir diğer müdahale ile sonlandırılması anlamına gelen ve bu nedenle bir dilemma olarak nitelendirilebilecek bu durumda malik, en azından taşınmazının gerçek karşılığını madden elde edeceğinden, olası mülkiyet hakkı ihlali önlenmiş olacaktır. Aksi halde yani imar planında kamusal kullanım alanı olarak belirlenen taşınmazın makul olmayan bir süre boyunca “kamulaştırılmaması” durumunda, taşınmazını dilediği gibi kullanamayan malikin mülkiyet hakkına yapılan müdahale “hak ihlali” boyutuna ulaşabilecek ve idarenin hukuki sorumluluğuna neden olabilecektir.

İmar planında kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazların makul olmayan (uzun) süreler kamulaştırılmamasının idare açısından sebebiyet verebileceği hukuki sorumluluk şüphesiz sadece Anayasa açısından değil; Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince tarafı olduğumuz ve mülkiyet hakkını güvence altına alan uluslar arası sözleşmeler açısından da gündeme gelecektir. Bu kapsamda temel hak ve özgürlükler açısından önemli güvenceler öngören İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ve Sözleşme'yi yorumlayan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına ve bu kapsamda imar planları sonrası kamulaştırmamadan kaynaklanan hak ihlali iddialarına yaklaşımı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – İHAS) mülkiyet hakkına ilişkin

normu Sözleşme'ye ek 1 numaralı protokolün 1. maddesidir. İHAS ile birlikte 10.03.1954 günlü, 6366 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan ve onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edildiği 18.05.1954 tarihinde Türkiye açısından uluslar arası alanda bağlayıcılık kazanan⁹ söz konusu protokolün 1. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir: “*Her hakikî veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine (dokunulmazlığına)¹⁰ riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir.*

Yukardaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini (kullanılmasını)¹¹ tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zarurî gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik buldukları hukuka halel getirmez.”¹²

Görülebileceği üzere 1 numaralı protokolün 1. maddesi ile İHAS, mülkiyet hakkının dokunulmazlığını (mülkiyetinden barışçıl şekilde yararlanma¹³ hakkını) güvence altına almış; bir kimsenin hangi hallerde bu haktan yoksun bırakılabileceğini düzenlemiş ve maddenin, bazı konularda Sözleşmeciler Devletlerin yasama alanındaki takdir yetkilerini ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM) anılan maddeye ilişkin kararlarında söz konusu maddenin üç temel kural içerdiğini belirtmiş ve bu kuralları “mülkiyetten/malvarlığından barışçıl şekilde yararlanmanın güvence altına alınması” (1. fıkranın 1. cümlesi), “bir kimsenin mülkiyetinden ancak belli koşullar dahilinde (kamu yararı gereği olarak, kanunun öngördüğü şartlara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun şekilde) mahrum edilebilecek olması” (1. fıkranın 2. cümlesi) ve “Devletlerin kamu yararı amacıyla mülkiyetin kullanılmasını düzenleme yetkisine sahip

⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, syf.728.

¹⁰ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts.

¹¹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts.

¹² 19.03.1954 günlü, 8662 sayılı Resmi Gazete

¹³ “*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions.*” Sözleşme'nin resmî metninden, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

oldukları” (2. fıkra) şeklinde belirlemiştir.¹⁴

İmar planlarında kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazların, maliklerince istenildiği gibi kullanılamayacağı açıktır. Bu durumun mülkiyetten mahrum bırakma (*deprivation of possession*) kapsamında değerlendirilmesi halinde, “şehirlerin planlı bir şekilde gelişmesi” gibi kamu yararı içeren bir amaca yönelik olması ve önceden ilân edilmiş, yeteri açıklıkta, öngörülebilir yasa hükümlerine dayanması nedeniyle, genel olarak yukarıda aktarılan ikinci kurala yani 1. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine uygun olduğu; mülkiyetten mahrum bırakma kapsamında değerlendirilmemesi halinde ise¹⁵ protokolün 1. maddesinde öngörülen her hangi bir sınırlandırma kriterine tâbi olmadığı belirtilebilecektir. Bununla birlikte imar planlarının makul süreler içerisinde uygulamaya geçirilmediği, bu kapsamda örneğin kabul edilebilir bir süre içinde parselasyon işlemi yapılarak taşınmaz sahibine yapı yapmaya elverişli başka bir taşınmaz verilmediği, kişinin taşınmazının kamunun taşınmazı ile değiştirilmesi yoluna gidilmediği ve kamulaştırma işlemi tesis edilerek malikin zararlarının parasal yollarla da giderilmediği hallerde bu durumun İHAM’a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesine aykırılık oluşturması gündeme gelebilecektir. Zira İHAM, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin 1. madde bağlamında ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini incelerken, kamu yararının ihtiyaçları ile kişinin temel haklarının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını (*fair balance test*)¹⁶ ve mülkiyet hakkına uygu-

¹⁴ İHAM, 23.09.1982, Sporrang and Lönnroth v. Sweden, paragraf 61; A. H. Robertson, J. G. Merrills, *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996, syf.213, P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1998, syf.618-619, Francis G. Jacobs, Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996, syf.247, Richard Clayton, Hugh Tomlinson, Carol George, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, syf.1302, Boyar, syf.508. Gemalmaz ise İHAM’ın maddeye yaklaşımını yorumlarken bu üç kurala bir dördüncüsünü eklemektedir. Dördüncü kural uyarınca bu üç kural birbirinden kopuk ve ilgisiz değildir; ikinci ve üçüncü kural, ilk kuralda öngörülen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Basım, İstanbul, 2009, syf.22-23.

¹⁵ Nitekim İHAM’ın değerlendirmesi de bu yöndedir. Bkz. İHAM, 23.09.1982, Sporrang and Lönnroth v. Sweden, paragraf 63.

¹⁶ Dijk, Hoof, syf.628, Clayton, Tomlinson, syf.1314, Boyar, syf.510.

lanan kısıtlama (müdahale aracı) ile bu kısıtlama sonucunda gerçekleştirilmesi beklenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunup bulunmadığını¹⁷ dikkate almaktadır. Bu kapsamda mülkiyet hakkına müdahaleden kaynaklanan sınırlama süresinin uzunluğu¹⁸ ve müdahale nedeniyle ilgili kişiye denkleştirici tazminat ödenip ödenmediği¹⁹ hususları söz konusu adil denge ve ölçülülük testlerinin uygulanmasında İHAM'ın başvurduğu temel kriterler arasındadır. Mahkeme'ye göre, yoksun kalınan malvarlığının değeri ile bağlantılı makul miktarda bir tazminat ödenmeksizin kişinin mülkiyetinden mahrum bırakılması, 1. maddeyi ihlal eden ölçüsüz bir müdahale teşkil edecektir.²⁰

İHAM'ın, mülkiyet kullanımının imar ve kamulaştırma mevzuatı nedeniyle uzun süreli kısıtlanması konusunu ele aldığı ilk kararı, mülkiyet hakkının içerik ve kapsamını belirlediği ve bu nedenle mülkiyet hakkına ilişkin sonraki kararların neredeyse tamamında kendisine atıf yapılan²¹ ünlü *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*²² kararıdır. Karara konu olan uyuşmazlıkta, başvuru maliki olduğu taşınmazlarda viyadük ve otopark yapılması için Hükümet tarafından Belediyeye kamulaştırma izni verilmiş, ayrıca inşası planlanan viyadük ve otoparkın taşınmazların kullanımını engelleyeceği gerekçesiyle Stockholm İdare Kurulu tarafından taşınmazlara inşaat yasağı getirilmiştir. Bu şekilde başvuru maliklerinden biri 23 yıl süren bir kamulaştırma izni ile 25 yıl süren bir inşaat yasağına; diğeri de 8 yıl süren bir kamulaştırma iznine ve 12 yıl süren bir inşaat yasağına katılmak durumunda bırakılmıştır.²³ Ülkemizdeki imar planlarında kamusal kullanım alanına ayrılan, bu nedenle İmar Kanunu gereğince üzerinde inşaat yasağı bulunan taşınmazların uzun süre kamulaştırılmaması sorunu ile benzer özellikler taşıyan söz konusu davada İHAM, şu gerekçelerden hareketle protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir: “70. O tarihler-

¹⁷ İHAM, 08.07.1986, Lithgow and Others v. United Kingdom, paragraf 120, Gemalmaz, syf. 521, Jacobs, White, syf.254.

¹⁸ Gemalmaz, syf.549.

¹⁹ Dijk, Hoof, syf.628, Boyar, syf.521, Gemalmaz, syf.452, 531.

²⁰ Jacobs, White, syf.254, Boyar, syf.521.

²¹ A. Şeref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, syf. 419, 420.

²² İHAM, 23.09.1982, Sporrong and Lönnroth v. Sweden.

²³ İHAM, 23.09.1982, Sporrong and Lönnroth v. Sweden, paragraf.10-25, kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihgoster.asp?id=55> .

de yürürlükte bulunan mevzuatın bir özelliği, esnek olmayışıdır. Bu konudaki mevzuat, kamulaştırma izninin belediye rızasını gerektiren tamamen geri alınma istisnası dışında, mülk sahiplerinin durumunu daha sonra değiştirebilecek hiçbir araç sağlamamıştır. ... 72. Mahkeme ayrıca, uygulanan inşaat yasağının bütün bu dönem boyunca varlığını sürdürmesinin, kamulaştırma izinlerinin geçerlilik sürelerinin uzunluğunun zararlı sonuçlarını daha da ileri götürdüğünü tespit etmektedir. Başvurucuların mülkiyet haklarını tam olarak kullanmaları, Sporrong Miras Şirketi olayında toplam yirmi beş yıl, bayan Lönnroth olayında on iki yıl engellenmiştir. ... 73. İki seri halinde birbirine bu suretle bağlanan tedbirlerin yarattığı durum, mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi bozmaktadır. Sporrong Miras Şirketi ile bayan Lönnroth, ancak sürelerin kısaltılması veya tazminat için talepte bulunma imkânının kendilerine verilmiş olması halinde meşru sayılabilecek olan ferdi ve aşırı nitelikte bir yük taşımışlardır. ... 74. Sonuçları inşaat yasaklarıyla ağırlaştırılmış olan kamulaştırma izinleri, bu nedenle her iki başvuru bakımından Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal etmiştir.”²⁴

İHAM'ın uzun süren imar (yapı yapma) yasakları veya belirsiz süreli kamulaştırma şerhleri (taşınmazın bilinmeyen bir tarihte kamu mülkiyetine geçecek olması) ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişkiyi, bu kapsamda müdahalenin ölçülülüğünü ve kamu yararı ile kişinin temel hakları arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığını değerlendirdiği başka kararları da bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu kararlara İHAM tarafından verilen *Allan Jacobsson v. Sweden* kararı²⁵, *Phocas v. France* kararı²⁶, *Pialopoulos and others v. Greece*

²⁴ İHAM, 23.09.1982, Sporrong and Lönnroth v. Sweden, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihm-goster.asp?id=55> .

²⁵ İHAM, 25.10.1989, Allan v. Jacobsson v. Sweden; İmar planından kaynaklanan uzun süreli inşaat yasağını konu edinen davada İHAM mülkiyet hakkına müdahaleyi, inşaat yasağının belli periyotlarla gözden geçirilmesini de dikkate alarak belediye bölgeyi planlama şeklindeki yasal amacıyla orantısız bulmamış ve 1 no'lu protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Paragraf, 59-64. <http://hudoc.echr.coe.int/> . Bkz. Gemalmaz (Burak), syf.550, dn.1737.

²⁶ İHAM, 23.04.1996, Phocas v. France; İmar planı nedeniyle yapılaşma izni verilmeyen taşınmazdan kaynaklanan başvuruda İHAM, Fransız Hukuku'nun başvurucaya sağladığı etkin hukuk yolunun (*sufficient remedy*) varlığına, bu kapsamda kamulaştırma talep etme ve be-

kararı²⁷, *Rosinski v. Poland* kararı²⁸ ve *Skrzynski v. Poland* kararı²⁹ örnek olarak gösterilebilecektir.³⁰

Gelecekte kamulaştırılmalarının öngörülmesi ve/veya imar planları nedeniyle taşınmazların kullanımına getirilen kısıtlamalara yönelik başvurularda İHAM'ın sergilediği yaklaşımın, ülkemizde yürürlüğe giren imar planlarında kamusal fonksiyonlara ayrılmaları nedeniyle kullanımı kısıtlanan ve belli bir süre kamulaştırılmayan taşınmazlar açısından da geçerli olacağı açıktır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda İHAS'a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesinin gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi noktasında "kısıtlamanın ve taşınmazın akıbeti konusunda gündeme gelen belirsizliğin süresi" ve "kısıtlama nedeniyle ilgililerin makul oranda bir tazminat isteme hakkına

delde anlaşmazlık durumunda kamulaştırma yargıcına başvurma olanağına vurgu yaparak 1 no'lu protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Olayda başvuru kamulaştırma yargıcına başvurmuş ancak 3 yıllık dava süresinin dolduğu gerekçesiyle başvurusu reddedilmiştir. Paragraf, 60. <http://hudoc.echr.coe.int/>

²⁷ İHAM 2. Daire, 15.02.2001, *Pialopoulos and Others v. Greece*; Başvurucuların taşınmazları üzerinde yapı inşa etme başvurusu sonrasında 1987 yılında taşınmazın kamulaştırılmasına karar verilmesi, kamulaştırma bedelinin iç hukukta öngörülen süre içerisinde ödenmemesi, 1990 yılında yapılan imar planı değişikliği sonrası yeni bir kamulaştırma kararı alınması, 1993 yılında bir kamulaştırma kararı daha alınması, 1993 yılında başvuru taşınmazları hakkında yaptığı iki başvurunun cevapsız bırakılması, sonuç olarak başvuru taşınmazları 1987 yılından itibaren, hiçbir tazminat almaksızın taşınmazlarından yararlandırılmamaları şeklinde gelişen maddi olay nedeniyle İHAM, kamu yararı ile başvuru taşınmazları temel haklarının korunması arasında makul bir denge kurulmadığına ve 1 numaralı protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Paragraf, 47-62. <http://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁸ İHAM 2. Daire, 17.07.2007, *Rosinski v. Poland*; Başvurucunun taşınmazının 1993 yılında kabul edilen imar planı ile yol ve hastane yapımı için kamulaştırma kapsamına alındığı, 2001 yılında malî imkanlar nedeniyle imar planının 2010 yılından önce uygulanamayacağı konusunda başvuru taşınmazlarının bilgilendirildiği, taşınmaz maliklerine bu gibi durumlarda tazminat isteme imkânı getiren 2003 tarihli Yerel Planlama Kanunu'nun geçmişteki olayları kapsamadığı ve bu nedenle başvuru taşınmazlarının durumunda değişiklik yapmadığı, ayrıca başvuru taşınmazlarının taşınmazın kullanılabilmesi için yaptığı proje başvurusunun 2001 yılında reddedildiği olayda İHAM, imar planının makul bir zaman dilimi içerisinde uygulamaya geçirilmesinin belirsizlik taşıdığına vurgu yaparak başvuru taşınmazlarının aşırı/orsantısız bir yük altında bırakıldığına ve protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Paragraf, 77-89. <http://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁹ İHAM 4. Daire, 06.09.2007, *Skrzynski v. Poland*; Maddi içeriği *Rosinski v. Poland* kararındaki olayla aynı olan bu başvuruda, İHAM'ın İkinci Dairesi gibi Dördüncü Dairesi de mülkiyet hakkına ilişkin protokol hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Paragraf, 79-92. <http://hudoc.echr.coe.int/>.

³⁰ Gemalmaz (Burak), syf.494, 550.

sahip olup olmadıkları” büyük önem taşımaktadır. Nitekim İHAM’ın, imar planında kamusal kullanım alanına ayrılan ve uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle Türkiye aleyhine açılan davaları incelerken de özellikle bu iki nokta üzerinde durduğu görülmektedir.

Bu çerçevede örneğin (Danıştay’ın kamulaştırmama konusunda verdiği ve kamuoyuna yansıyan son kararında³¹ atıfta bulunduğu) *Hakan Arı v. Türkiye* kararında İHAM, imar planında okul alanına ayrılan, bu nedenle 2002 yılından karar tarihine (2011) kadar yapılaşma izni verilmeyen ve kamulaştırılmayan taşınmazla ilgili şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Mahkeme, başvuranın ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkur arazi kamulaştırılmamış, ikinci süreçte belediyenin 22 Eylül 2005 tarihinde kabul ettiği yeni şehir imar planına göre başvuranın taşınmazı bir kez daha okul yapımı kararından etkilenmiştir. ... Hükümet tarafından iç hukukta başvuranın taşınmazının belirsizliğini telafi edecek herhangi bir hukuki kararın alındığı dile getirilmemiştir. Mahkeme söz konusu bu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığına itibar etmektedir. Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir. Bütün bu sözü edilenler Mahkemeyi, başvuranın kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı yönünde düşünmeye sevk etmektedir. Mahkeme bu nedenle Ek 1 No’lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.*”³²

Yine benzer şekilde İHAM, 1982 yılında mera vasıflı olmakla birlikte kamu hizmetine tahsis edilerek kamulaştırma şerhi konulan, 1986 ve 1991 tarihli imar planları ile de okul alanına ayrılan ve 2013 yılına kadar kamu-

³¹ Danıştay 6. Dairesi, 17.04.2013, E:2011/8152 K:2013/2702. Kararın tam metni için bkz. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf.

³² İHAM 2. Daire, 11.01.2011, Hakan Arı v. Turkey, <http://hudoc.echr.coe.int/> adresinden ulaşılan, Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayriresmi özet çeviriden.

laştırılmayan taşınmazın maliki tarafından yapılan başvuruyu karara bağladığı *Hüseyin Kaplan v. Türkiye* kararında da, “41. Mahkeme, 1982 yılında kamu hizmetine tahsis edilmesinden itibaren arazinin üzerine kısıtlamalar geldiğini tespit etmektedir. Benzer şekilde, kentsel gelişim ile birlikte başlangıçtaki mera niteliğini kaybettiğini ve 1991 yılında imara açıldığını .. kaydetmektedir. 42. Oysa kamulaştırılması öngörülen bu arazi, kendisini okul inşasına tahsis eden imar planı gereğince, bir imar yasağına tâbi kılınmıştır. Bu yasak, kesintisiz biçimde sürdürülmüştür. ... 44. Mahkeme, söz konusu sürenin tamamında, başvuranın mülkiyetinin akıbeti hakkında tam bir belirsizlik içerisinde kalmış olduğunu gözlemlemektedir. İlgilinin mülkü, 20 Mart 2013 tarihinde halen kamulaştırılmamıştır. 45. Mahkeme bu durumun, imara açılmış bir arazi üzerinde inşaat yapamayan ve ağaç dikemeyen başvuranın mülkiyet hakkını tam olarak kullanmasını engellemiş olduğu kanaatinde. Ayrıca bu durumun, diğerleri arasında, başvuranın arazisini satma ihtimallerini de önemli ölçüde düşürmesi nedeniyle, zarar verici etkileri olmuştur. 46. Mahkeme son olarak, başvuranın kaybının hiçbir şekilde tazmin edilmediğini tespit etmektedir. 47. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, başvuranın, bir yanda kamu menfaatinin gereklilikleri ile öte yandan mülklerine saygı gösterilmesini isteme hakkının korunması arasında mevcut olması gereken adil dengeyi bozan özel ve aşırı bir yükü taşımak zorunda kalmış olduğu kanısındadır. ...”³³ şeklindeki gerekçelerden hareketle, olayda protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır.³⁴

Bu açıklamalar ışığında Türkiye’de de belediyeler, valilikler veya diğer kamu idareleri tarafından yürürlüğe konulan imar planlarıyla bir kısım taşınmazların okul, yeşil alan, ibadet yeri, hastane, kamu hizmet binası, yol gibi kamusal kullanım alanlarına ayrılması sonrasında İHAS’a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesi bakımından bir ihlâl kararıyla karşılaşılması için, imar

³³ İHAM İkinci Daire, 01.10.2013, Huseyin Kaplan v. Turkey, <http://hudoc.echr.coe.int/> adresinden ulaşılan, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan gayriresmi çeviriden.

³⁴ Belirtmek gerekir ki gerek *Hakan Arı v. Türkiye* gerekse *Hüseyin Kaplan v. Türkiye* kararında İHAM, “başvurucunun yapılaşma yasağı getiren imar planının iptali için idari yargıda dava açmamış olması”nı, iç hukuk yollarının tüketilmesi noktasında başvurunun kabul edilebilirliğini etkileyecek bir husus olarak değerlendirmemiştir.

planlarının uygulanması yoluyla sağlanacak kamu yararı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurulması, bunun için de imar planlarının mümkün olduğunca çabuk uygulanması suretiyle taşınmazın akıbeti konusunda gündeme gelebilecek belirsizliklerin bir an önce giderilmesi ve her durumda, taşınmazından veya taşınmazı üzerinde dilediğince tasarruf etme olanağından mahrum bırakılan kişiye uğradığı zararların miktarı ile paralel bir tazminat elde etme imkânının tanınması gerektiği belirtilebilecektir. Aksi durumda, yani imar planında kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmaz üzerindeki kullanım kısıtlamasının makul sayılamayacak süreler devam etmesi, parselasyon, takas ya da kamulaştırma gibi işlemlerle taşınmaz malikinin uğradığı zararların telafi edilmesi suretiyle imar planının uygulamaya geçirilmemesi, taşınmazın akıbetinin uzun süre belirsiz bırakılması ve mülkiyet hakkına müdahale edilen kişinin etkin hukuki araçlardan veya telafi edici bir tazminat imkânından yoksun bırakılması hallerinde Türkiye'nin, mülkiyet hakkının ihlâl edildiği gerekçeyle İHAM nezdinde mahkûmiyeti gündeme gelebilecektir.

C. KAMULAŞTIRMAMA KONUSUNA DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI

Ülkemizde özel mülkiyete konu taşınmazların imar planları ile kamusal kullanım alanlarına ayrılması ve sonrasında (İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen 5 yıllık süreyi de geçecek şekilde) uzun süre kamulaştırılmaması, kamu idareleri ile taşınmaz malikleri arasında çeşitli idarî uyuşmazlıkların doğumuna sebebiyet vermektedir. Bu uyuşmazlıklardan bir kısmı maliklerin kamu idaresine başvurarak taşınmazlarının kamulaştırılmasını istemeleri sonucunda gündeme gelmekte ve “taşınmazın kamulaştırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin idarî işleme karşı açılan bir iptal davası” şeklinde tezahür etmekte; diğer bir kısmı ise, doğrudan “taşınmazın imar planı nedeniyle uzun süre kullanılamaması ve bu süre içinde kamulaştırılmaması nedeniyle malikin uğradığı maddi zararların tazmini istemiyle açılan bir tam yargı davası” biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay'ın bu tür davalara yönelik değerlendirmeleri incelendiğinde; Yüksek Mahkeme'nin kamusal kullanım alanında planlanıp kamulaştırılmayan taşınmazlar hakkındaki genel yaklaşımının 2012 yılı sonrasında önemli bir

değişikliğe uğradığı ifade edilebilecektir. Bu bağlamda 2012 yılı öncesinde verilen Danıştay kararlarına hâkim olan değerlendirme tarzının, “*idari işlem veya eylem niteliğinde ve idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği*” kuralından (Anayasa m.125/f.4, 2577 sayılı Kanun m.2/f.2) hareketle, “*idarelerin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı*” şeklinde olduğu görülmektedir. Örneğin 2004 yılında verdiği bir kararında Danıştay, konuyla ilgili şu değerlendirmede bulunmaktadır: “*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında, idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapmayacağı, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyeceği, hükme bağlanmıştır. Bu durumda, yargı kararı ile idareler kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağından davanın reddine ilişkin mahkeme kararında sonucu itibariyle isabetsizlik bulunmamaktadır.*”³⁵

Yine Danıştay, 02.08.1996 tarihli imar planıyla park alanına ayrıldıktan sonra İmar Kanunu’nun 10. maddesinde öngörülen beş yıllık süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazın maliki tarafından yapılan kamulaştırma başvurusunun reddine yönelik idarî işlem hakkında “*olayda mülkiyet hakkının özünün zedelendiği*” gerekçesiyle iptal kararı veren Ankara 6. İdare Mahkemesi kararını, 2007 yılında “*2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davalı idarenin yargı kararı ile işlem tesisine zorlanamayacağı, İdare Mahkemesince Anayasa Mahkemesi kararına dayanılarak, kamulaştırma yoluna gidilmemesiyle mülkiyet hakkının özünün zedelendiği sonucuna varılarak, idareyi işlem tesisine zorlayıcı nitelikte iptal kararı verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği*”³⁶ gerekçesiyle bozmuştur.

Bu dönemde Danıştay’ın sergilediği “*idareler kamulaştırmaya zorlanamaz*” yaklaşımı, konu hakkında açılan iptal davalarının yanı sıra tam yargı davala-

³⁵ Danıştay 6. D., 14.01.2004, E:2002/3693 K:2004/125, Karar yayımlanmamıştır.

³⁶ Danıştay 6. D., 07.03.2007, E:2006/4077 K:2007/1377, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 24.05.2012 günlü, E:2007/2255 K:2012/801 sayılı kararından alıntılanmıştır. Karar yayımlanmamıştır.

rını da etkilemiş ve Danıştay bu gerekçeden hareketle, uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazların idareler tarafından tazmini gereken bir zarar doğurmadığına hükmetmiştir. Örneğin imar planında otopark alanı olarak ayrılan ve bu nedenle 24 yıl süreyle kullanılmayan taşınmazın maliki tarafından bu nedenle kendisine tazminat ödenmesi istemiyle açılan davayı “*imar planı değişikliklerinin zorunlu olmadıkça yapılamayacağı ve idarelerin kamulaştırmaya zorlanamayacağı, davacının .. taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bakımından herhangi bir kısıtlamanın bulunmadığı bu nedenle herhangi maddi zararının bulunduğu bahsedilemeyeceği*” gerekçesiyle reddeden ilk derece mahkemesi kararı, Danıştay tarafından 2011 yılında onanmış bulunmaktadır.³⁷

2012 yılından itibaren ise Danıştay'ın imar planlarında kamusal kullanım alanına ayrılan ve uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar hakkındaki yaklaşımı önemli ölçüde değişmiştir. Bu çerçevede Danıştay'ın İHAM kararlarından hareketle söz konusu durumun kişilerin mülkiyet hakkı açısından bir ihlal teşkil ettiğini vurguladığı ve özellikle “imar planı ile kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra 5 yıl içerisinde imar programına alınıp kamulaştırılmayan taşınmazlar” nedeniyle açılan davalarda, davacılar lehine kararlar vermeye başladığı gözlemlenmektedir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2012 yılında verdiği bir kararında, imar planında park alanında kalan taşınmazın kamulaştırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali yolunda ilk derece mahkemesi tarafından verilen ısrar kararını onarken öncelikle İHAM'ın *Hakan Arı v. Türkiye*³⁸ kararına atıf yapmış ve akabinde şu tespitlerde bulunmuştur: “... kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan ve mülkiyet hakkı kullanımının belirsizliğe itildiğinden sözedilebilmesi için, imar planının onaylanmasından sonra kamulaştırmanın ne kadar zaman içinde yapılması gerektiği belirlenmelidir. Bugün itibarıyla, mevzuatta bu konuyu düzenleyen açık bir düzenleme yer almamaktadır. ... 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat

³⁷ Danıştay 6. D., 01.02.2011, E:2010/8980 K:2011/131, Karar yayınlanmamıştır.

³⁸ İHAM 2. Daire, 11.01.2011, Hakan Arı v. Turkey.

yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşınmazını geri alma hakkı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, yasa koyucu, mülkiyet hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli görmüştür. Yasa koyucunun bu eğiliminin, uyuşmazlık konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun olacağından, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda da, söz konusu beş yıllık süre geçmiştir. Bu itibarla, davacıların başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanununun 10. maddesi hükmü uygulanmak suretiyle maliki oldukları taşınmazın davalı belediyece imar programına alınması, bu program dahilinde geciktirilmeksizin kamulaştırılması zorunludur. ... Bu durumda, aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.”³⁹

Yine 2012 yılından itibaren verdiği kararlarında Danıştay Altıncı Dairesi de farklı bir gerekçeden hareketle İdari Dava Daireleri Kurulu ile aynı hukukî sonuca ulaşmaktadır. Bu bağlamda Altıncı Daire, Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesi yerine doğrudan İmar Kanunu’nun 10. maddesini referans almakta ve imar planı ile kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra anılan maddede öngörülen 5 yıllık süre içerisinde imar programına alınıp kamulaştırılmayan taşınmazların kamulaştırılması istemlerini reddeden idarî işlemlerin iptal edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin Danıştay Altıncı Dairesi’ne göre, “... Aynı Kanunun 10. maddesinde de: ‘Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. ...’ hükmüne yer verilmek suretiyle belediyelere, imar planlarını uygulamak üzere belirtilen süre içerisinde imar programını hazırlama; ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarına ise imar programlarında kendi

³⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24.05.2012, E:2007/2255 K:2012/801, Karar yayımlanmamıştır.

görev alanlarındaki kamu hizmeti için ayrılan özel mülkiyete konu taşınmazları kamulaştırma zorunluluğu yüklenmiştir. İmar planlarında kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerlerde kalan taşınmazlar üzerinde maliklerin tasarruf hakları kısıtlanmakta, bu yerler kamulaştırma işlemine konu teşkil edeceğinden satış değerleri düşmekte, rayiç değerinden satılamamakta, ancak kamulaştırma bedeli alınmak suretiyle yarar sağlanabilmektedir. Kamulaştırma yapılmadığı takdirde, kişilerin temel haklarından biri olan mülkiyet hakkı süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanmakta ve bu durum mülkiyet hakkının özünün zedelenmesine neden olmaktadır. Yukarıda yer verilen İmar Kanununun 10. maddesi hükmüyle, belediyelere imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç ay içinde imar programını hazırlama, yatırımcı kuruluşlara imar planlarında kamu hizmetine ayrılan arsaları imar programı süresi içerisinde kamulaştırma, yine yetkili idari makamlara kamulaştırmaya ilişkin ödeneği yatırımcı kuruluşun bütçesine koyma mükellefiyeti yüklenmek suretiyle kanun koyucu tarafından kamu yararı adına fedakarlığa katlanmak durumunda kalan taşınmaz maliklerinin mülkiyet haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğuracak şekilde uzun süre taşınmazlarının imar programlarına alınmadan bekletilmesi uygun görülmemiş ve idareye herhangi bir takdir yetkisi tanınmaksızın bağlayıcı sürelerle gerekli işlemleri yapma görevi yüklenmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, 2001 yılından beri planlarda kısmen yol, kısmen park, kısmen de trafo alanında kalan davacılara ait taşınmazın, ihtiyaç olmasına ve uzun yıllar geçmesine rağmen davalı Yıldırım Belediyesince imar programına alınmadığı ve bunun sonucu olarak da kamulaştırma işleminin yapılamadığı anlaşılmakta olup, netice itibarıyla taşınmazın imar programına alınmaması nedeniyle, davacıların mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlandığı görülmektedir. Bu durumda, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen uygulamaların İmar Kanununun 10. maddesine açıkça aykırı olduğu görüldüğünden, davacıların taşınmazının kamulaştırılmak üzere imar programına alınması gerekmektedir.”⁴⁰

⁴⁰ Danıştay 6. D., 21.11.2012, E:2009/9525 K:2012/6516. Bu kararda yer verilen gerekçelere paralel şekilde bir başka Altıncı Daire kararında da, “... uyuşmazlık konusu olayda .. davacıların taşınmazlarının 1986 yılından itibaren imar planında park alanına ayrıldığı dikkate alındığında, söz konusu beş yıllık sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davacıların

Danıştay'ın olası "mülkiyet hakkı ihlalleri"ni önlemeye yönelik olarak 2012 yılı sonrasında vermiş olduğu bu kararlarındaki gerekçeler, kuşkusuz sadece iptal davaları açısından geçerli değildir. Bu kapsamda daha önce "idarelerin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı" gerekçesiyle konuya ilişkin tam yargı davalarını reddetme eğiliminde olan Danıştay'ın, artık imar planlarında kamusal kullanım alanında kalan ve uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazların maliklerinin bu nedenle uğradıkları zararların tazmin edilmesi gerektiği görüşünde olduğu belirtilebilecektir. Danıştay'ın uzun süre kamulaştırmamadan kaynaklanan tazminat istemleri hakkındaki yeni görüşü doğrultusunda verdiği başka kararlar⁴¹ da bulunmakla birlikte, konunun -kamu oyu ile paylaşılmış olması nedeniyle- Danıştay Altıncı Dairesi'nin 17.04.2013 günlü, E:2011/8152 K:2013/2702 sayılı kararı⁴² üzerinden ele alınması ve söz konusu kararın ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun olacaktır.

D.DANIŞTAY ALTINCIDAİRESİ'NİN 17.04.2013 GÜNLÜ, K:2013/2702 SAYILI KARARI

İmar planlarında kamusal kullanım alanında kalıp idarelerce kamulaştırılmayan taşınmazlar hakkındaki önceki görüşünü 2012 yılında değiştirmesinden sonra, Danıştay'ın kurumsal internet sitesinde yayınlamak suretiyle kamuoyu ile paylaştığı son kararı, Danıştay Altıncı Dairesi'nin 17.04.2013 günlü, E:2011/8152 K:2013/2702 sayılı kararıdır. Bu kararında Danıştay, uzun yıllar imar planında yol ve otopark alanında kalan taşınmazının idarece kamulaştırılmaması nedeniyle maddi zarara uğradığını ileri süren kişinin bu nedenle açtığı tam yargı davasını reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur. Söz konusu bozma kararında Danıştay, İHAM'ın konu hakkında öngördüğü kriterlerden hareketle, idarenin kamusal kullanım alanında planlanan taşınmazları uzun

başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanununun 10. maddesi hükmü uygulanmak suretiyle maliki oldukları taşınmazın davalı belediyece imar programına alınması, bu program dahilinde gecikmeksizin kamulaştırılması zorunlu olup, davacıların kamulaştırma istemlerinin reddedilmesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır." hususları vurgulanmıştır. Danıştay 6. D., 10.09.2013, E:2012/5881 K:2013/4746, Kararlar yayınlanmamıştır.

⁴¹ Örneğin; Danıştay 6. D., 10.04.2013, E:2009/9791 K:2013/2472, Karar yayınlanmamıştır.

⁴² Danıştay 6. Dairesi, 17.04.2013, E:2011/8152 K:2013/2702. Kararın tam metni için bkz. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf.

süre kamulaştırmaması nedeniyle açılacak davalarda Türk idare mahkemele-
rince esas alınabilecek temel bazı prensipler belirlemiştir.

Danıştay kararına konu olan olayda davacının taşınmazı imar planında yol ve otopark fonksiyonuna ayrılmış, davacının imar planında değişiklik yapılması istemiyle 2007 yılında davalı belediyeye yaptığı müracaat kabul edilmemiş, taşınmazın kamulaştırılması veya eşdeğer bir idare taşınmazıyla takas edilmesi talepli davacı başvurusu da idarece reddedilmiş, bunun üzerine davacı tarafından mülkiyet hakkının kısıtlanmasından kaynaklanan zararlarının tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açılmıştır. Danıştay'ın anılan kararında, davacı taşınmazının imar planında hangi tarihten itibaren kamusal kullanım alanına ayrıldığı belirtilmemekle birlikte; taşınmazın plan kararları ile yol ve otopark alanı olarak belirlenmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir zaman geçtiği, buna karşın davalı belediyenin imar programını hazırlamadığı ve taşınmazın muhtemel kamulaştırılma zamanı konusunda da davacıya bilgi vermediği vurgulanmıştır.

Olayı değerlendiren Danıştay, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejimine ilişkin 13. maddesi ile mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesine, İHAS'a ek 1 numaralı protokolün mülkiyetin korunmasına dair 1. maddesine, İHAM'ın mülkiyet hakkına ilişkin *Hakan Arı v. Türkiye* kararına, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 günlü, E:2010/5-662 K:2010/651 sayılı kararına⁴³, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 7., 8., 10. madde-

⁴³ Bu kararında Yargıtay, kişinin taşınmazını imar planında kamusal kullanım alanına ayırdıktan sonra taşınmazı uzun yıllar imar programına almayan, kamulaştırmayan, takas yoluna başvurmayan ve böylelikle kişinin taşınmazı kullanmasını engelleyen idarenin “taşınmaza kamulaştırmaz el attığı” sonucuna ulaşmış ve bu durum karşısında malikin, kamulaştırmaz el atma hükümleri çerçevesinde taşınmaz malın satış bedeli karşılığının kendisine ödenmesini yani mülkiyetin bedele çevrilmesini talep edebileceğini belirtmiştir. Söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının kapsamlı bir analizi için bkz. Fatma Ayhan, “Karar İncelemesi İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul 2012, Cilt 15, Sayı 2, syf.133 vd.

Yargıtay'ın bu kararı şüphesiz aynı içerikli maddi olay nedeniyle Danıştay tarafından verilen kararı “görev” noktasında sorgulanır hale getirmektedir. Danıştay bu tereddütleri gidermek için K:2013/2702 sayılı kararında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin K:2012/63 ve K:2012/77 sayılı kararlarına atıf yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu kapsamda Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, “*Olayda, imar planının uygulaması sonucu, uyumsuzluğa konu parsellerin imar pla-*

lerine ve 10. maddede belediyeler için getirilen “imar planının yürürlüğe girmesinden sonra en geç üç ay içerisinde imar planının uygulanmasını sağlamak üzere 5 yıllık imar programını hazırlama” yükümlülüğü ile kamu kurumları için öngörülen “imar programı kapsamındaki taşınmazları program süresi içinde kamulaştırma” zorunluluğuna değindikten sonra şu sonuca ulaşmıştır: “... Davacıya ait parsellerin, imar planında kamunun kullanımı için yol ve otopark alanı olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceğinden, davacının tasarruf haklarının kısıtlandığı(nın) açıktır. Buna rağmen taşınmazın yol ve otopark olarak belirlenmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece 5 yıllık imar programının hazırlanmadığı ve kamulaştırma yapılmadığı gibi taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik davacı istemlerinin reddedildiği ve ne zaman kamulaştırma yapılabileceği konusunda davacıya herhangi bir bilgi de verilmediğinden davacıya ait parselin mülkiyet hakkından yararlanma olanaklarının kalmadığı görülmek-

nında park alanında kaldığı, uzun süredir park alanı olarak düzenleme yapılmadığı, kamulaştırılmadığı, taşınmazda inşaat yapma olanağı bulunmadığı; kamulaştırmaz el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenilmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanun(u) uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacılar ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan 'İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları' kapsamında idari yargı yerine çözümlenmesi gerekmektedir.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012, E:2011/238 K:2012/63, RG:02.05.2012, 28280. AYHAN da bu davaların idari yargının görev alanı kapsamında bulunduğunu belirterek, yukarıda değinilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını bu noktada eleştirmektedir. AYHAN, syf.147, 149.

Kanımızca taşınmazların imar planında uzun yıllar kamusal kullanım alanına ayrılıp kamulaştırılmamasından kaynaklanan tazminat davalarını çözümlenmekle görevli yargı mercii konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın yaklaşımı isabetlidir. Zira bu halde kişi, taşınmazından bir “kamu hizmeti”nde kullanılacağı gerekçesiyle yararlandırılmamaktadır. Yine kişinin taşınmazından yararlanmasına engel olan, imar planına aykırı taşınmaz kullanımına yasaların bağladığı müeyyideler yani “kamu gücü”dür. Dolayısıyla hem “kamu hizmeti” hem de “kamu gücü” kriterine göre olayda idari yargı mahkemeleri görevlidir. İdare hukukunun konusunun ve idari yargı organlarının görev alanlarının belirlenmesi konusunda “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” kriterleri için bkz. Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, I. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, syf.13 vd., A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, syf. 5 vd., Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, syf.29-31, Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Beta Basım, İstanbul, 2008, syf.10 vd., Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, syf.60 vd.

*tedir. ... imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olması nedeniyle davacının taşınmazının yapılaşmaya kapatıldığı, imar haklarını kullanma olanağının kalmadığı, dolayısıyla davacının mülkiyet hakkı kullanımının engellendiği görülmektedir. Bunun yanında, idarece belirsizliği telafi edecek herhangi bir hukuki karar alınmayarak arsa üzerindeki kısıtlama devam ettirilmiştir. Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında 'yol ve otopark' olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, **taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.** ...”⁴⁴*

Taşınmazın imar planında kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra imar programının hazırlanmamasını, taşınmazın kamulaştırılmamasını ve mülkiyet hakkı kullanımının üzerindeki engeli kaldıracak bir idari işlemin tesis edilmesini “mülkiyet hakkının belirsiz bir süre kısıtlanması” olarak nitelendiren Danıştay, bu kısıtlamanın neden olduğu mağduriyetin giderilmesi için taşınmaz malın değerinin hesaplanarak davacıya tazminat olarak ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Üstelik Danıştay'a göre bu sonuç, mülkiyet hakkının hukuka aykırı şekilde kısıtlanmasından kaynaklanan davacı mağduriyetinin giderilmesi için “tek yol”dur. Bu çerçevede Danıştay söz konusu yolun nasıl işletileceği konusunda da “İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir.”⁴⁵ değerlendirmesinde bulunarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na atıf yapmış ve ilk derece mahkemelerine yol göstermiştir.⁴⁶ Yine Danıştay'a göre, “... da-

⁴⁴ Danıştay 6. D., 17.04.2013, E:2011/8152 K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf . Kalın yazılı kısım, kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

⁴⁵ Danıştay 6. D., 17.04.2013, K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf

⁴⁶ “Mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle aralarında emlak değerlendirme

vacıya ödenmesine hükmolunacak tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.”⁴⁷

Danıştay’ın bu kararı (2012 yılı sonrasında verdiği benzer nitelikteki diğer kararları gibi), imar planı yapma yetkisine sahip kamu idarelerinin özellikle de belediyelerin oldukça yaygın bir uygulamasına karşı yargı organlarının sergilenen yaklaşımı değiştirmesi ve konuya hak ve özgürlükler temelinde, “mülkiyet hakkı” perspektifinden yaklaşması nedeniyle oldukça önemlidir. Bu bağlamda mülkiyet hakkı ile ilgili Anayasa ve uluslar arası sözleşme hükümlerini dayanak alan ve bu hükümleri, daha önceki daire kararlarına referans oluşturan iç hukuk kaynaklı gerekçelere üstün tutan Danıştay kararı; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı” yönündeki Anayasal emrin (m.90/f.5) gereğini yerine getirmiş bulunmaktadır. Ayrıca bu kararın ve benzer tam yargı davalarında bu karardaki esaslar doğrultusunda verilecek diğer yargı kararlarının, İHAM nezdinde Türkiye açısından gündeme gelmesi kuvvetle muhtemel ihlal kararlarını engelleyeceği de açıktır.

Bununla birlikte K:2013/2702 sayılı kararıyla malikin zararlarının tazmin edilmesi bakımından Danıştay Altıncı Dairesi’nin öngördüğü yöntemin, mevzuatımızda idari yargı organları için öngörülen idari işlem niteliğinde yargı kararı verme yasağına aykırı olduğu belirtilebilecektir. Zira Danıştay, taşınmazı imar planında kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra uzun süre kamulaştırılmayan ve takas ya da imar planı değişikliği gibi başka bir idari tasarrufla

uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevkii, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde aynı(i) ve şahsi it(r)tifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edildikten sonra davacıya ödenmesine karar verilmesi icap etmektedir.” Danıştay 6. D., K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf

⁴⁷ Danıştay 6. D., K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf

da mağduriyeti giderilmeyen kişinin açtığı tam yargı davasında, idare mahkemelerince taşınmazın “*satış bedeli*”nin hesaplanmasını ve davacıya tazminat olarak ödenmesine karar verilmesini öngörmekte, ayrıca bu bedel karşılığında taşınmazın tapuda davalı idare adına tescil edilmesinin zorunlu olduğunu da vurgulamaktadır. Bu çözüm şekline göre idare mahkemeleri kamulaştırma işlemini başlatmış ve Kamulaştırma Kanunu'na göre asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına giren kamulaştırma bedelinin hesaplanması işlemini de gerçekleştirerek, bu tutarın davacıya ödenmesini yargısal yolla temin etmiş olmaktadır. Artık bu aşamadan sonra davalı idareler açısından tapu müdürlüğüne başvurarak, idare mahkemesi kararını ve kararda belirtilen tutarın ilgisine ödendiğini gösteren belgeyi ibraz etmek suretiyle taşınmazın idareleri adına tescilini istemek dışında bir seçenek kalmamaktadır. Yani deyim yerindeyse ortada “*idarenin irade beyanı*” olmaksızın, idare mahkemesi kararıyla bir kamulaştırma işlemi gerçekleşmektedir ki; bu durumun, Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen “idare mahkemelerinin idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı veremeyecekleri”⁴⁸ yolundaki kuralla bağdaşmadığı açıktır.

Bu noktada tartışılması gereken teorik bir mesele olarak, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla Anayasa'nın aynı konuda farklı çözüm yollarına işaret etmesi halinde, idari yargı organlarınınca izlenmesi gereken yöntemin ne olduğu” sorusu akıllara takılabilecektir. Ancak maddi bir olay üzerinden böyle bir sorunun tartışılması, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası sözleşme hükümlerine riayetin ancak Anayasa ihlal edilerek sağlanabilecek olması durumunda anlam kazanacaktır. Dolayısıyla Danıştay Altıncı Dairesi'nin K:2013/2702 sayılı kararı açısından cevaplandırılması gereken temel sorun, olayda **mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa ve İHAS hükümlerinin gereğini yerine getirecek ama aynı**

⁴⁸ “Olması gereken hukuk” açısından, idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verme yasağının gereksiz olduğu ve hatta hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilebilmesi açısından olumsuz sonuçları bulunduğu belirtilebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, Anayasa ve 2577 sayılı Kanun uyarınca bu yasak “olan hukuk”un kapsamı içindedir ve idari yargıç, kararlarını verirken “olan hukuk”u göz önünde bulundurmamak zorundadır. İdari işlem yapma ve idareci yerine geçme yasağının kapsamlı bir eleştirisi için bkz. Nuri Yaşar, *İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, syf.148-156.

zamanda Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı olmayacak bir çözüm yolunun bulunup bulunamayacağıdır. Bu çerçevede mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle maruz kaldığı mağduriyetin giderilebilmesi için taşınmaz malın satış bedelinin hesaplanarak davacıya ödenmesi dışında alternatif bir çözüm yolunun varlığı ortaya konulabilirse, taşınmazların imar planında uzun yıllar kamusal kullanım alanında kalmasından ve kamulaştırılmamasından kaynaklanan hak ihlalleri Anayasa'nın 125. maddesi ile bağdaşır şekilde giderilmiş olacak ve böylece kamulaştırmamadan kaynaklanan tam yargı davaları açısından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla Anayasa'nın çatışması sorunsalının üzerinde durulmasına gerek kalmayacaktır.

E. ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. İmar planları ile kamusal kullanım alanına ayrılan, bu nedenle artık üzerinde istenildiği gibi tasarruf edilemeyen ve kamulaştırılmak suretiyle bedeli de malikine ödenmeyen taşınmazlar nedeniyle ilgililerin maddi bir zarara uğradığı açıktır. Şüphesiz bu zarar, idarenin imar planı şeklindeki işlemi ile taşınmazı kamulaştırmamak biçimindeki eyleminden kaynaklanmaktadır. O halde bu zararın, kendi işlem ve eylemiyle bu zarara neden olan idare tarafından tazminat olarak ilgisine ödenmesi, Anayasa'nın 125. maddesinin gereği haline gelmektedir. Nitekim mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin protokolün 1. maddesine uygunluğunu değerlendirirken İHAM'ın başvurduğu adil denge (*fair balance*) testinin en önemli unsurlarından birini de denkleştirici tazminat oluşturmaktadır.⁴⁹

Bu kapsamda anlatım kolaylığı sağlayabilmek açısından, alternatif çözüm olarak önerdiğimiz söz konusu tazminatın mahiyetinin, kapsamının, hesaplanma şeklinin ve bu tazminatın ödenmesi istemiyle açılacak idarî davalarda gündeme gelebilecek bazı usulî sorunların ayrı başlıklar altında değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

⁴⁹ Bkz. yukarıda “B. - III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı” başlığı

I. Tazminatın Mahiyeti ve Hesaplanma Şekli

İmar planı ile kamusal kullanım alanına ayrılan ancak kamulaştırılmayan taşınmazlardan kaynaklanan zararlar nedeniyle ilgisine ödenmesi gereken (ve aynı zamanda Danıştay Altıncı Dairesi'nin K:2013/2702 sayılı kararında öngördüğü çözüme alternatif oluşturan) tazminat, şüphesiz taşınmazın satış bedeli değildir. Bu kapsamda söz konusu tazminat kural olarak, taşınmazının kullanımının kısıtlanması ve kamulaştırılmaması nedeniyle *kişinin dava açtığı tarih itibariyle uğradığı gerçek zararın maddi karşılığı olan tazminattır*. Zira idarenin tazmin sorumluluğu açısından hukukumuzda asıl olan, idari eylem veya işlemler nedeniyle kişilerin uğradığı gerçek zararların tazmin edilmesidir.⁵⁰

Esasen idare hukukunda kamu taşınmazlarının fuzulen işgali durumunda gündeme gelen ecrimisil uygulaması, bu tazminata benzer bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten kelime anlamı benzerine göre tespit edilen karşılık⁵¹ olan ve terminolojik açıdan devletin özel mülkiyetinde ya da hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmazların herhangi bir hukuki nedene dayanılmaksızın haksız yere işgal edilmesi durumunda işgalciden istenilen ücreti⁵² ifade eden ecrimisil, bir taşınmazın maliki dışında bir başka kimse tarafından haksız yere kullanılmasının karşılığı olan parasal bir yaptırımdır. Bu niteliği sebebiyle (aynen imar planlarında kamusal kullanım alanına ayrılıp kamulaştırılmayan taşınmazlarda olduğu gibi) bir taşınmazın maliki tarafından kullanılabilmesinden kaynaklanan zararların karşılığı olan tazminata benzeyen ecrimisil, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca idarenin taşınmaz ve değerlendirme konusunda uzman üç bilirkişiden oluşturacağı bir komisyon tarafından belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan soruşturularak tahakkuk ettirilmektedir.

⁵⁰ Gözübüyük, syf.868, Günday, syf.345.

⁵¹ Ufuk Okan, Nurdoğan Ünal, *Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, syf.19.

⁵² Yusuf Karakoç, "Kamu Mallarının Değerlendirilmesi Açısından Ecrimisil", *Sayıştay Dergisi*, Ankara, Ocak-Mart 1993, Sayı 11, syf.25, Yasin Sezer, "Kamu Mallarında Ecrimisil", *Danıştay Dergisi*, Ankara, Yıl 34, Sayı 108, syf.6.

Belirtmek gerekir ki, imar planında kamusal fonksiyona ayrılması nedeniyle kullanılmayan ve kamulaştırılmayan taşınmaz nedeniyle uğranılan gerçek zararın karşılığı olan maddi tazminatın içeriği, ecrimisil ile birebir örtüşmemektedir. Zira ecrimisilin hesaplanmasında Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin⁵³ 85. maddesi gereğince dikkate alınacak *“taşınmazın işgalci tarafından kullanım şekli ile işgalden dolayı varsa elde ettiği gelir”* hususlarının, kullanılmadan kaynaklanan zararlar için hesaplanacak tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte ecrimisil miktarının hesabında aynı Yönetmelik hükmü gereğince dikkate alınacak olan *“aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ecrimisiller, varsa bunlara ilişkin kesinleşmiş yargı kararları, ilgisine göre belediye, ticaret odası, sanayi odası, ziraat odası, borsa gibi kuruluşlardan soruşturulmak suretiyle edinilecek bilgiler ve taşınmazın değerini etkileyecek tüm unsurlar”* şeklindeki ölçütler ile Danıştay kararlarında ecrimisil hesabında dikkate alınması gerektiği belirtilen *“taşınmazın konumu, mevkii, uyumsuzluk konusu taşınmaz veya emsallerinin emlak vergisi beyan değeri, uyumsuzluk konusu taşınmazın serbest piyasada kiralanması halinde gündeme gelecek rayiç kira miktarı”*⁵⁴ şeklindeki diğer kriterlerin ve yine Danıştay Altıncı Dairesi’nin K:2013/2702 sayılı kararında taşınmazın satış bedelinin belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilen *“taşınmazın varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, imar verileri, bedelle etki eden tüm kanuni veriler, taşınmazın değerini etkileyen hak ve yükümlülükler”*⁵⁵ gibi faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Ayrıca söz konusu tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak imar verilerinin, tazminat istemine neden olan imar planı ile uyumsuzluk konusu taşınmaz hakkında öngörülen veriler olmadığı açıktır. Çünkü başka taşınmazlara yapılaşma hakkı tanırken belli bir taşınmazı kamusal kullanım alanına ayıran imar planının neden olduğu gerçek zarar, ancak söz konusu imar planı ile *“bölgedeki*

⁵³ 19.06.2007 günlü, 26557 sayılı Resmi Gazete

⁵⁴ Danıştay 10. D., 13.10.1994, E:1993/1629 K:1994/4832; 22.03.2004, E:2001/3059 K:2004/3030; 27.04.2012, E:2008/9299 K:2012/1877, Kararlar yayınlanmamıştır.

⁵⁵ Danıştay 6. Dairesi, 17.04.2013, E:2011/8152 K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf.

taşınmazlara tanınan en düşük yoğunluklu yapılaşma izni kriterleri”ne göre belirlenebilecektir.

İmar planı ve idarenin kamulaştırmama eylemi nedeniyle taşınmaz malikine ödenmesi gereken tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak bir diğer husus, taşınmazı halen mülkiyetinde bulunduran ve bu nedenle taşınmaz üzerinde sınırlı da olsa (ekme, biçme, bitki ve ağaç yetiştirme ...v.b) tasarruf imkânı bulunan malikin bu nedenle elde ettiği ya da elde etme olanağına sahip olduğu gelirdir. İdare hukukumuzda tazmini mümkün olan zararın “gerçek zarar” olması nedeniyle, şüphesiz söz konusu gelir tutarının kişinin uğradığı maddi zarar tutarından mahsup edilmesi gerekecektir. Bu nedenle bir önceki paragrafta bahsettiğimiz ölçütlere göre hesaplanacak maddi zarar miktarından, taşınmazın aynı ölçütlere göre hesaplanacak (mevcut hukukî ve fiilî imkânlar dahilindeki) olası kullanım bedeli düşülerek, taşınmaz malikine ödenecek nihai tutar saptanmış olacaktır.

Bu çerçevede imar planı ile kamusal kullanım alanına ayrılan ancak kamulaştırılmayan taşınmazlardan kaynaklanan zararlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında; gerekirse emlak ve değerlendirme konusunda uzman bilirkişilerden de yararlanmak suretiyle, “*aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ecrimisiller, varsa bunlara ilişkin kesinleşmiş yargı kararları, taşınmazın konumu, mevki, uyumsuzluk konusu taşınmaz veya emsallerinin emlak vergisi beyan değeri, taşınmazın varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın değerini etkileyen hak ve yükümlülükler, bölgedeki diğer taşınmazlar için öngörülen asgari yapılaşma koşulları ve diğer imar verileri, bu verilere göre uyumsuzluk konusu taşınmazın serbest piyasada kiralanması halinde gündeme gelecek kira miktarı ve ilgisine göre belediye, ticaret odası, sanayi odası, ziraat odası, borsa gibi kuruluşlardan soruşturulmak suretiyle edinilecek bilgiler ve taşınmazın değerini etkileyecek tüm unsurlar*” dikkate alınarak uyumsuzluk konusu dönem için tespit edilecek gelir kaybı miktarından, malikin mevcut fiilî ve hukukî durumda taşınmazı kullanmak suretiyle elde ettiği ya da elde etme olanağına sahip olduğu gelirin düşülmesi suretiyle tespit edilecek maddi tutar, ilgisine ödenmesi gereken maddi tazminat bedeli olarak belirlenebilecektir.

II. Tazminatın Kapsamı (Taşınmazlar Yönünden)

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırır.” hükmü gereğince imar planlarının yürürlüğe girmesinden sonra 3 ay içerisinde planın uygulanmasını sağlamak üzere imar programlarının hazırlanması ve akabinde 5 yıllık süre içerisinde imar programlarının hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından imar planının tamamının uygulamaya geçirilmesi amacıyla bu hüküm ihdas edilmiş olup, planın kısımlar halinde birbirini takip eden farklı 5 yıllık süreler içerisinde uygulanması konusunda idarelere takdir yetkisi tanınmamıştır.⁵⁶

Buna göre, imar planı ile kamusal kullanım alanına ayrıldığı tarihten itibaren İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen (5 yıl 3 aylık) azami sürenin geçmesine rağmen halen kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle tam yargı davası açılarak tazminat istenilebileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda idare, kendisine yasa ile yüklenmiş bir görevi yasada öngörülen süre içerisinde yerine getirmemiş diğer bir ifadeyle kamu hizmetini zamanında ve olması gerektiği gibi⁵⁷ yürütmemiş olacağından; bu tutumundan kaynaklanan zararları hizmet kusuru esasına göre karşılamak durumunda kalacaktır.

İmar planı ile kamusal kullanım alanına ayrıldığı tarihten itibaren henüz 5 yıl 3 aylık sürenin geçmediği taşınmazlar açısından ise kanımızca ikili bir

⁵⁶ Benzer yönde; Danıştay 6. D., 21.11.2012, E:2009/9525 K:2012/6516.

⁵⁷ “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işle-yişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.” Danıştay 10. D., 23.10.2013, E:2009/14538 K:2013/7354, Karar yayınlanmamıştır.

ayırım yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda böyle bir taşınmazın maliki, imar planının hiçbir taşınmaz açısından uygulamaya geçirilmediği bir aşamada herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaktır. Zira bazen kamu idareleri imar planlarını yapar yapmaz uygulamaya geçmemekte, planlanan alanda yapı yapmaya elverişli imar parselleri elde edilmesi amacıyla parselasyon işlemi tesis etmeden hiçbir taşınmaza yapılaşma izni vermemektedir. Böyle bir durumda imar planı ile taşınmazı kamusal kullanım alanına ayrılan kişinin mağduriyetinin parselasyon işlemi yoluyla giderilmesi mümkün olmakla birlikte; bu aşamada tazminat ödenmesini hukuken olanaksız kılan husus mağduriyetin giderilmesi olasılığı değil, henüz bu kimsenin uğradığı gerçek bir zararın bulunmamasıdır. Çünkü imar planı kapsamındaki hiçbir taşınmaza yapılaşma izni verilmediği bu aşamada sadece taşınmazı kamusal kullanım alanına ayrılan malik değil, plan kapsamındaki bütün taşınmazların malikleri mülklerini diledikleri gibi kullanma olanağından mahrum durumdadırlar.⁵⁸ Dolayısıyla bu zaman diliminde imar planı işlemi ile kamulaştırmama eyleminden kaynaklanan gerçek bir zararın varlığından söz edilemeyeceğinden, idarenin tazmin sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir.

İmar planında kamusal fonksiyonlara ayrıldığı tarihten itibaren henüz 5 yıl 3 aylık süre geçmeyen ancak bu süre içerisinde aynı imar planı kapsamında yer aldığı diğer taşınmazlara yapılaşma izni verilen taşınmazlar nedeniyle tazminat istenebilir istenemeyeceği konusunda ise üç farklı değerlendirme yapılabilecektir. Bu kapsamda öncelikle *“bazı taşınmazlara yapılaşma izni vererek imar planını kısmen hayata geçiren idarenin, gerekli idari tasarruflarda bulunmayarak aynı zaman dilimi içerisinde planın diğer kısımlarını hayata geçiremediği ve bu nedenle hizmetini kusurlu işlettiği”* gerekçesinden hareketle, bu tür taşınmazlar nedeniyle malikin uğradığı zararların da hizmet kusuru esasına göre idarece tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte *“imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren henüz 5 yıl 3 aylık bir zaman diliminin geçmedi-*

⁵⁸ İHAS'a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesinin 2. fıkrası gereğince, mülkiyetin kullanımının kamu yararı amacıyla düzenlenmesi kapsamında değerlendirilebilecek bu durum, kamu yararının gerekleri ile kişisel mülkiyet hakkının gerekleri arasındaki adil denge bozulmadığı sürece, İHAS bağlamında mülkiyet hakkı ihlali olarak nitelendirilemeyecektir. Devletlerin mülkiyetin kullanımını düzenleme yetkileri için bkz. Boyar, syf.523-525.

ği dönemde idarenin kanunla kendisine yetki tanınan zaman dilimi içerisinde olduğu, dolayısıyla bu aşamada idarenin kamu hizmetlerini ve kanunla kendisine yüklenen görevleri yerine getirirken kusurlu hareket ettiğinden söz edilemeyeceği, yine bu aşamada malikin uğradığı anormal olmayan zararın risk sorumluluğu ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibi⁵⁹ gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunu da gündeme getirmeyeceği” savunularak, söz konusu taşınmazların kullanılamaması ve kamulaştırılmaması nedeniyle 5 yıl 3 aylık zaman dilimi içerisinde idarelerin hiçbir şekilde tazmin sorumluluğunun bulunmadığı da belirtilebilecektir. Son olarak kanımızca Türk pozitif hukukuna ve hakkaniyete daha uygun olan bir diğer görüş çerçevesinde “Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan ‘idarenin kendi işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlü olduğu’ kuralı doğrultusunda, kusuru bulunsun ya da bulunmasın, idarenin kendi işlem ve eylemleri ile illiyet bağı içinde bulunan tüm zararlardan sorumlu olduğu, idarenin kusursuz sorumluluk kapsamında kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince tazminle yükümlü tutulabilmesi için ortaya çıkan zararın belli bir ağırlıkta, anormal bir zarar olmasını aramanın Anayasa’nın 125. maddesine aykırılık oluşturacağı, diğer taraftan imar planlarının belli bir yörede yaşayan tüm insanlar açısından daha yaşanabilir bir çevre ve planlı bir arazi kullanımı oluşturmayı amaçladığı, bu kapsamda aynı plan kapsamında taşınmaz konut ya da ticaret alanına ayrılan kişi imar planının yürürlüğe girmesinden sonraki 1 yıl içinde taşınmazı üzerinde yapı inşa edebilmişse, aynı planda taşınmazı park alanına ayrılan ve kamulaştırma için 5 yıl 2 ay bekleyen malikin, denkleştirici tazminata 4 yıl geç ulaşmasından kaynaklanan zararlarının karşılanmasını isteyemeyeceğini ve aynı plan kapsamında taşınmazları yapılaşma alanına ayrılan diğer malikler lehine bu duruma katlanmak zorunda olduğunu kabul etmenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı, dolayısıyla böyle bir ihtimalde idarenin, kusursuz da olsa, kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibi gereğince söz konusu malikin maruz kaldığı zararları tazminle yükümlü olduğu” da iddia edilebilecektir.⁶⁰

⁵⁹ “Risk” ve “Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik” ilkeleri gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu hakkında bilgi için bkz. Gözübüyük, syf.847 vd, Günay, syf.340-344, Yıldırım, syf.264-266, Gözler, syf.1075 vd, 1145 vd.

⁶⁰ Aktarılan her üç yorum tarzına göre, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl 3

III. Süre

a. Dava Açma Süresi

İmar planında kamusal kullanım alanına ayrılan taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle zarara uğrayan malikin bu zararı, hem bir idarî işlem olan imar planından hem de imar planının yürürlüğe girmesinden sonra taşınmazın kamulaştırılmaması şeklindeki idarî eylemden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda kronolojik olarak kişiyi zarara uğratan son idarî tasarruf “eylem” olarak karşımıza çıktığından, açılacak tam yargı davasının idari eylemden kaynaklanan bir tam yargı davası olarak değerlendirilmesi ve dava açma süresinin de buna göre hesaplanması gerekecektir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde idarî eylemlerden kaynaklanan tam yargı davaları bakımından dava açma süresi, “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.*” şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu noktada idarî eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini amacıyla açılacak tam yargı davalarında zorunlu idarî başvuru için 1 ve 5 yıllık sürelerin öngörülmüş olması, imar planı ile kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra 1 yıl veya 5 yıldan daha uzun süreler boyunca kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarının süre aşımı yönünden reddedilme olasılığını gündeme getirmektedir. Ancak böyle bir ihtimalde, örneğin idareye yaptığı başvurunun reddedilmesini tâkip eden altmış gün içinde dava açan malikin, imar planının yürürlüğe girmesinden

aydan daha fazla bir zaman geçmesine rağmen kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak davalarda, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak zararın başlangıç tarihi de değişiklik gösterecektir. Bu kapsamda tazminat miktarının hesaplanmasına esas zararın başlangıç tarihi 2. yoruma göre planın yürürlüğe girmesinden 5 yıl 3 ay sonraki tarih, 1. ve 3. yoruma göre ise aynı imar planı kapsamında bulunan diğer taşınmazlara imar izni verilmeye başlandığı tarih olacaktır.

sonra dava tarihine kadar geçen 20 yıllık süre boyunca taşınmazının kamulaştırılmamasından kaynaklanan maddi zararlarının karşılanmasını istemesi durumunda; idarenin kamulaştırmama şeklindeki eylemi (halen kamulaştırma yapılmadığından) temadî etmekte olacağından diğer bir ifadeyle henüz idarî eylem tamamlanmış/bitmiş sayılamayacağından, kanımızca davanın süresinde açılmadığı şeklinde bir değerlendirme isabetli olmayacaktır. Nitekim Danıştay da davanın açıldığı tarih itibariyle devam etmekte olan idarî eylemler veya devam eden maddî zararlar nedeniyle açılan tam yargı davalarının süresinde açıldığı görüşündedir.⁶¹ Dolayısıyla idarenin henüz kamulaştırma yapmadığı dönemde açılan tam yargı davalarının ve idarenin kamulaştırma yapmak suretiyle (kamulaştırmama şeklindeki) idarî eylemi sonlandırdığı tarihten bir yıl sonrasına kadar 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen idarî başvuru usulü tamamlanarak, başvurunun reddedilmesini müteâkip dava açma süresi içinde açılan tam yargı davalarının teorik olarak süresinde açılmış oldukları belirtilebilecektir.

b. Zamanaşımı Süresi

Süre konusu, imar planında kamusal kullanım alanında kalmasına rağmen kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında sadece usul aşamasında, davanın süresinde açılıp açılmadığı belirlenirken değil; esas aşamasında, davacıya hangi yıllara ait zararlarının ödeneceği saptanırken de gündeme gelecektir. Zira 5018 sayılı Kamu Malî Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun 34. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “İlgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde alacaklıları tarafından geçerli bir mazarete dayanmaksızın, yazılı talep edilmediğinden veya belgeleri verilmediğinden

⁶¹ “Davacının, halen Almanya'ya dönemediği, herhangi bir ikametgahı bulunmadığı ve bu nedenle kendisinden istenilen fakirlik ilmuhaberini sunamadığı, Baro tarafından görevlendirilen bir avukat vasıtasıyla davayı takip ettiği dikkate alındığında, yurda dönmüş olmasına ve ardından tutuklanmasına rağmen yurda dönmediği gerekçesiyle vatandaşlığının kaybettirilmesi ile başlayan olayların ve sonuçlarının davanın açıldığı tarihte de devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davanın açıldığı tarihte de devam ettiği anlaşılan işlem ve eylemler ile bunların olumsuz sonuçları nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın süresinde açılmış olduğunun kabulü gerekmekte olup, aksi yöndeki kararda usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 07.10.2010, E:2009/2684 K:2010/1382, Karar yayınlanmamıştır.

dolayı ödenemeyen borçlar zamanaşımına uğrayarak kamu idareleri lehine düşer.” hükmü, “kamusal kullanım alanında planlanan ve kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında idarelerden, ancak dava tarihinden (bu tarihin içinde bulunduğu malî yılın sonundan) geriye doğru beş yıllık zararların istenebileceği, bundan önceki yıllara ait zararların tazmininin zaman aşımı nedeniyle mümkün olmadığı” şeklinde bir değerlendirme yapılmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak 5018 sayılı Kanun’un söz konusu hükmünde zamanaşımı kamu idarelerinin borçları açısından öngörülmüş olup; taşınmazın malikine tazminat ödenmesi yolunda bir yargı kararı bulunmadan ortada bir kamu borcu olduğundan söz edilemeyecektir. Zira borç kavramı, bir kişiyi, diğer bir kişiye karşı bir edim yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukukî bağ⁶² olup; herhangi bir idari eylemin, idare mahkemelerince idarenin tazmin sorumluluğunu doğurduğu hususunda bir karar verilmeden, salt ilgili kişinin iddiasına dayalı olarak idareyi bir edim ifa etme (para ödeme) yükümlülüğü altına sokmayacağı açıktır. Dolayısıyla 5018 sayılı Kanun’un 34. maddesinin 3. fıkrası, inceleme konumuzu oluşturan maddi olay açısından ancak kamulaştırılmayan taşınmazın maliki lehine yargı organlarınca bir tazminata hükmedilmesinden sonra uygulama alanı bulabileceğinden; bu gibi tam yargı davalarında malikin, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık süreden daha eski zararlarının da tazminini isteyebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

IV. Husumet

İmar planında kamusal kullanım alanına ayrılan ve sonrasında kamulaştırılmayan taşınmaz nedeniyle malikin uğradığı zarar, imar planı ile birlikte kamulaştırmama şeklindeki idarî eylemden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle böyle bir durumda hem imar planını yapan idare hem de yürüteceği kamu hizmeti için taşınmazı kamulaştırması gerektiği halde kamulaştırmayan idare tarafından malikin mülkiyet hakkına müdahale edilmiş olacaktır. Bu nedenle imar planında kamusal kullanım alanına ayrılıp kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davalarında kural olarak, imar planını yapan idare

⁶² M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, syf.3

ile kamulaştırmayı yapmayan idarenin birlikte hasım mevkiinde gösterilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte şüphesiz, tazminat istemine neden olan somut olayın özellikleri dikkate alınarak zarardan sorumlu idare ve dolayısıyla husumet konusunda yukarıda belirtilen kuraldan farklı değerlendirmeler yapılması da mümkündür. Bu kapsamda örneğin, kamulaştırma yapması gereken idarenin taşınmaza ihtiyaç duymadığını imar planını yapan idareye bildirmesine rağmen planda taşınmazın kamusal kullanım alanına ayrılması ya da sonradan gerekli plan değişikliğinin yapılmaması ihtimalinde, imar planı yapma yetkisine sahip olan idarenin malikin zararlarından tek başına sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir.

V. Tazminatın Türk Hukuku ve İHAS Gerekliliklerine Uygunluğu

İmar planında kamusal kullanım alanına ayrıldığı için taşınmazını dilediği gibi kullanamayan ve kamulaştırılmaması nedeniyle taşınmazından maddî bir menfaat de elde edemeyen kişinin uğradığı maddî zararların tazminat yoluyla giderilmesi, şüphesiz mülkiyet hakkının korunması ve olası hak ihlallerinin engellenmesi bakımından önemli bir hukukî araçtır. Dolayısıyla taşınmazın belli bir süre istenildiği gibi kullanılamamasından kaynaklanan tazminatın, Anayasa'nın gerek mülkiyet hakkını güvence altına alan 35. maddesinin gerekse temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi ile demokratik toplum düzeyinin gereklerine aykırı şekilde sınırlandırılmayacağını öngören 13. maddesinin gerekliliklerine uygun bir uygulama olacağı belirtilebilecektir.

Diğer taraftan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca açılacak bir tam yargı davası ile talep edilecek söz konusu tazminatla, mülkiyet hakkına müdahale edilen tarih ile dava tarihi arasında malikin uğradığı gerçek zarar karşılanacaktır. Bu anlamda söz konusu tazminata hükmedilmesi ile idari işlem ya da eylem niteliğinde yargı kararı verilmesi, idarenin takdir yetkisinin kaldırılması, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen esaslara uygun şekilde yerine getirilmesinin kısıtlanması, yerindelik denetimi yapılması ve idarenin yargı kararı ile belli yönde işlem tesis etmeye zorlanması söz konusu olmayacağından; alternatif çözüm önerisi olarak değerlendirilen

tazminatın, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile de uyum içinde olduğu ifade edilebilecektir.

Son olarak İHAM, mülkiyet hakkının güvence altına alındığı İHAS'a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği kararlarında, özellikle mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektiren kamusal yarar ile kişinin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını ve hakka müdahale aracı ile güdülen amaç arasında bir ölçülülük ilişkisinin var olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Bu çerçevede mülkiyet hakkına müdahale nedeniyle uğradığı zararlarla orantılı olacak denkleştirici bir tazminatın malike ödenmemesi, İHAM tarafından genellikle söz konusu adil dengenin kurulmadığının göstergeleri arasında kabul edilmektedir. Nitekim yukarıda "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı" başlığı altında değindiğimiz *Sporrong and Lönnroth v. Sweden, Pialopoulos and Others v. Greece, Rosinski v. Poland, Skrzynski v. Poland, Hakan Arı v. Türkiye, Hüseyin Kaplan v. Türkiye* kararlarında İHAM, protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşırken, mülkiyet hakkına müdahale nedeniyle kişiye tazminat ödenmemiş olmasını da dikkate almıştır. Dolayısıyla imar planında kamusal kullanım alanına ayrılan ve akabinde makul bir süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazın malikine, açtığı tam yargı davası sonucunda uğradığı maddi zararların tazmininden ödenmesi şüphesiz, İHAS'a ek 1 numaralı protokolün ve konu hakkında İHAM içtihatlarıyla ortaya konulan koruma rejiminin gereklerine uygun düşecek ve Türkiye aleyhine gündeme gelebilecek olası ihlal kararlarını azaltacaktır.⁶³

⁶³ İmar planında kamusal kullanım alanına ayrılan ve makul süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazın malikine bu şekilde tazminat ödenmesinin **hukukî olmayan ama pratik nite-likteki bir diğer sonucu** da, bu tazminatın yargı ve idare uygulamasına yansımaları halinde taşınmazın kamulaştırılmadığı sürenin muhtemelen kısalmaya olacağıdır. Zira bu gibi bir durumda 15-20 yıl gibi uzun süreler için malikin taşınmazı kullanamamasından kaynaklanan zararları karşılayacak olan idarenin ödemek durumunda kalacağı tutar, taşınmazın satış bedeline yakın ve hatta daha yüksek miktarda olabilecektir. Buna bağlı olarak yani kamulaştırmama olgusunun malik dışında idareye de maddi yönden zarar vermesi sebebiyle kamulaştırmama sürelerinde kısımla yaşanması ihtimalden uzak olmayacaktır. Oysa Danıştay'ın K:2013/2702 sayılı kararı ile benimsediği çözüm yolunda idareler, taşınmazı imar planı yürürlüğe girer girmez de kamulaştırsalar, 20 yıl sonra da kamulaştırsalar her türlü taşınmazın satış bedeline tekabül eden bir bütçe yüküne mâruz kalacaklardır. Bunun ise, idareleri bir an evvel kamulaştırma yapmaya sevk etmeyeceği ve taşınmazı geç kamulaştırılan taşınmaz

F. SONUÇ

Taşınmazların imar planlarında kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra uzun süre kamulaştırılmaması, maliklerin mülkiyet hakkına ağır bir müdahale oluşturmakta ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle idareler aleyhine çeşitli davaların açılmasına sebebiyet vermektedir. Şüphesiz bu tür davalarda mahkemelerce, kanun düzeyindeki hukuk kurallarından önce Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvence altına alan 35. ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejimini belirleyen 13. maddesinin, ayrıca 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklik gereğince temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bu kapsamda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 1 numaralı protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesi mahkemelerimiz tarafından söz konusu uyuşmazlıklarda öncelikle dikkate alınması gereken temel normlardan biridir. Türk yargı organlarının İHAS'a ek 1 numaralı protokolün 1. maddesini ve bu maddenin anlamına dair İHAM içtihatlarını öncelemeden konuya yaklaşmaları, yetki alanındaki kişilerin mülkiyet haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Türkiye'nin İHAM nezdinde mahkum olmasını netice verebilecektir. Nitekim Türkiye, ne yazık ki geçmişte bu tür mahkumiyet kararları ile karşılaşmış durumdadır.

Bu çerçevede Türk yargı uygulamaları incelendiğinde, Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde sözleşme hükümlerinin uygulanması emredilmesine rağmen, Danıştay'ın 2012 yılına kadar verdiği kararlarda konuya ilişkin İHAS hükümlerine değinmediği ve davacının mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği yolunda bir değerlendirme yapmaksızın, sadece Türk pozitif hukukuna göre uyuşmazlıkları karara bağladığı görülmektedir. Bu nedenle 2012 yılından itibaren Danıştay içtihatlarında İHAS hükümleri ile İHAM içtihatları doğrultusunda meydana gelen değişimin, gerek Anayasa'nın gereğinin yerine getirilmesi gerekse Türkiye'nin insan haklarına saygılı hukuk devleti olma niteliği açısından son derece önem taşıdığı tabiidir.

malikinin satış bedeline geç ulaşmaktan kaynaklanan zararlarını karşılamayacağı açıktır.

2012 yılından itibaren konuya ilişkin tam yargı davalarında Danıştay'ın verdiği kararlardan, Yüksek Mahkeme'nin “*imar planında kamusal kullanım alanına ayrıldıktan sonra İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen 5 yıllık süre içerisinde kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle kişinin mülkiyet hakkının belirsiz bir süreyle sınırlandırıldığı ve malikin mağduriyetinin giderilebilmesi için, söz konusu taşınmazın satış bedelinin hesaplanarak ilgisine ödenmesinden başka bir yol bulunmadığı*” görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre bu tür davalarda idare mahkemelerince keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak taşınmazın satış bedelinin hesaplanması ve ilgisine ödenmesine karar verilmesi, ayrıca bu bedelin tapuda idare adına yapılacak tescilin karşılığı olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması⁶⁴ (yani mahkemece belirlenen bedelin idare tarafından davacıya ödenmesinden sonra taşınmazın tapuda idare adına tescil edilmesi) gerekmektedir.

Danıştay'ın imar planında kamusal fonksiyona ayrılıp uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar nedeniyle açılacak tam yargı davaları açısından öngördüğü bu çözüm yolu ile idare mahkemeleri, ortada idarenin bu yönde bir iradesi olmaksızın bir idari işlem (kamulaştırma) sürecini ilk elden başlatacak, adeta bir asliye hukuk mahkemesi gibi hareket ederek taşınmazın satış bedelini Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usulde tespit edecek, sonrasında vereceği kararlarla davalı idareyi ‘taşınmazın idare adına tescilini istemeye’, tapu idaresini de ‘taşınmazı davalı idare adına tescil etmeye’ zorlayacaktır. Diğer bir ifadeyle ortada idareye atfedilebilir bir irade olmaksızın idare mahkemesi kararıyla kamulaştırma işlemi başlatılmış, işlemin ‘satış bedelinin belirlenmesi’ kısmı icra edilmiş ve tapuda idare adına tescile dayanak oluşturacak bir hukuki tasarruf meydana getirilmiş olacaktır. Bu noktada Danıştay'ın söz konusu yaklaşımının haklı olarak “*Anayasa'nın 125. maddesine ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı şekilde idari işlem niteliğinde yargı kararı verildiği*” eleştirilerine neden olması kaçınılmazdır. Dolayısıyla anılan tam yargı davaları açısından “mülkiyet hakkına ilişkin İHAS hükümlerinin gereklerini yerine getiren ama aynı zamanda Anayasa'nın 125. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2. mad-

⁶⁴ Danıştay 6. D., 17.04.2013, E:2011/8152 K:2013/2702. http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2011_8152.pdf

desine aykırı olmayan bir çözüm yolunun bulunup bulunmadığı” sorusunun cevaplandırılması bir gereklilik hâlini almaktadır.

Bu noktada inceleme konumuz olan tam yargı davalarında, Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan “*idarenin kendi işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlü olduğu kuralı*” doğrultusunda satış bedeli yerine davacının imar planı ve kamulaştırmama eylemi nedeniyle dava tarihine kadar uğradığı gerçek zararların tazminine karar verilmesi, konu hakkında hem İHAS hükümleri ile İHAM içtihatlarının hem de iç hukukumuzun gereklerini aynı anda yerine getiren bir çözüm şekli olacaktır. Üstelik kanımızca bu çözüm tarzı, yargılama usulünü doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren “tazminatın kapsamı ve hesaplanma şekli, süre, husumet” gibi konular açısından uygulanabilirliği olan, dolayısıyla olası mülkiyet hakkı ihlallerini önleme hususunda işlevselliği de bulunan bir yaklaşım tarzıdır.

Elbette bu çalışmada söz konusu tazminatın hesaplanma şekline, kapsamına, açılacak davalarda dava açma süresinin ve hasım konumunda gösterilmesi gereken idarelerin belirlenmesine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin benimsenmemesi ve bunlara hukuki alternatifler öngörülmesi olasıdır. Ancak kanımızca şurası açıktır ki, bu tür tam yargı davalarında kişiye dava tarihine kadar uğradığı gerçek zararın tazminat olarak ödenmesi hem iç hukukumuzun hem de bir parçası olduğumuz İHAS hukukunun gereklerini aynı anda yerine getirmektedir. Dolayısıyla (taşınmaz malikleri açısından daha güvenceli olmasından kaynaklanan pratik bazı faydaları bir kenara bırakılacak olursa) sırf bu nedenle dahi, söz konusu çözüm yolunun pozitif hukukumuza aykırılık oluşturan satış bedelinin ödenmesi yoluna tercih edilmesi gerektiği belirtilebilecektir.

Son tahlilde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin gereklerinin yerine getirilmesi son derece önemli, önemli olmasının yanı sıra bizzat Anayasa koyucunun emrettiği bir husustur. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesi ile emredilen şüphesiz, Türk kanunları ve uluslar arası sözleşme hükümleri ile aynı anda uyumlu başka bir çözüm yolunun bulunmasına rağmen uluslar arası sözleşme hükümlerinin her hangi bir şekilde uygulanması değildir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme hükmünün

gereklerinin yerine getirilmesinin birden fazla yolu varsa, yargı organlarınca bu yollardan Türk pozitif hukukuna uygun olanının seçilmesi elzemdir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AYANOĞLU, Taner. *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

AYHAN, Fatma. “Karar İncelemesi İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul 2012, Cilt 15, Sayı 2, syf.133 vd.

BOYAR, Oya. “Mülkiyet Hakkı”, in: Sibel İnceoğlu (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, syf. 495 vd.

CLAYTON, Richard, TOMLINSON, Hugh, GEORGE, Carol. *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

DEMİRKOL, Selami. “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, Ankara, Ocak-Mart 2001, Sayı 40, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der40m5.pdf>.

DIJK, P. Van, HOOFF, G.J.H. Van. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1998.

GEMALMAZ, H. Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Basım, İstanbul, 2009.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

GÖZLER, Kemal. *İdare Hukuku*. Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut. *İdare Hukuku*, Cilt 1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları*

Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin. *İdare Hukuku*. İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

JACOBS, Francis G., WHITE, Robin C. A.. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

KALABALIK, Halil. *İmar Hukuku Dersleri*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

KARAKOÇ, Yusuf. “Kamu Mallarının Değerlendirilmesi Açısından Ecrimisil”, *Sayıştay Dergisi*, Ankara, Ocak-Mart 1993, Sayı 11, syf.23 vd.

OĞUZMAN, M. Kemal, BARLAS, Nami. *Medenî Hukuk*, Arıkan Basım Yayıncılık, İstanbul, 2007.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

OKAN, Ufuk, ÜNAL, Nurdoğan. *Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ONAR, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları*. I. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ROBERTSON, A. H., MERRILLS, J. G. *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996.

SEZER, Yasin. “Kamu Mallarında Ecrimisil”, *Danıştay Dergisi*, Ankara, Yıl 34, Sayı 108, syf.5 vd.

ŞAHİN, Cenk. “Kamulaştırma”, in: İl Han Özay, *Günüştığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, syf.607 vd.

YAŞAR, Nuri. *İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

YAŞAR, Nuri. *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

YILDIRIM, Turan. *İdari Yargı*. Beta Basım, İstanbul, 2008.

YENİ BİR ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI MEKANİZMASI: İİT BAĞIMSIZ DAİMİ İNSAN HAKLARI KOMİSYONU

*A New International Body of Human Rights: the Independent Permanent
Human Rights Commission of OIC*

Dr. Ergin ERGÜL *

ÖZET

İslam insanlar arasında ırk, din, köken veya sosyal statü vs. farkı gözetmeksizin tam bir eşitlik öngörür. İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) İslam tarihinde ilk hükümetler arası örgüttür. Diğer yandan İİT, günümüzde 57 üye ile dünya’da Birleşmiş Milletlerden sonra ikinci en büyük hükümetler arası kuruluştur.

2008 yılındaki Teşkilat Şartı’da yapılan değişiklikler kapsamında, üye devletler İslam dünyasının hükümetler arası ilk uzman insan hakları organı olarak Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu’nu (BDİHK) oluşturmuşlardır. Bu danışma mekanizması üye devletleri insan hakları ile uyumlu politikalar hayata geçirmelerine yardımcı olma ihtiyacının yanısıra islam ve insan hakları arasında uyumsuzluk olduğu şeklindeki yaygınlaşmakta olan yanlış bir algının giderilmesi bakımından da bir gereklilik teşkiletmekteydi.

18 üyeden oluşan Komisyonun 2011’de faaliyete geçmesi, özellikle uluslararası insan hakları çevrelerinde olumlu bir adım olarak değerlendirilmiş ve ilgiyle karşılanmıştır. Bu bakımdan Komisyon İİT’nin uluslararası alandaki görünürlülüğünü de artırmıştır. Ancak Komisyonun başarısı uygulamadaki etkinliğine bağlıdır. Bunun için uygulamada uluslararası alandaki benzer mekanizmaların gerisine düşmemesi önem taşımaktadır.

Türkiye İİT’nin faaliyetlerinde etkin bir şekilde yer almış, Türkiye’den seçilen genel sekreter yeni Şartın hazırlanması sürecinde önemli rol oynamıştır. BDİHK’in ilk oluşumuna bir Türküye’nin de seçilmiş olması dikkat çekicidir. Bu itibarla Türkiye kamuoyunun ve insan hakları alanında faaliyet gösterenler başta olmak üzere sivil toplum kuruluşlarının, İİT’nin butemel organını yakından tanınması, çalışmalarına katkı vermesi ve zaman içinde bir danışma organından tam yetkili bir insan hakları koruma mekanizmasına dönüşmesi için desteklemesi önem taşımaktadır.

* Hâkim, Başkanlık Müsteşar Yardımcısı,
erginergul@gmail.com

Anahtar Kelimeler: İslam İşbirliği Teşkilatı, Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu, İslam ve İnsan Hakları.

ABSTRACT

Islam calls for full equality among people regardless of their race, religion, language, ethnic origin or social status, etc. The Organization of Islamic Cooperation (OIC) is the first intergovernmental organization in the history of Islam. As an international organization, The OIC is the second-largest intergovernmental organization in the world with constituency of 57 members, surpassed only by the United Nations.

Along with the amendments in the OIC's charter in 2008, the Independent Permanent Human Rights Commission (IPHRC) was created by the member states as the first ever human rights expert body of the Islamic World operating in an intergovernmental framework. This advisory mechanism was necessary not only to assist Member States in implementing appropriate policies in line with fundamental human rights but also to dispel the growing misperception about the incompatibility between Islam and human rights.

The fact that the Commission consisting of 18 members started its activities in 2011 has been widely acknowledged as a positive step particularly in the human rights circles. In this respect, the Commission has certainly enhanced the visibility of the OIC in the international field. However the success of the Commission also depends on the efficiency of implementation. Therefore it is important that it does not fall behind other mechanisms in the international arena in terms of implementation.

Turkey has effectively participated in the activities of the OIC and the Secretary General elected from Turkey has played a significant role in the preparation of the new Charter. It is remarkable that a Turkish member has been elected for the first structure of the IPHRC. In this respect, it is important that Turkish public opinion and non-governmental organizations, especially those working in the field of human rights, become closely acquainted with this fundamental organ of the OIC, support its studies and assist it in evolving into a whole and efficient human rights mechanism from an advisory body.

Keywords: The Organization of Islamic Cooperation, the Independent Permanent Human Rights Commission, Islam and human rights.



GİRİŞ

Bugün modern dünyada insan hakları, demokratik hukuk devletinin ruhu olarak nitelendirilmektedir.¹ Ancak insan hakları, tek bir kültürle, belirli bir zaman ve mekânla sınırlandırılmayacak kadar köklü ve evrensel bir değerdir.

Küresel ölçekte Birleşmiş Milletlerden(BM) sonra ikinci büyük uluslararası kuruluş olan İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT), bugüne kadar siyasi, ekonomik, ticari, kültürel, sosyal ve bilim alanlarında üye devletler arasında dayanışmayı ve iş birliğini geliştirmek, üye devletlerin ortak çıkarlarını ve meşru davalarını korumak ve üye devletlerin çabalarını eş güdümünü sağlayarak, uluslararası düzeyde konumlarını güçlendirmek konusunda çok değişik yelpazede faaliyetler göstermiştir. Ancak bu güne kadar siyasi meselelerden çok kültürel programlarda başarılı olmuştur.²

Bu faaliyetler kadar olmasa da, Teşkilatın kuruluşundan itibaren insan hakları alanında da faaliyetleri mevcuttur. Ancak Teşkilatın 2008 yılında kabul edilen yeni Şartı ile birlikte, bu alana verilen önemin boyut ve kapsam değiştirerek özellikle ivme kazandığı görülmektedir.

İİT üyesi ülkeler, “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesini” kabul ettikleri gibi, BM bünyesindeki evrensel insan hakları sözleşmelerine ayrıca bölgesel birçok insan hakları belgesine taraftırlar. Ayrıca insan haklarına ilişkin İİT bünyesinde hazırlanmış bazı beyanname ve uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Teşkilat üyesi ülkelerin ortak paydası olan İslam dini, bundan bin dört yüz yıl önce tüm insanlara onur ve saygınlık kazandıran, haksızlığa, baskıya ve sömürüye karşı çıkan örnek bir insan hakları sistemi getirmiştir. İslam’da insan hakları tüm insanların etnik, renk, dil ve sosyal statü ayırt etmeksizin eşitliği esasında temellenir. Bu haklar İslam anlayışının temel taşı-

¹ ErginErgül, *Terörizmle Uluslararası Mücadele Stratejilerinde İnsan Hakları Politikaları* (121-145), Ortadoğu’daki Siyasal Gelişmeler ve Güvenlik (Ed.Akdoğan,KahyaveAltun), Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2012, s. 121.

² John L. Esposito, *Oxford İslam Sözlüğü*, (çev. Nurullah Koltaş), Ayrıntı yayınları, İstanbul 2013, s.189

rıdır ve hiçbir yönetici, yetkili ya da merci bunları hiçbir şekilde değiştiremez, kısıtlayamaz ve ihlal edemez.³

Aksi bazı görüşlere karşın İslam'ın insan haklarına bakışı doğal hukukun bakışıyla uyudur. Temel insan haklarının bazıları Kuranın metninde dile gelir. Batı dünyasında, On yedinci Yüzyılın son on yıllarında, insanın bilincinden kaynaklanan insan haklarına ilgi gösterildiğini görüyoruz ve o zamandan beri temel insan haklarına anayasal güvenceler sağlamak için, Lock ve Hegel'in yaptığı türden çabalar gösterilmiştir. İslam dünyasında bir insan hakları belgesi İslam Peygamberi tarafından veda haccı sırasındaki hutbesinde dünyaya ilan edilmiştir. Veda hutbesi, İslam'ın insan soyunun her üyesine ve hepsine bağladıklarını özetler. Bu hutbe birlik, kardeşlik ve insan özgürlüğünü, insanlar arasında kimin üstün olduğunu belirlemekte dürüstlüğü vurgular. Irkın, rengin veya cinsiyetin bir insanı daha üstün veya aşağı saymak için temel alınmasına şiddetle karşı çıkar. Yaşama hakkı, mülkiyet ve sosyal güvenlik hakkı da vurgulanır. Yasa önünde kadının ve erkeğin eşitliği, erkeklerin kadınlar üzerindeki hakları ve kadınların erkekler üzerindeki hakları açıkça belirtilir.⁴

Uluslararası insan hakları hukuku ve İslam hukukunun ayrıntılı karşılaştırmalı analizi, İslam hukukunun esnek karakterinin, yazılı olmayanlar dâhil pek çok kaynağa dayanan İslam hukukunun tarihi yorumu ve görüşlerin ve uygulamaların çeşitliliği birlikte de göz önüne alındığında, sıklıkla uluslararası insan hakları hukuku ile tutarlılık arz ettiğini açıkça göstermektedir. Dahası, tarihi deliller uluslararası insan haklarının bir Hıristiyan geleneği ürünü olduğu varsayımını çürütmektedir. Evrensel bir insan hakları hukuku, uluslararası hukuk ve İslam hukukunda ortak bir zemin bulabilmelidir.⁵

Diğer yandan İslam inancının on dört asır önce insan hakları alanında ge-

³ Ekmeleddin İhsanoğlu, Yeni Yüzyılda İslam Dünyası, İslam Konferansı Teşkilatı 1969-2009", Timaş Yayınları, İstanbul, 2013, s.211.

⁴ Khwaja Gulam Sadık, *Bugünkü İslam'da İnsan Hakları*, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu.(167-178), 3. Baskı, Ankara 2009, S.171.

⁵ Mark S Ellis, *Islamic and International law: Convergence or Conflict?*, Anver M. Emon, Mark Ellis, and Benjamin Glahn, *Islamic Law and International Human Rights Law* (91-103), Oxford: 2012, s.102.

tirdiği evrensel ilkelerin ve bu alanda İslam medeniyetinin geçmişteki evrensel güzel uygulamalarının dile getirilmesi Müslüman ülkelerdeki toplumların insan hakları standartlarını içselleştirmelerine katkı sağlayabilir. Ancak sadece inanç ilkelerine, değerlere ve geçmişteki güzel uygulamalara atıfla bugün İİT'nin temsil ettiği İslam coğrafyasının yaşadığı ağır insan hakları ihlallerinin çözülemeyeceği aşikârdır. İİT üyesi ülkeler bu gerçeği görerek 2008 yılında değişen İİT Şartında (kurucu anlaşmasında) çağın ruhuna uygun, bu alandaki evrensel deneyimleri dikkate alan düzenlemelere gitmişlerdir. Bunların başında teşkilatın insan hakları alanında temel organı olarak bağımsız ve daimi şekilde faaliyet gösterecek bir mekanizma oluşturulması gelmektedir.

İİT'nin, insan hakları alanında evrensel belgeleri kabul etmenin yanısıra katma bir değer olarak İslam inanç, kültür ve medeniyetinin insan haklarına ilişkin evrensel yaklaşımından esinlenerek yeni belgeler ve bağımsız ve daimi bir insan hakları mekanizması oluşturulmasını da içeren çabaları, uluslararası alanda insan haklarının geliştirilmesi ve korunması konusunda yeni bir boyut olarak öne çıkmaktadır. Bu yeni mekanizmanın mevcut uluslararası mekanizmalara alternatif olmaktan ziyade, dünyada mevcut insan hakları düzenlemelerini tamamlayıcı mahiyette olması amaçlanmıştır.⁶

A. İslam Konferansı Teşkilâtından İslam İşbirliği Teşkilatına

İslam Konferansı Teşkilatı (İKT), 1969 yılında aralarında Türkiye'ninde bulunduğu 25 ülkenin bir araya geldiği Rabat zirvesinde Müslüman ülkeler arasında dayanışmayı ve işbirliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Bir hükümetler arası kuruluş niteliğindeki Teşkilatın ilk şartı, 1972'de Cidde'de yapılan Dışişleri Bakanları Konferansı Toplantısında kabul edilmiştir. Teşkilatın öncelikli amacı barış ruhu içinde İslam dünyasının menfaatlerini korumaktır.⁷

Teşkilatın yeni Şartı ise Senegal'de 14 Mart 2008'de 11. Zirve konferansı

⁶ İhsanoğlu, s. 286

⁷ Cismas, Ioana, Introductory Note to the Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission (February 17, 2012). International Legal Materials, Vol. 5, No. 6, pp. 1148-1160, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2006979>, s.1

kararıyla kabul edilmiştir.⁸ Türkiye tarafından ise, 23.2.2012 tarihli ve 6280 sayılı Kanun ve Bakanlar Kurulu'un 14.5.2012 tarihli kararı ile onaylanmıştır.⁹

Yeni şart, önceki metnin yerine geçmeyi ve Teşkilatın karar alma sürecini hızlandırmayı amaçlamaktadır. ¹⁰Ayrıca Şart, çağdaş ve evrensel ilke, normlara yer vermesi, bu bağlamda insan hakları ve temel hürriyetler, hukukun üstünlüğü ve hesap verebilirlik kavramına atıflar içermesi, kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve özürülülerin haklarını vurgulaması, Müslüman topluluk ve azınlıklara yardımcı öngörmesi, dinler ve kültürler arası diyalogun geliştirilmesini amaçlaması, bağımsız daimi insan hakları komisyonu gibi yeni bir organ oluşturmaları bakımından önemli reformlar içermektedir. Özetle, yeni şartta İİT üyesi ülkelerde genel olarak en önemli eksiklikleri oluşturan iyi yönetim, hesap verebilirlik, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı, kadınların statüsünün güçlendirilmesi, saydamlık ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ön plana çıkmaktadır.¹¹

İslam Konferansı Teşkilatı ismi, 2011 Haziran ayında Astana'da düzenlenen 38. Dışişleri Bakanları Konseyi'nde İslam İşbirliği Teşkilatı olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliği olumlu karşılamak gerekmektedir. Çünkü Teşkilatın üyeleri arasında tüm alanlarda işbirliği ile ulusal ve uluslararası kurumlarla işbirliği İİT'nin nihai amacı olmalıdır. Unutulmamalıdır ki,

⁸ İhsanoğlu, s.106. Şart'ın orijinal metni için bkz. <http://www.oic-oci.org/is11/english/Charter-en.pdf>

⁹ Resmî Gazete: 15 Haziran 2012, Sayı: 28324 (Mükerrer). Örgütün, başta yeni şart olmak üzere, bu reform sürecinin uygulanmasıyla Hazırlık çalışmaları kapsamında yürütülen müzakerelerde, Türkiye tarafından yapılan öneri doğrultusunda, şartın 37'nci maddesinin ikinci fıkrasına şartın hükümlerinin üye devletler tarafından kendi anayasal gereklerine uygun olarak uygulanacağı hükmü derc edilmiştir. 18 Haziran 2008 tarihinde, Uganda'nın başkenti Kampala'da düzenlenen İKÖ 35'inci Dışişleri Bakanları Konseyi toplantısı sırasında, TC adına yeni şartı dönemin Dışişleri Bakanı Ali Babacan imzalamıştır. İmza sırasında Türkiye'nin, şartın 37'nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde söz konusu şartı Anayasası ve kanunları ile uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olarak yorumlayacağı beyanı yapılmıştır.

¹⁰ Giacomo Cavalli, *The New Organization of the Islamic Conference, Perspectives on Federalism*, Vol.1, 2009, http://www.on-federalism.eu/attachments/016_download.pdf, s.1.

¹¹ Ekmeleddin İhsanoğlu, *Moderation and Modernization, Vision for the Muslim World*, Jeddah, OIC, 2013, s. 456

Konferans kelimesi 19. Yüzyılda başlayan ve Eylül 1969’da 1. Rabat Zirvesi ile sonuçlanan bir tarihi süreci yansıtmaktadır. ¹² Bu değişiklik örgütün zayıf ve etkisi kısıtlı bir konferans olmaktan güçlü ve köklü bir örgüte dönüştürülmesi olarak yorumlanabilir.¹³ Dolayısıyla yeni isim günümüz koşullarına, ihtiyaçlarına ve üye ülkelerin Teşkilattan beklentilerine denk düşmektedir.

Haziran 2011’deki Astana toplantısı sırasında ayrıca Teşkilatın yeni logosu da kabul edilmiştir. Logoda, beyaz zemin üzerinde yeşil bir ‘hilal’in kuşattığı meridyen ve paralel çizgileriyle ‘küre’ ve kürenin merkezinde mukaddes ‘Kâbe’ figürü yer almaktadır. Burada, İslam Dünyası’nın ‘odak noktası’ olan Kâbe, birliği temsil etmektedir. Meridyen çizgili küre, farklılıklar içindeki uyumu ve küreyi kuşatan hilal ise İslam Dünyası’nı sembolize etmektedir. İİT’nin, kurulduğu 1969 yılı şartlarından ve zihniyet kalıplarından sıyrılıp yeni döneme adapte olması için teorik ve retorik düzeyde gerçekleştirmeye çalıştığı değişiklikleri fiiliyata aksettirecek iradeyi ve mekanizmaları tesis etmek, İslam Dünyası’nın bugün en önemli meselelerinden birisidir. Yani, kurumsal ve teorik olarak 42 yıldır olgunlaşan, gelişen, 2005 sonrası da kendisini yenileyen ama etkin bir güç olarak inisiyatif alamayan, çabuk harekete geçemeyen ve uluslar arası sahada görünür olmayan bir yapı söz konusudur. Bu devasa yapının, pek çok yönden dünyanın en önemli zenginliklerine sahip bu yapıya mensup muazzam nüfusu ve bu nüfusun sahip olduğu potansiyel kuvvet ve kudreti İslam dünyası ve insanlığın barış ve refahı için kullanabilme imkân ve kabiliyetini elde edebilmesi gerekmektedir. ¹⁴

Uluslararası kuruluşlar literatürü terimleri ile İİT’yi sınıflandırmak güçtür. Hukuki olarak BM açısından bölgesel bir kuruluş niteliğindedir. Coğrafi anlamda ise, bölgesel bir kuruluştan çok küresel bir kuruluştur. Çünkü 1,4 milyar

¹² Amin Al-Midani, *La création de la Commission permanente et indépendante des droits de l’homme au sein de l’Organisation de la Coopération Islamique: Quelques observations et questions*, http://www.acihl.org/articles.htm?article_id=28 Erişim Tarihi :12.12.2013

¹³ Muhtin Ataman, Ayşe Nur Gökşen, Sembolizm ve Aktivizm Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı, SETA Analiz, Ocak 2014, Sayı:76, s.16.

¹⁴ Cihangir İşbilir, İslam İşbirliği Teşkilatı etkin bir güç olabilir mi? - Açık Görüş - Star Gazete <http://haber.stargazete.com/acikgorus/islam-isbirligi-teskilati--etkin-bir-guc-olabilir-mi/haber-715901#ixzz2164YYJpY>

nüfusu barındıran üyeleri dört kıtaya yayılmıştır. Konu olarak ise, çatışma çözümlü, devlet inşaa süreçlerine katkı, insani yardım, kalkınma problemleri, ekonomik, kültürel ve eğitim alanlarında işbirliği, insan hakları ve islamafobia ile mücadele gibi çok değişik meselelerle ilgilenmektedir. Coğrafi ve konu bazda İİT BM'nin küçük bir versiyonunu çağırştırmaktadır.¹⁵

Teşkilat organlarında dengeli temsil bakımından göz önüne alınan Asya, Afrika ve Arap Grupları olmak üzere üç büyük coğrafi gruba sahiptir. Üye ülkelerden sadece ikisi Avrupa'da ikisi ise Güney Amerika'dadır. 57 ülkenin birçoğu bazen İKT dışındaki ülkelerle beraber olmak üzere, Avrupa Konseyi, Afrika Birliği, ASEAN, Arap Birliği, Arap Mağrip Birliği gibi çeşitli bölgesel teşkilatlara da üyedirler. İİT üyeleri aynı zamanda Birleşmiş Milletler Teşkilatına da üyedirler.

B. İnsan Hakları ve İslam İşbirliği Teşkilatı

1972 tarihli İKT Şartı, insan haklarına ilişkin bir bölüm içermemektedir. İKT başlangıcında, örneğin Avrupa Konseyi gibi insan haklarının savunulması amacıyla oluşturulmuş bir teşkilat değildir.¹⁶ Ancak Şartın girişı ve çeşitli hükümleri ve temel organlarının yetkileri İKT'nın insan haklarının korunması ve geliştirilmesine önem atfettiğini göstermektedir.¹⁷

İKT'nın değişik organları insan haklarına ilişkin birçok belge kabul etmişlerdir. Bunların ilki, 1983 tarihinde "İslam'da İnsan Hakları Hakkında Dakka Bildirgesidir". İkincisi, İslam Konferansı Teşkilatı Dışişleri Bakanlarının 5 Ağustos 1990 tarihli Kahire'deki 19. Toplantılarında kabul edilen "İslam İnsan Hakları Bildirgesidir". Üçüncüsü, "İslam dünyasında

¹⁵ Selçuk Çolakoğlu, The OIC: Difficulties, Reform And A Way Forward – Analysis, <http://www.eurasiareview.com/10052013-the-oic-difficulties-reform-and-a-way-forward-analysis/>, erişim tarihi:12.12.2013

¹⁶ M. Sani KILIC, L'organisation de La Conférence Islamique Et Les Droits de L'homme, Mémoire pour le Master 2 recherche Droit des pays arabes, Année universitaire 2009-2010, s.25, http://www.memoireonline.com/08/11/4735/m_Lorganisation-de-la-conference-islamique-et-les-droits-de-lhomme0.html

¹⁷ Mohammed Amin Al-Midani, Les droits de l'homme et l'Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques. 2ème édition, Université de Strasbourg, 2010, p. 144 (Ci-après, Al-Midani, Les droits de l'homme et l'Islam

Çocuğun Korunması ve Hakları Bildirgesidir.” Dördüncüsü, Terörizmle Mücadele İslam Konferansı Teşkilatı Sözleşmesidir. Beşincisi ise 2005 tarihli “İslam’da Çocuk Hakları Sözleşmesidir”.¹⁸

2005’de Mekke/Suudi Arabistan’da yapılan olağanüstü zirvede benimsenen “İslam Ümmetinin 21. Yüzyılda Karşı karşıya kaldığı Sorunlarla Mücadele İçin 10 Yıllık Eylem Planı, teşkilatın reform sürecinde insan haklarına ilişkin önemli yenilikler öngörmüştür.

Eylem Planı İKT Dış İşleri Bakanları Konferansına bir İnsan Hakları şartı hazırlama görevi vermektedir. Bu alanda henüz bir ilerleme kaydedilmiş değildir. Ayrıca plan Üye ülkelere insan haklarına riayet edilmesini güvence altına almaları için ulusal mevzuatlarını değiştirmeye davet etmektedir. Bu çağrı hem ulusal mevzuatların uluslararası insan hakları normları ile uyumlaştırılması için ulusal mevzuatların değiştirilmesi ihtiyacının tanınması, hem devletlerin taraf oldukları insan hakları alanındaki değişik uluslararası sözleşmelere uygun davranmaları gereğini ortaya koymaktadır.¹⁹

Bütün bu gelişmeler dolayısıyla, Teşkilatın insan hakları alanında 1990-2010 arası dönemdeki yaklaşımına ilişkin evrimi gözlemek mümkündür. Gerçekten de, Kahire Bildirisi’nin ilanının üzerinden geçen yirmi yıllık süre zarfında İİT’nin insan haklarına yaklaşımında belirgin bir değişiklik yaşanmıştır. İİT’nin insan hakları mekanizmalarının geçirdiği evrim, belgelerin İslam hukuku merkezli olma vurgusundan gittikçe uzaklaşıldığını göstermektedir. Kahire Bildirisi İslam hukukundan “tek referans kaynağı” olarak bahsederken Çocuk Hakları Sözleşmesi, İslam hukukunu daha geniş bir İslami değerler bağlamında ele almış; BDİHK içtüzüğü ise İslam hukukuna atıfta bulunmayı tamamen terk etmiştir. Bu gelişme, İİT’nin bu konuları yalnızca İslam hukuku ve gelenekleri çerçevesinde değil, uluslararası insan hakları bağlamında ele alma yönünde artan istekliliğinin bir göstergesidir. İslam hukuku vurgusu yapmanın yanı sıra, Kahire Bildirisi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi, devletlere

¹⁸ Mohammed Amin Al-Midani, *Les droits de l’homme et l’Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques*. 2ème édition, Université de Strasbourg, 2010, s. 15

¹⁹ AL-Midani, a.g.e., s. 150

ve onların sıklıkla otorite yanlısı olan karar alıcılarına yetki veren geleneksel egemenlik görüşünü güçlendirmektedir. İslam hukuku vurgusu azalırken, Teşkilat'ın devlet merkezci tutumunun getirdiği engeller olduğu gibi kalmıştır. Dolayısıyla İİT'nin insan hakları belgelerinin geçirdiği evriminin zaman içinde İslam hukuku vurgusundan egemenlik vurgusuna doğru bir kayma gösterdiği görülmektedir. İİT ancak insan hakları konusunda üye devletler üzerinde daha fazla yetkiye sahip olması durumunda Müslüman dünyasında insan haklarını güçlendirmek için daha etkili bir güç olabilir. “Egemenliği paylaşmanın” gerekliliğine vurgu yapan bir yaklaşım, İİT kuruluşlarını ve insan hakları üzerinde çalışan sivil toplum örgütlerini güçlendirebilir.²⁰

2008 yılında değiştirilen şartın birçok maddesi iyi yönetim, insan hakları ve ortak uluslararası değerlere verilen önemi yansıtmaktadır. Şart üye ülkeler dışında yaşayan Müslüman toplulukların ve azınlıkların haklarının korunmasına ön planda yer vermektedir. Şarttaki amaçlara yansıyan yeni yaklaşımlar küresel insan hakları değerlerine paralel büyük bir ileri adımın atıldığını ve uluslararası hukuk belgelerine ve diğer hükümetler arası ve bölgesel teşkilatların uygulamalarına en azından prensiplerde daha fazla yaklaşıldığını göstermektedir.²¹

Üye devletler yeni şartın giriş bölümünde “uluslararası hukuk” ve “BM Şartı ilkelerine” bağlılıklarını vurgulamaktadırlar. Yeni şartın giriş bölümünün bir çok paragrafı yenidir ve insan haklarına saygıya odaklanmıştır.²²

Yeni şartın hükümlerine ve ruhuna uygun gelişme, BDİHK'na ilişkin düzenlemeler ve bunun faaliyete geçmiş olmasıdır. Daha genel olarak, Komisyon'un önemi Asya ve Ortadoğu bölgelerindeki insan hakları mekanizmalarının kıtlığı dikkate alındığında daha iyi anlaşılmalıdır.²³

Bölgesel insan hakları sistemlerinin oluşturulması yavaş ve zor bir süreçtir. İİT, üye devletlerin güçlü ve birleşik desteğiyle BDİHK'nı kurarken ve bu

²⁰ Kayaoglu, s.3

²¹ İhsanoğlu, s. 212

²² Al Midani, a.g.e, s.152

²³ Cismas, s.2.

bağlamda insan hakları gündemini oluştururken doğru yönde önemli bir adım atmıştır.²⁴

Diğer yandan, 2008 Dakar Zirvesi bildirisinde “İslam’da İnsan Hakları Sözleşmesi” ve “İslam’da Kadın Hakları Sözleşmesi” hazırlanması çağrısı yer almıştır. Aynı bildiride, İİK İnsan Hakları Yüksek Komiseri makamı oluşturulması önerisinin olumlu karşılandığı vurgulanmıştır.

C. Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu

1. Genel Olarak

Komisyonun oluşturulma süreci belli aşamalardan geçerek gerçekleşmiştir. İlk olarak İKT’nin vizyonu, yapısı ve faaliyetlerine ilişkin reform süreci çerçevesinde ve yeni şartının hükümleri ile 10 yıllık eylem planı uyarınca, bağımsız ve daimi insan hakları komisyonu oluşturmak için kavramsal çerçeveyi hazırlama amacıyla genel sekreter tarafından bir gayri resmi bir istişare grubu oluşturulmuştur. Grup ilk toplantısını 15 Şubat 2009’da, genel sekreterin başkanlığında Cidde’de gerçekleştirmiştir. Ardından, genel Sekreter istişarî komisyonun önerileri hakkında bir raporu Komisyon tüzüğüne son şeklini vererek olan hükümetler arası uzmanlar grubuna incelemek sunmuştur. Buradan çıkan metin ise Dışişleri Bakanları Konseyince 2011 Astana toplantısında onaylanmıştır.²⁵

İnsan hakları meselesinin İİT bünyesinde kurumsallaşmasını temsil eden Komisyon, İİT’nin insan hakları alanındaki temel organıdır ve herkes için insan haklarının bağımsız şekilde korunması ve güçlendirilmesine yönelik çalışır. Müslüman azınlıklar ve topluluklardaki temel haklar ile Üye Devletlerdeki temel insan hak ve özgürlüklerini evrensel olarak kabul edilmiş insan hakları norm ve standartlarına uygun olarak, İslami adalet ve eşitlik ilkelerinin katma değerleriyle güçlendirmek Komisyonun temel misyonudur.

²⁴ Kayaoglu, s. 23

²⁵ <http://pointdebasculecanada.ca/actualites/10001616.html?tmpl=component&print=1&page=>

2. Komisyonun Hukuki Dayanakları

a.2.1.2005 tarihli İKT 10 yıllık Eylem Planı

Komisyonun üst düzey siyasi talimatının dayanağı, Aralık 2005’de Mekke/Suudi Arabistan’da yapılan olağanüstü zirvede benimsenen “İslam Ümmetinin 21. Yüzyılda Karşı karşıya kaldığı Sorunlarla Mücadele İçin 10 Yıllık Eylem Planı”²⁶ kararında yer almaktadır.

Söz konusu eylem programı, İslam dünyasının karşı karşıya kaldığı, siyasi, sosyo-ekonomik, kültürel ve bilimsel yetersizlikler karşısında, İİT üyesi ülkelerin aralarındaki İslam dayanışmasının güçlendirilmesi, İslam dininin ve değerlerinin doğru biçimde anlatılarak İslam’a karşı oluşan önyargıların ortadan kaldırılması amacıyla hazırlanmıştır. 10 Yıllık Eylem Planı esasen İİT’nda reform çalışmalarının miladı olarak kabul edilebilir.²⁷

Komisyon’a ilişkin ifade eylem planında şöyle geçmektedir: İslam’da İnsan Hakları Kahire Bildirgesi hükümleri uyarınca üye devletlerde insan haklarının geliştirilmesi üzerine çalışacak bağımsız bir daimi merci kurulması konusunu İslam Ülkeleri Dışişleri Bakanları Konferansının görüşüne sunmak ve ayrıca onu bir İKT İnsan Hakları şartı Oluşturmaya çağırmak.²⁸

Eylem planındaki bu ifaden hareketle bazı yazarlar, Komisyonun kuruluşunun Kahire bildirgesinin hayata geçirilmesi açısından önemli bir adım olduğunu belirtmektedirler.²⁹ Kanaatimizce Komisyonun hukuki dayanaklarının bütüncül bir incelenmesi böyle bir çıkarımı desteklememektedir.

b. 2008 Tarihli Teşkilat Şartı

Komisyon ilk olarak 2008 tarihinde 11. Dakar Zirvesi kararları ile yapılan İKÖ Şartı değişikliğinde örgütün organları arasına girmiştir. Şartın 5. maddesi, Komisyon’a İİT’nin organları arasında yer vermektedir. Komisyonun teş-

²⁶ <http://www.oic-oci.org/ex-summit/english/10-years-plan.htm>

²⁷ İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT), <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>

²⁸ İhsanoğlu, s.311.

²⁹ Bkz. Pekkan Hakala, Andreas KETTIS, The Organisation of Islamic Cooperation: Defined – for better, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/briefing_note/join/2013/491520/EXPO-AFET_SP\(2013\)491520_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/briefing_note/join/2013/491520/EXPO-AFET_SP(2013)491520_EN.pdf)

kilatın bir organı olarak diğer alt kurumlarla aynı statüye sahip oluşu insan haklarına verilen önemi göstermektedir.³⁰ Şartın 15. maddesi ise Komisyonun amacını açıklamaktadır.

c. 2011 İİT Dışişleri Bakanları Konseyi Astana Toplantısı:

Astana’da 28-30 Haziran 2011 tarihlerinde yapılan 38. Toplantılarında Bağımsız ve Daimi İnsan Hakları Komisyonunun Oluşturulması Hakkında 2/38-LEG sayılı karar. Aynı toplantıda, Komisyon’un ilk üyelerinin seçimi de onaylanmıştır.³¹

d. Komisyon Tüzüğü:

Anılan 2/38-LEG sayılı karar ekinde yer almaktadır. Uluslararası ve ulusal insan hakları kuruluşlarından gelen beş kişilik bir uzman heyet tarafından hazırlanmıştır.³² Komisyonun oluşumu, görevleri, yetkileri ve işleyişine ilişkin hükümler içeren 29 maddeden oluşmaktadır.

İİT Eski Genel Sekreteri İhsanoğlu’na göre İçtüzük, İslami ve uluslararası insan hakları enstrümanlarının «hassas dengesini tutturmayı» hedeflemektedir. Bu amaçla, Komisyon İçtüzüğü’nün giriş bölümünde, İİT Şartı’nın 15. maddesinde geçen «örgütün anlaşmaları ve bildirimleri ile evrensel kabul görmüş insan hakları belgelerinde koruma altına alınmış medeni, siyasi, sosyal ve ekonomik hakları, İslami değerlere uygun olarak teşvik edecektir» ifadesine atıf yapılmaktadır.³³

e. 2012 Tarihli Komisyon Usul Kuralları

Komisyonun Eylül 2012 tarihli Ankara toplantısında son şekli verilerek 15-17 Kasım 2012 tarihlerindeki İİT Dışişleri Bakanlarının Cibuti’de 39. toplantısında onaylanmıştır. 70 maddeden oluşmaktadır. Usul Kuralları, Komisyon oturumlarının gerçekleştirilmesi ve fonksiyonlarının yerine getirile-

³⁰ İhsanoğlu, s. 213

³¹ <http://www.amb-kazakhstan.fr/Documents/R%C3%A9solutions%20OCI%20affaires%20juridiques.pdf>

³² Kayaoğlu, s.12

³³ Cismas, s.1.

bilmesi için usul ve yöntem bakımından en önemli belge niteliğindedir.

3. Komisyonun Amacı

Şartın 15. Maddesine göre; “Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu, Teşkilatın anlaşmaları ve bildirimleri ile evrensel kabul görmüş insan hakları belgelerinde koruma altına alınmış medeni, siyasi, sosyal ve ekonomik hakları, İslamî değerlere uygun olarak teşvik edecektir.”

Buradaki “teşvik edecek” ifadesi üzerinde durmak gerekmektedir. Bu ifade Komisyona verilen görevin, insan haklarının korunması (protection) değil de geliştirilmesi (promotion) olduğu kanaati oluşturmaktadır. Bu iki görev arasında fark vardır. Koruma görevi daha güçlü ve zorlayıcı olup bir koruma mekanizmasının varlığını varsaymaktadır. Buna karşılık geliştirme görevi daha yumuşak olup, herhangi bir mekanizmaya dayanmaz.³⁴

Madde “Teşkilatın anlaşmaları ve bildirimleri ile evrensel kabul görmüş insan hakları belgelerinden” bahsetmektedir. Dolayısıyla Komisyon İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve ikiz sözleşmeler başta olmak üzere BM bünyesinde kabul edilmiş insan haklarına ilişkin bütün belgeleri dikkate alacaktır.

Madde medeni, siyasi, sosyal ve ekonomik haklardan bahsetmemekte, kültürel hakları içermemektedir. Kültürel hakların bilinçli olarak mı kapsam dışı tutulduğu sorusu akla gelmektedir.

Ancak usul kurallarında Komisyonun amacı, “Üye Devletlerdeki insan haklarını ve temel özgürlükleri, keza Müslüman azınlıklar ve toplulukların temel haklarını evrensel olarak kabul edilmiş insan hakları norm ve standartları ile İslami adalet ve eşitlik ilkelerinin sağladığı katma değerlerle uygun olarak, güçlendirmek” olarak ifade edilmek suretiyle, kültürel hakları da içeren daha geniş bir ifade kullanılmıştır.

Burada “İslami değerlere uygun olarak” ifadesi evrensel sözleşmelerdeki hakların kapsamını sınırlayacak şekilde yorumlanmasına imkân vermekte midir? Sorusunu akla getirmektedir. Bu sorunun yanıtı Komisyonun uygulamasında yanıtını bulacaktır.

³⁴ Al Maidani, a.g.e, s. 157

Bu amaçlar Komisyonun rolünün insan haklarının geliştirilmesi ile sınırlandırıldığını göstermektedir. Bölgesel örgütler bünyesinde faaliyet gösteren veya bölgesel insan hakları sözleşmeleri ile oluşturulan değişik insan hakları örgütleri hem insan haklarını geliştirme hem koruma görevleri ile ilgilenmektedirler. 1959 tarihli Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi organları ve 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların hakları Şartının organı, Afrika İnsan Hakları Komisyonunun durumu bu şekildedir. Bu iki organ insan haklarının geliştirilmesi ve korunması rolü (Amerikalılararası Komisyon 1965 den beri) oynamaktadırlar.³⁵

4. Komisyonun Oluşumu

Komisyonun oluşumuna ve üyelere ilişkin Komisyon Şartında bir hüküm bulunmamaktadır. Komisyon Tüzüğü'nün 3 ilâ 7. maddeleri Komisyonun oluşumunu düzenlemektedir. Buna göre, Komisyon insan hakları alanında yetkinlikleriyle tanınmış 18 üyeden oluşur. Görüldüğü üzere üyelerin İslami ilimlerde, özellikle de İslam hukukunda uzmanlığı aranmamaktadır.

Üyeler üye ülkelerin sunduğu adaylar arasından, Dış İşleri Bakanları Konseyi tarafından Seçilir. Üyelerin görev süreleri üç (3) yıldır. Yalnızca bir kez yeniden seçilebilirler.

Genel Sekreterlik, Üye Devletler ile eşgüdüm içinde adaylık başvurularını alır ve Dışişleri Bakanlar Konseyi'ne sunulmadan önce Üye devletlere gönderilecek çıkacak olan aday listesini hazırlar (İçtüzük md.4).

Üyelerin seçiminde dikkate alınacak temel ilkeler şunlardır:

- Aynı uyuğua sahip iki uzman Komisyon Üyeleri tarafından aynı anda seçilemez.
- Üye Devletler, en üst düzeyde bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük ve uzmanlığa sahip adayların seçilmesini sağlayacaklardır.
- Üye Devletler, kadınların Komisyon üyeliğine adaylıklarını teşvik etmeye çaba gösterirler. (İçtüzük Madde 5).

³⁵ Al Maidani, a.g.m, s. 8

Komisyonun ilk üyeleri, Astana’da 28-30 Haziran 2011 tarihlerinde yapılan 38. Toplantılarında Dışişleri Bakanları Konseyinin 2/38 sayılı kararı ile onaylanmıştır. Komisyonun ilk yapısında Afganistan, Endonezya, Malezya ve Sudan’dan gelen 4 kadın üye bulunmaktadır.

Uzmanların seçiminde Üye Devletler arasında adil coğrafi dağılım sağlanmasına gereken özen gösterilir (İçtüzük Madde 7).

Komisyon üyelerinin bağımsızlık ve tarafsızlığı içtüzüğün 6. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre;

- Komisyon Üyeleri kendi kişisel yetkilerine dayanarak hareket eder ve kendi kanaat ve görüşlerini açıklarlar.

- Komisyon Üyeleri, görevlerini yerine getirirken her zaman en üst seviyede profesyonellik, tutarlılık, bağımsızlık, tarafsızlık ve dürüstlük değerlerine bağlı kalır ve her türlü dış etkidenden bağımsız şekilde ahlaki yetkinlik ve güvenilirliklerini artırır.

- Komisyon Üyeleri kendilerinin de dâhil olmak üzere hiçbir ülkeden ya da üçüncü taraftan talimat almazlar.

Komisyon üyeleri bağımsızlık yönünden benzer uluslararası kuruluşlardaki muhatapları ile karşılaştırıldığında şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: Asyalı (ASEAN) muhataplardan daha bağımsız, Afrikalı (Afrika Birliği) muhataplarla benzer, Avrupalı (Avrupa Konseyi) ve Amerikalı (Amerikan Devletler Örgütü) muhataplardan büyük ölçüde daha az bağımsız.³⁶

5. Komisyonun Görevleri

Komisyon, İKT Şartı’nın ilke ve hedeflerine uygun şekilde insan haklarını geliştirmeyi; bu amaca yönelik olarak İslam Ümmeti’nin çıkarlarına hizmet etmeyi amaçlar; İslam’ın kültür ve tolerans değerlerine saygıyı artırmaya ve medeniyetler arası diyalogu güçlendirmeye çaba sarf eder (İçt, md.8).

Komisyon, Üye Devletlerin, ülkelerinde medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geliştirme çabalarını destekler (İçt.md. 9).

³⁶ Kayaoğlu, s. 14.

Komisyon, Üye Devletlerdeki medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların Şart'a uygun şekilde geliştirilmesini ve Müslüman azınlık ve toplulukların insan haklarına saygının güvence altına alınmasını sağlamak için Üye Devletlerle işbirliği içinde çalışır (İçt.md. 10).

Dünya Müslümanlarının üçte birine karşılık gelen yaklaşık 500 milyon Müslümanın İT üye ülkeleri dışında yaşadığı tahmin edilmektedir. İT İslam Dünyası'nın tümüne hitap etmenin sorumluluğu içinde kuruluş şartında üye devletlerinin dışındaki Müslüman toplulukları da kapsamayı görev bilmiştir.³⁷

Komisyon, Şart hükümleri uyarınca kadınların, gençlerin ve ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel alanlarda özel ihtiyaçları olan kişilerin haklarını geliştirmeye yönelik mevzuat ve politikalar konusunda Üye Devletlerin çabalarını destekler ve her tür şiddet ve ayrımcılığı ortadan kaldırmaya çalışır (İçt.md. 11)

6. Komisyonun Yetkileri

Komisyonun yetkileri İçtüzüğün 12 ilâ 17. maddelerinde sıralanmıştır. Buna göre;

1. Komisyon, danışmanlık görevi yapar ve Konsey'e tavsiyelerde bulunur. Ayrıca Zirve ya da Konsey'in vereceği her türlü görevi yerine getirir (İçt.md.12). Bu maddenin nasıl yerine getirileceğini usul kurallarınının 40. maddesi düzenlemektedir. Buna göre;

a. Komisyonun Konseye sunduğu raporlarda, Zirve ya da Konsey tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmesini kolaylaştırmak ve onların ilgisini acil ya da alakalı herhangi bir konuya çekmek amacıyla Üye Devletlerde insan haklarına saygının artırılması için gerekli tedbirlere ilişkin tavsiyeler yer alır.

b. Konseye sunulan tavsiyeler, insan hakları alanındaki iyi uygulamalardan yararlanmalıdır.

c. Tavsiyeler, görevler ve hedeflerle ilgili herhangi bir konu üzerine olabilir.

³⁷ İhsanoğlu, (2011), s.147

d. Tavsiyelere uygulama yöntemlerinin tanımı ve Üye Devletlere söz konusu tavsiyeleri uygularken yardımcı olabilecek ilgili teknik yardım, uygun görüldüğü şekilde, eşlik etmelidir.

2. Komisyon İKT'nın insan hakları ile ilgili konumunu uluslararası düzeyde destekler ve Üye Devletler arasında insan hakları alanındaki işbirliğini güçlendirir (İçt. md. 13).

3. Komisyon, insan hakları alanında teknik destek sağlar; Üye Devletlerde bu haklara ilişkin farkındalığı artırır ve onay veren Üye Devletlere insan hakları konularında istişari görüş verir (md.14).

4. Komisyon, Teşkilat ve diğer bölgesel ve uluslararası insan hakları kuruluşları arasındaki işbirliğini geliştirmenin yanı sıra, Şart'a ve çalışma mekanizmalarına uygun şekilde, ulusal kurumların ve Üye Devletler tarafından akredite edilmiş sivil toplum örgütlerinin insan hakları alanındaki rolünün geliştirilmesine çalışır (md.15).

Görüldüğü üzere İçtüzüğün 15. maddesi, sivil toplumla işbirliğinin kapılarını açmaktadır. Ayrıca her seferinde farklı yerde toplantı düzenlenebilmesi imkânı, ulusal aktörlerle işbirliğini daha kolay hale getirmektedir.

5. Komisyon, Konsey tarafından kendisine iletilen konular da dâhil olmak üzere insan hakları alanında öncelikli meselelere ilişkin inceleme ve araştırmalar yürütür; Üye Devletlerin çalışma gruplarının faaliyetlerini ve bunlarla uluslararası planda insan haklarına ilişkin konularda bilgi değişimini koordine eder (İçt.md. 16).

6. Komisyon, Üye Devletler ile kendi talepleri doğrultusunda insan hakları belgelerinin kaleme alınması konusunda işbirliği yapabilir. Ayrıca Teşkilatın insan hakları beyannameleri ve anlaşmalarının iyileştirilmesine ilişkin tavsiyelerde bulunabilir ve Teşkilat çerçevesinde ve İslami değerlere uygun ve benimsenmiş uluslararası standartlarla uyumlu insan hakları anlaşmalarının ve belgelerinin onaylanmasını önerebilir (İçt. md. 17).

Görüldüğü üzere Komisyona tanınan yetkiler insan haklarının geliştirilmesi, teşkilatın çeşitli organlarına tavsiyeler sunma, Komisyon ile diğer ulusla-

rarası ve bölgesel kuruluşlarla işbirliği, insan hakları alanında üye devletler arasında işbirliği ve ulusal kurumların ve bu alanda üye devletlerce kabul edilmiş sivil toplum örgütlerinin rollerinin geliştirilmesi etrafında dönmektedir. Ancak, İİT tarafından kabul edilmiş belgelerde korunan insan hakları ihlalleri mağdurları tarafından Komisyona sunulabilecek bireysel veya devlet başvurularına ilişkin hiçbir ifade yer almamaktadır. Ayrıca, Komisyon'un yetkileri arasında üye devletlerde araştırma/soruşturma yapması imkânına ilişkin herhangi açık bir hüküm de bulunmamaktadır.³⁸

Aynı şekilde, İttüzük, İİT üye ülkelerinin insan hakları konularında periyodik olarak gözden geçirilmesini de şart koşmamaktadır. İlginç bir şekilde, "gözetim" kelimesi Statü'de Komisyon'un görevlendirilmiş amaçlarından biri olarak "Müslüman toplulukların ve azınlıkların insan haklarının gözetilmesi" ifadesiyle yalnızca bir kere geçmektedir. Dolayısıyla İİT bölgesindeki insan hakları ihlali mağdurlarının adalete erişebilecekleri bir mekanizma olarak öngörülen Komisyon'un bu vaadi şu an için gerçekleşmesi zor görünmektedir.

Görünen o ki, Komisyon bir "denetim" mekanizması olarak değil, Dışişleri Bakanları Konseyi'ne bir danışmanlık yapısı olarak tasarlanmıştır. Aynı zamanda, Statü'nün hükümleri üyelere "talep veya onay" gelirse İİT Üye Ülkelerine danışmanlık verilmesini onaylamaktadır. Bu zorunlu olmayan ifade, eğer üyeler tarafından kendi insan hakları ihlallerini Komisyon'un danışmanlık görevinden dışarıda tutmak şeklinde yorumlanırsa Komisyon'un çalışmalarının etkinliğinin ciddi şekilde sınırlanması anlamına gelebilir. İsminde geçen "bağımsız" ifadesinin kati şeklinde aksine, böylesi bir senaryo Komisyon'un işlerini yürütürken ki kalıcı bağımsızlığı konusunda ciddi sorular ortaya çıkarmaktadır. Bununla beraber, görevini gerçekleştirme noktasında Komisyon'u çeşitli çalışma metotları geliştirme, ülke misyonları kurma, yaşam faaliyetlerini analiz etme ve değişiklik tavsiye etme, diplomatik yollar üzerinden insan hakları ihlallerine müdahil olma gibi hamlelerden alıkoyan hiçbir şey bulunmamaktadır.

³⁸ Dinah Shelton; Paolo G. Carozzas, Regional Protection of Human Rights Pack, Oxford: 2013, 194.

Muhtemelen, 17. madde Statü’de dengeyi kurma konusunda en güçlü potansiyele sahip görünmektedir. Madde, Komisyon’a, İİT’nin insan hakları deklarasyonları ve sözleşmelerinin iyileştirilmesi konusunda tavsiyeler sunmak suretiyle, yorumlama rolü şart koşmaktadır. Bu, Komisyonu BM’deki sözleşmelerin hükümlerini inceleyen sözleşme yapılarıyla benzer bir konuma getirmektedir. Bu madde uyarınca, İslam hukukunun yorumlanmasının da açıkça Komisyon’un yetki alanına girdiği söylenebilir.³⁹

BDİHK’nın kuruluşu ve yapılanması hem iyimser hem kötümser olmaya imkan vermektedir. İyimser olmayı gerektiren yönlere bakıldığında şunlar söylenebilir:

- BDİHK, Avrupa sistemi içerisinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun göreviyle eşdeğer bir görev yürüterek etkili ulus-üstü insan hakları rejiminin bir parçası olma potansiyeline sahiptir.

- Bu oluşumun meydana gelmesi, İİT kapsamında insan hakları konularında yeni keşfedilmiş bir taahhüt bulunduğuna işaret etmektedir; esasında muhafazakâr olan gönülsüz bazı üye devletlerin itiraz etmeden rıza göstermeleri de umut verici bir işarettir.

- Komisyonun üye çeşitliliği ve BDİHK üyelerinin yalnızca “bağımsız” insan hakları uzmanları olmaları kriterinin getirilmiş olması.

Ancak Komisyonun gücünü ve etkisini sınırlandırabilecek bazı hususlar da söz konusudur.

- İnsan hakları konularının ele alınması esas olarak ulusal hükümetlerin kontrolünde kalmıştır. –Komisyonun kullanabileceği mekanizmalar sınırlı ve yetersizdir ve faaliyetlerinin neredeyse tamamı İİT’nin ya da ilgili üye devletin talebine ya da onayına bağlıdır.

- İnsan hakları ihlalleriyle ilgili ülkeye özgü raporlardan daha ziyade tematik raporların basılması sözkonusudur.

- Komisyon, diğer uluslararası sistemlerde gözlemlendiği gibi “insan hak-

³⁹ Cismas,s.3.

ları savunuculuğunu” vurgulamaktan ziyade bir “insan hakları diplomasisi” yaklaşımı benimseyecek şekilde donatılmıştır. Ahlaki baskı uygulamak yerine hükümetleri mantık yoluyla ikna ederek hakları genişletmeyi amaçlamaktadır. Esas itibariyle fonksiyonu koruyucu değil, daha çok tavsiye vericidir.⁴⁰

• Komisyon’un tavsiyeleri bağlayıcı değildir ancak Dışişleri Bakanlar Konseyi tarafından onaylanması halinde bağlayıcılık kazanabilmektedir.

7. İşleyişi

Aynı zamanda İT resmi dilleri olan Arapça, Fransızca ve İngilizce Komisyonun da çalışma dilleridir. Usul kuralları gereği, Komisyonun tüm belgeleri ve ortak dillerden herhangi birinde yayımlanan konuşmalar diğer iki dile çevrilir. Ayrıca Komisyona resmi diller dışındaki herhangi bir dilde yazılmış bir belge ibraz eden ya da adres belirten kişi, bu metnin resmi ortak dillerden birinde hazırlanmış çevirisini/yorumunu da sunmalıdır

Komisyon çalışmalarını, Olağan toplantılar, olağanüstü toplantılar, çalışma grubu toplantıları, uluslararası toplantılara iştirak, ziyaretler, üye ülkelerin talebi üzerine yeni insan hakları belgeleri hazırlama, araştırma, incelemeler ve raporlar yapma ve yaptırma, istişarî görüş verme, teknik işbirliği, insan haklarına ilişkin farkındalık ve eğitim çalışmaları gibi vasıtalarla gerçekleştirmektedir.

Tüzüğe göre; “Komisyon olağan toplantılar için yılda iki defa bir araya gelir. Üye Devletlerin ya da Genel Sekreterin talebi üzerine, Üye devletlerin salt çoğunluğunun onayıyla olağan778**üstü toplantılar da düzenleyebilir. Olağan oturumların her biri beş (5) şekilde ila on (10) gün sürer. Olağanüstü toplantılar beş (5) günü aşamaz.

Toplantılar, Komisyon aksi yönde karar vermedikçe herkese açık yapılır.

Komisyon kararlarını oybirliğiyle, eğer mümkün değilse mevcut üyelerin üçte iki çoğunluğuyla kabul eder.

⁴⁰ Kayaoglu, s.4

8. Komisyonun Merkezi ve Sekreteryası

Tüzüğe göre; “Komisyon’un merkez binası İKT Üye Devletleri’nden birinde yer alır.” Ancak henüz ev sahibi ülke kararlaştırılmadığından Komisyon toplantılarını İİT merkezinde (Cidde) veya davet eden ülkelerde gerçekleştirmektedir.

Komisyon, görevlerini yerine getirirken Genel Sekreter tarafından Üye Devletler ile istişare edilerek atanmış bir İdari Müdürün başkanlık ettiği Sekreteryaya’dan destek alır. Sekreteryaya, Teşkilat Personel Yönetmeliği’ne bağlıdır.

Genel Sekreter, Komisyon çalışanlarını İdari Müdür tarafından sunulan Üye Devletler aday listesi içerisinde atar. Ayrıca Komisyon’un görevlerini etkili şekilde yerine getirmesi için gerekli olan hizmetlerden de yararlanmasını sağlar (İçt.md. 23).

Komisyon, yıllık taslak cari bütçesini İİT Daimi Finans Komitesi’ne sunar. Bütçeler, Konsey tarafından kabul edilir ve İİT mali yönetmeliğine bağlı olarak yönetilir. (İçt. md. 24).

SONUÇ

57 üye devletle coğrafi, nüfus ve ekonomik açıdan en büyük uluslararası örgütlerden olan “İslam İşbirliği Örgütü” bünyesinde daimi ve bağımsız bir insan hakları komisyonunun kurulmuş olması, İslam dünyasında devletler ve halklar arası işbirliği ve dayanışmanın geliştirilmesi açısından önemli bir adımdır. Ancak Komisyon sadece bir insan haklarının geliştirilmesine ilişkin bir organ olarak kaldığı sürece Müslüman halkların ihtiyaçlarına ve beklentilerini tam olarak karşılaması mümkün değildir. Bu nedenle Komisyonun ilerleyen süreçte insan hakları mağdurlarının bireysel başvuru hakkını kullanabilecekleri bir koruma mekanizmasına dönüşmesi elzemdir.

İİT’nin uluslararası alanda rolünün ve itibarının artması, Komisyonun etkinliğini artıracak gibi, Komisyonun çalışmaları, özellikle insan hakları alanında uluslararası alanda bir aktör olarak ortaya çıkabilmesi, Örgütün uluslararası itibarına önemli katkı sağlayacaktır.

1950'lerden beri benzer organlara sahip Avrupa Konseyi ve Amerikan Devletler Örgütünün, kendi bölgelerinde devletler ve halklar arası işbirliği ve bütünleşmede, söz konusu insan hakları koruma organlarının önemli katkısı olduğu aşikârdır.

BDİHK, Teşkilatın kuruluş şartındaki amaçlarına ulaşmasında önemli bir katkı sağlayabilir. Ancak bunun için komisyona örgüt ve üye ülkeler tarafından gerekli desteğin sağlanması ile Komisyonun üye ülkelerin kamuoylarınınca benimsenmesi ve üye ülkelerdeki insan hakları kurumları ve sivil toplum kuruluşları iyi bir işbirliği tesisi edebilmesi önem taşımaktadır.

İİT'nin insan hakları alanındaki mevcut belgeleri, benzer kuruluşlara göre az, yetersiz ve bazı yönlerden insan haklarının evrenselliği kavramı ile çelişkilidir. İİT BDİHK mevcut belgelerin yenilenmesi veya yeni belgeler oluşturulmasında önemli bir fonksiyon üstlenebilir. İİT dini bir örgüt olmaktan ziyade hükümetlerarası bir kuruluştur. Daimi organları arasında yer alan BDİHK'nun üyeleri de dini bilimlerdeki veya İslam hukuku alanındaki uzmanlıkları değil de, insan hakları alanındaki uzmanlıkları dikkate alınarak seçilmektedir. Dolayısıyla bu durum gözönünde tutularak insan hakları alanındaki belgeler hazırlanırken belgelerin "İslam İnsan Hakları" veya "İslam'da İnsan Hakları" gibi isimlendirmelerle değil de, İİT İnsan Hakları Bildirgesi veya Sözleşmesi gibi isimlerle adlandırılması daha uygun olacaktır. Ayrıca evrensel insan hakları belgelerinin İİT bölgesinde, İslam'ın inanç, düşünce, kültür ve medeniyetinin insan hakları alanındaki genişletici ve evrimci bir yorumu ile birlikte hayata geçmesi önem taşımaktadır.

İnsan haklarının geliştirilmesi ancak bu hakların somut ve etkin şekilde korunması ile mümkün olabilir. Ancak, Komisyon bugünkü yapısı itibarıyla, özellikle usul kurallarında geçen "insan haklarını geliştirme ve koruma" ifadesine rağmen, insan haklarının geliştirilmesini amaçlayan, yumuşak bir mekanizma görünümü vermektedir. Bir koruma mekanizması özelliği kazanabilmesi için, Komisyonun, üye ülkeler için bağlayıcı insan hakları belgelerine öncülük etmesi ve bu belgelerdeki hakların korunması için yarı yargısal veya yargısal bir mekanizmaya dönüşmesi elzemdir.

Diğer bir alternatif, İİT bünyesinde sözleşmelerin hazırlanması beklenilmeden, Komisyonun kurucu mevzuatında yapılacak değişikliklerle; üye ülkelerin taraf oldukları evrensel insan hakları sözleşmelerindeki hakların ihlali durumunda üye ülke vatandaşlarına, BM mekanizmaları yerine Komisyon'a bireysel başvuru da bulunma imkânı tanınabilir.

Komisyonun başarısı uygulamadaki etkinliğine bağlıdır. Bunun için uygulamada uluslararası alandaki benzer mekanizmaların gerisine düşmemesi önem taşımaktadır.

Komisyonun İİT üyesi ülkelerin vatandaşlarının hayatlarına dokunacak çalışmalar yapabilmesi halinde, Teşkilatın kuruluş felsefesinin dayandığı, İslam Ümmetine aidiyet bilincinin oluşmasında, Müslüman ülkeler ve halklar arası işbirliği ve yakınlığın tesisinde önemli bir kamuoyu ve sivil toplum desteği ortaya çıkabilecektir.



KAYNAKÇA

Al-Midani, Amin Mohammed: Les droits de l'homme et l'Islam, Textes des Organisations arabes et islamiques. 2ème édition, Préface Jean-François Collange, Avant-propos Alexandre Kiss, l'Association Orient-Occident et le Centre Arabe pour l'Education au Droit International Humanitaire et aux Droits Humains, Université de Strasbourg, 2010, pp. 1 et s. (Ci-après, Al-Midani, Les droits de l'homme et l'Islam).

Al-Midani, Amin Mohammed: *La création de la Commission permanente et indépendante des droits de l'homme au sein de l'Organisation de la Coopération Islamique: Quelques observations et questions*, http://www.acihl.org/articles.htm?article_id=28 erişimtarihi : 12.12.2013

Ataman, Muhittin; Gülşen, Ayşe Nur: Sembolizm ve Aktivizm Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı, SETA Analiz, Ocak 2014, Sayı:76

Cavalli, Giacomo: *The New Organization of the Islamic Conference, Perspectives on Federalism*, Vol.1, 2009, http://www.on-federalism.eu/attachments/016_download.pdf

Cismas, Ioana: *Introductory Note to the Statute of the OIC Independent Permanent Human Rights Commission* (February 17, 2012). International Legal Materials, Vol. 5, No. 6, pp. 1148-1160, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2006979>

Colakoglu, Selcuk: *The OIC: Difficulties, Reform And A Way Forward – Analysis*, <http://www.eurasiareview.com/10052013-the-oic-difficulties-reform-and-a-way-forward-analysis/>, erişim tarihi:12.12.2013

Ellis, S. Mark: *Islamic and International Law: Convergence or Conflict?*, An-ver M. Emon, Mark Ellis, and Benjamin Glahn, Islamic Law and International Human Rights Law (91-103), Oxford: 2012, s.102.

Ergül, Ergin: *Terörizmle Uluslararası Mücadele Stratejilerinde İnsan Hak-ları Politikaları* (121-145), Ortadoğu'daki Siyasal Gelişmeler ve Güvenlik (Ed.Akdoğan, Kahyave Altun), Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2012

Esposito, L. John: Oxford İslam Sözlüğü, (çev. NurullahKoltaş), Ayrıntı yayınları, İstanbul 2013

Hakala, Pekka; Kettis Andreas: The Organisation of Islamic Cooperation: Defined – forbetter,[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/briefing_note/join/2013/491520/EXPO-AFET_SP\(2013\)491520_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/briefing_note/join/2013/491520/EXPO-AFET_SP(2013)491520_EN.pdf)

İhsanoğlu, Ekmeleddin: “Yeni Yüzyılda İslam Dünyası, İslam Konferansı Teşkilatı 1969-2009”, Timaş Yayınları, İstanbul, 2013

İhsanoğlu, Ekmeleddin: Moderation and Modernization, Vision for the Mus-lim World, Jeddah, OIC, 2013

İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT), <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>

İşbilir, Cihangir: İslam İşbirliği Teşkilatı Etkin Bir Güç Olabilir mi? - Açık-Görüş - Star Gazete<http://haber.stargazete.com/acikgorus/islam-isbirligi-teskilati--etkin-bir-guc-olabilir-mi/haber-715901#ixzz2164YYJpY>

Kayaoğlu, Turan: A Rights Agenda for the Muslim World? The Organi-zation of Islamic Cooperation’s Evolving Human Rights Framework, Anal-

ysis Paper Brookings Doha Center, <http://www.brookings.edu/research/papers/2013/01/08-oic-human-rights-kayaoglu>

Kılıç, Sami: L'organisation de la conférence islamique et les droits de l'homme, Université Panthéon-Sorbonne - Master 2 droit des pays arabes 2009, Université Panthéon-Sorbonne - Master 2 droit des pays arabes 2009.

Petersen, Juul Marie: Islamic or Universal Human Rights, DIIS Report 2012-03, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/59841/1/688944434.pdf>

Petersen, Juul Marie: *The world's first Muslim human rights commission*, 3 January 2012, <http://www.opendemocracy.net/marie-juul-petersen/worlds-first-muslim-human-rights-commission>.

Sadık, KhwajaGulam: *Bugünkü İslam'da İnsan Hakları*, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan İonna Kuçuradi, Türkiye FelsefeKurumu, (167-178), 3. Baskı, Ankara 2009, S.171.

Shelton, Dinah; Paolo G. Carozzas: *Regional Protection of Human Rights Pack*, Oxford: 2013

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ SEBEBİYLE TAHLİYE

*Vacation Due to Written Vacation Engagement Within the Context
of Turkish Code of Obligations Law No: 6098*

Dr. Merve ALTUNTOP *

ÖZET

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/1 maddesinin a bendinde düzenlenen yazılı tahliye taahhüdü, 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin anılan hüküm, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/a maddesi ile birebir aynı değildir. Kanun koyucu tarafından 6570 sayılı Kanun'a doktrin tarafından getirilen eleştiriler ve Yargıtay uygulaması ışığında yazılı tahliye taahhüdü ile ilgili bir düzenlemeye gidilmiştir. Yazılı tahliye taahhüdü, kiraya verene, kiracı tarafından taşınmazın boşaltılmasının üstlenildiği günden itibaren 1 ay içerisinde kira sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlamak için icraya başvurmak ya da dava açmak hakkını vermektedir. Bir başka ifadeyle yazılı tahliye taahhüdü, taşınmazın boşaltılacağı gün kira sözleşmesinin sona ermesine neden olmamaktadır. Çalışmamızda mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hükümleri karşılaştırmalı olarak değerlendirerek, yazılı tahliye taahhüdünün uygulama alanı, yazılı tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları ve yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak kira sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili değerlendirmelerde bulunacağız.

Anahtar Kelimeler: 6570 sayılı Kanun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kira sözleşmesi, tahliye taahhüdü, tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları.

ABSTRACT

Written vacation engagement arranged in 7/1 article of a subclause of Mülga law no: 6570 of Code of Real Estate rents, was arranged in 352/1 article of law no: 6098 of Turkish Code of Obligations which became valid in 01/07/ 2012. The judgement related towritten vacation in law no: 6098 of Turkish Code of Obligations, are not same

* Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi, mervealtuntop81@gmail.com

with law no: 6570 of Code of Real Estate rents. Arrangements; related to written vacation engagement, are made under the enlightenment of the criticisms made by the doctrine to law no: 6570 by the legislative and the Supreme Court implementation. Written vacation engagement gives the rights of; to end rental contract, starting execution or to give the right of sue, to the landlord, in a month; beginning from the day when the vacation of immovable undertaken. In other words; written engagement doesn't cause to end rental contract on the day when the vacation of immovable happens. In our study; we will make evaluations on; the provisions arranged in the Mülga law no: 6570 of Code of Real Estate rents and law no: 6098 of Turkish Code of Obligations, comparatively and on the execution area and validity provisions of written vacation engagement, on ending rental contract upon the validity provisions of written vacation engagement and written vacation engagement.

Keywords: Law no: 6570 of the code, law no: 6098 of Turkish Code of Obligations, rental contract, engagement of vacation, validity provisions of vacation engagement.



GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı dördüncü bölümün ikinci ayrımında “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlığı altında 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamındaki kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda konut ve çatılı işyeri kirası kavramları tanımlanmamıştır. Konut kirası, kiracının yatma ihtiyacının karşılandığı ve çevresel etkilere karşı minimum korumanın sağlandığı kira sözleşmeleridir¹. Çatılı işyeri kirası kavramı ise, ticarî, sınaî nitelikteki ekonomik faaliyetlerin veya mesleğin icra edilmesine hizmet eden yere ilişkin kira sözleşmesi olarak tanımlanabilir².

¹ WEBER, Roger, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND); Basel und Frankfurt, 2007, Art. 253a/253b, N. 4, s. 1348; SVIT, Kommentar, Da Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf, 2008, s. Art. 253a N. 5, s. 35.

² WEBER, Art. 253a/253b, N. 11, s. 1349; SVIT, Art. 253a, N.8, s. 36.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin de incelenmesi yerinde olacaktır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmıyanları hariç) kiralanmalarında" anılan Kanun'un uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinde ise konut bakımından 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 1. maddesindeki örtülü olma ve bölgesel sınırlama ayırımına gidilmeksizin tüm konut ve çatılı iş yeri kiralarına Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağı kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Hatta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamına kiralanana ile birlikte kullanımı kiracıya bırakılmış eşya da alınmıştır. Bununla birlikte 6570 sayılı Kanun'dan farklı olarak konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulama alanından niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmaları istisna tutulmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nun dördüncü bölümünün ikinci ayırımında yer alan hükümler, ancak iş yeri kirasına ilişkin sözleşmenin konusunun çatılı olması halinde uygulama alanı bulabilecektir³. Türk Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinin ikinci fıkrasında ise "Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır" hükmüne yer verilmiştir.

6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen tahliye sebepleri ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi" başlığı altında kaleme alınmıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kira sözleşmesi, kiraya verenden kaynaklanan tahliye sebepleri ve kiracıdan kaynaklanan tahliye sebepleri nedeniyle sona erebilir. Kiracıdan kaynaklanan tahliye sebepleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi halidir. İkincisi, kira parasının zamanında ödenmemesi sebebiyle aynı kira dönemi içinde iki haklı ihtarin yapılmasını arayan sona erme

³ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s. 25 (Eser sonraki atıflarda "Kira Sözleşmesi" şeklinde kısaltılacaktır).

hali, üçüncüsü ise kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirebilme halidir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/1 maddesinin a bendinde düzenlenen yazılı tahliye taahhüdü, TBK'nın 352/1 maddesinde yeniden düzenlenmiştir. TBK md. 352/1 hükmüne göre "Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir".

I. TAHLİYE TAAHHÜDÜ

Tahliye taahhüdü, kiracıdan kaynaklanan bir tahliye sebebi olarak mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde düzenlenmiştir. Tahliye taahhüdü, kiracı tarafından kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananın belli bir tarihte boşaltmasına dair yazılı olarak verilen taahhüt olarak tanımlanabilir.

Yazılı şekilde yapılan tahliye taahhüdü, kiracı ile kiraya veren arasında kurulan bir sözleşmedir. Kiraya veren tarafından kabul edilmediği sürece tek taraflı olarak kiracı tarafından verilen tahliye taahhüdü kiracı aleyhine hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁴. Doktrinde savunulan bir görüşe göre kiracının tahliye taahhüdü ve bunun kiraya veren tarafından kabulü, tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmenin ikalesi olarak kabul edilmiştir⁵. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise yazılı tahliye taahhüdü kira sözleşmesine ilişkin bir yan sözleşmedir. Ancak bu yan sözleşme kiracıya taahhüt edilen tarihte kiralayan ile bir ikale sözleşmesi akdetme borcunu yükleyen bir borç sözleşmesi olarak ifade edilmiştir. Bu görüşe göre tahliye taahhüdü bir ön sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir. Bu sebeple kira sözleşmesinin herhangi bir nedenle devri

⁴ BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993, s. 321(Eser sonraki atıflarda "Kiracının Tahliye Edilmesi" şeklinde kısaltılacaktır).

⁵ FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980, s. 681; UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 2012, s. 1845.

halinde yan anlaşma niteliğindeki tahliye taahhüdü de kendiliğinden devralana geçeceği için devralan, kiracıya karşı devreden kiraya veren ile kiracı arasında kararlaştırılan yazılı tahliye taahhüdünden istifade edebilecektir⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesine göre "Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır". Aynı Kanun'un 348. maddesine göre konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hükümlere benzer bir hüküm mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 11. maddesinde de yer almaktaydı. Anılan hükümler uyarınca tahliye taahhüdünde kiralananın boşaltılacağı bildirilen gün kira süresinin sonuna gelmişse tahliye taahhüdünün anılan Kanun maddeleri kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Bu durumda kiracı tarafından verilen yazılı tahliye taahhüdü kiraya verenin kabulüne gerek olmaksızın hüküm ifade edecektir. Tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlaması halinde tahliye taahhüdünün hukuki mahiyetinin kiracıya kira sözleşmesini sona erdirmeye yetkisi veren yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilmesi mümkündür⁷. Tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlamaması halinde ise tasarruf işlemi yapabilmek için gerçekleştirilen borç doğurucu bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz⁸.

II. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Tahliye taahhüdünün kiracıdan kaynaklanan bir tahliye sebebi olarak kabul edilebilmesi için taahhüdün bazı şartları taşınması gerekmektedir. Aşağıda bu şartların neler olduğuna dair açıklamalarda bulunacağız.

⁶ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 326.

⁷ BURCUOĞLU, Haluk, "6570 S. GKHK'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması", İBD, Cilt 58, 1984, Sayı 10-11-12, s. 643 vd. (Eser sonraki atıflarda "GKHK" şeklinde kısaltılacaktır); İPEK, Eyüp, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", TBBB, 2012; Sayı 102, s. 79.

⁸ BURCUOĞLU, GKHK, s. 637 vd.

A. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN YAZILI ŞEKİLDE YAPILMIŞ OLMASI

Tahliye taahhüdünün geçerli bir hukuki sonuç doğurabilmesi için yazılı olması gerekmektedir. Bu husus mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde "...Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen..." şeklinde belirtildiği gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde de "...Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde..." şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Yazılı tahliye taahhüdünün geçerlilik şartı olması nedeniyle sözlü tahliye taahhüdüne dayalı olarak kiracının tahliyesinin talep edilebilmesi mümkün değildir. Tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, resmi şekil şartı aranmamaktadır⁹. Bununla birlikte tahliye taahhüdünün resmi şekilde noterler tarafından düzenlenmesi ya da onaylanması kiralayana ispat kolaylığı sağlayacaktır. Bu halde kiracı, tahliye taahhüdünde yer alan imzasını inkar edemeyeceği gibi tahliyeyi de bu sebeple geciktiremeyecektir¹⁰.

Geçerlilik şartlarını taşıyan bir tahliye taahhüdünün kira sözleşmesinden ayrı bir belgede bulunması taahhüdün geçerliliğini etkilemeyecektir¹¹. Kiraya verenin kabulü koşuluyla yargılama sırasında duruşma tutanağına ya da icra takibi sırasında icra tutanağına kiracının tahliye taahhüdüne ilişkin beyanın

⁹ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 326; FEYZİOĞLU, s. 682; YAVUZ, Cevdet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2012, s. 308 (Eser sonraki atıflarda "Borçlar Hukuku" şeklinde kısaltılacaktır); AKYİĞİT, Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s.245; DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara, 2011, s. 170; YALMAN; Süleyman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, 2005, Sayı 2, s. 11; GÜMÜŞ; Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2013, s. 341 (Eser sonraki atıflarda "Borçlar Hukuku" şeklinde kısaltılacaktır.); ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973, s. 78; ULUÇAY, Aslı, 6570 Sayılı Kanuna Tabi Taşınmazlar Açısından Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 11; ARAL, Fahrettin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 285.

¹⁰ FEYZİOĞLU, s. 682; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2013, s. 357.

¹¹ DOĞAN, s. 171; YALMAN, s. 11.

geçirilmesi¹² veya bir mektup ile kiracı tarafından kiralayana tahliye taahhüdünün bildirilmesi ile de geçerli bir şekilde tahliye taahhüdü kararlaştırılabilir.

Kiracı ile kiraya veren arasındaki kira sözleşmesi için kanun koyucu tarafından herhangi bir şekil zorunluluğu getirilmemiştir¹³. Bir başka ifade ile kiracı ile kiraya veren arasındaki kira sözleşmesi sözlü, adi yazılı ya da resmi şekilde yapılmış olabilir. Buna karşılık tahliye taahhüdü ise yazılı şekilde yapılmış olmalıdır. Geçerli bir tahliye taahhüdünün varlığı için taraflar arasındaki kira sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması zorunlu değil ise de tahliye taahhüdünün tarafları arasında herhangi bir şekilde yapılmış kira sözleşmesi bulunmuyor ise tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye talep edilebilmesi mümkün değildir¹⁴.

B. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN KİRACI YA DA YETKİLİ TEMSİLCİSİ VASITASIYLA VERİLMESİ

Tahliye taahhüdünün geçerlilik şartlarından bir diğeri de tahliye taahhüdünün kiracı ya da yetkili temsilcisi vasıtasıyla yapılmış olmasıdır¹⁵. Kiracı dışında başka bir kimsenin örneğin kiracı ile birlikte yaşayan eşinin, babasının ya da annesinin tahliye taahhüdü geçerli değildir¹⁶. Geçerli bir tahliye taahhü-

¹² GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 327; GÜMÜŞ; Borçlar Hukuku, s. 341.

¹³ TAHMAZ, M. Sabri, "Kira ve İcra Hukukunda Yazılı Tahliye Taahhüdü", İBD, 1992, S. 7-9, s. 697.

¹⁴ YALMAN, s. 20. "Davacı vekili dava dilekçesinde; yapılan sözlü anlaşma gereği davalının müvekkilinin kiracısı olduğunu, 28.11.2012 düzenleme tarihli tahliye taahhüdü ile taşınmazı 30.04.2013 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettiği halde tahliye etmediğinden davalı hakkında icra takibi yapıldığını, davalının takibe haksız itiraz ettiğini belirterek itirazın iptali ile kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı ise; aralarında kira ilişkisi bulunmadığını, yürüttüğü şantiye şefliği görevi nedeniyle alacaklı olduğu için taşınmazda oturduğunu, taahhüdün ise yapılan satım anlaşması hükümlerinin yerine getirilmesi şartına bağlı olarak ek niteliğinde ve baskı altında verildiğini, satım anlaşmasının hükümlerine uyulmadığını bu nedenle taahhüdün de geçersiz olduğunu savunmuştur. Davacı kira ilişkisini yazılı bir delil ile kanıtlayamamış ise de, delil listesinde sair deliller demek suretiyle yemin deliline dayanmıştır. Kira ilişkisinin varlığının ispatı için davacıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak, sonucu dairesinde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir." Yargıtay 6. H.D. 03/04/2014 tarih 2987 E./ 4376 K. sayılı kararı (UYAP).

¹⁵ FEYZİOĞLU, s. 684; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 308; AKYİĞİT, s. 246; DOĞAN, s. 182; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt1/2, İstanbul, 1989, s. 198; ARAL, s. 286.

¹⁶ Bununla birlikte kiracı ile birlikte oturan kişilerin somut olayın özelliğine göre üçüncü şahsın fiilini taahhüt eden kimse olarak değerlendirilebileceğine dair görüş için Bkz.: FEYZİ-

dünden sonra kiracının vefatı halinde, kiracı ile kiraya veren arasındaki tahliye taahhüdü, kiracının mirasçıları bakımından da geçerliliğini koruyacaktır¹⁷.

Birden fazla kiracının bulunduğu sözleşmelerde ise kiracıların tamamı tarafından tahliye taahhüdünde bulunmuş olması taahhüdün geçerliliği için zorunludur¹⁸. Bu durumda kiracılar tarafından tek bir tahliye taahhüdü birlikte imzalanabileceği gibi her bir kiracı tarafından ayrı ayrı da yazılı tahliye taahhüdünde bulunulabilir. Bununla birlikte kira sözleşmesinde kiracılardan birine yazılı tahliye taahhüdünde bulunabilmesi için yetki verilmişse bu halde yetki verilen kiracı tarafından taahhütte bulunulması yeterlidir¹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin 1. fıkrasında “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmü yer almaktadır. Kanun koyucu tarafından aile konutunun kiralanabileceği düşünülerek böyle bir hüküm sevk edilmiştir. Eşlerden sadece birisinin kiracı sıfatına haiz olduğu durumlarda kiracı sıfatına haiz olan eş, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez. Eşlerden birinin kiracı sıfatına haiz olduğu aile konutu ile ilgili olarak kiracı sıfatına haiz eş tek başına tahliye taahhüdünde bulunabilecek midir? Doktrinde savunulan bir görüşe göre anılan maddede yer alan fesih kelimesinin yazılı tahliye taahhüdünü de kapsayacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği, zira yazılı tahliye taahhüdünün fesih ile aynı sonucu doğurduğu ifade edilmiştir²⁰. Eşler kira sözleşmesini başlangıçta birlikte yap-

OĞLU, s. 684.

¹⁷ DOĞAN, s. 184; “...Yazılı kira sözleşmesi kurulduktan ve kiracı kiralanana yerleştikten sonra 01.10.1996 tarihinde verilen taahhüt geçerlidir ve kiracının mirasçılarını da bağlar. Sözleşmenin devri kabul edilse bile sözleşmeye bağlı olarak verilen taahhüdün geçerli olmasına göre geçerli olan taahhüt nedeniyle kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay HGK'nın 29/09/2004 tarih 6-428 E./ 456 K. sayılı kararı (Meşe İctihat Programı).

¹⁸ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 327; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku, s. 342; TANDOĞAN, s. 198; UYGUR, s. 1846; YALMAN, s. 12; BURCUOĞLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 296; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 359; DOĞAN, s. 184.

¹⁹ UYGUR, s. 1846.

²⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002, s. 11-12, ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul, 2004, s. 133-134; AKYİĞİT, s. 245; YALMAN, s. 19; DOĞAN, s. 182-183.

mıŖlarsa ya da kiracı olmayan eŖ Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin 4. fıkrası gereğince kira szleŖmesine sonradan taraf olmuŖ ise kiracıların tamamı tarafından yazılı tahliye taahhüdünde bulunulması geçerlilik Ŗartı olduğundan bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 194/1 maddesi kapsamının tartıŖılmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Tahliye taahhüdü vekil aracılığıyla da verilebilir. Tahliye taahhüdünün vekil aracılığıyla verildiği durumlarda vekaletnamede tahliye taahhüdünde bulunulabilmesi için özel bir yetkiye gerek olup olmadığı doktrinde tartıŖmalıdır. Doktrinde savunulan bir grŖe göre tahliye taahhüdünün geçerli olması için vekile özel yetki verilmesi gerekmediği, vekaletnamenin içeriğinden yetkinin anlaŖıldıđı durumlarda vekil aracılığıyla verilen tahliye taahhüdünün geçerli olduğu kabul edilmektedir²¹. Doktrinde savunulan bir diğer grŖe göre ise vekil tarafından verilen tahliye taahhüdünün kiracının aleyhine iŖlemlerden olması nedeniyle olağan iŖlemler arasında kabul edilemeyeceği, bu sebeple olağan iŖ ve iŖlemler için verilen vekaletnameye dayalı olarak tahliye taahhüdünde bulunulamayacağı, vekaletnamede tahliye taahhüdünde bulunulabilmesi için özel bir yetkinin bulunması gerektiği savunulmaktadır²².

Kiracının bir tüzel kiŖi olduğu durumlarda yazılı tahliye taahhüdünün tüzel kiŖinin yetkili organ ya da temsilcileri vasıtasıyla verilmiŖ olması yeterlidir²³.

²¹ BURCUOğLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 298; GMŖ, Kira SzleŖmesi, s. 327; YALMAN, s. 12; DOğAN, 183; ARAL, s. 286; "...Taraflar arasında düzenlenen 01.01.2007 baŖlangı tarihli 1 yıl süreli kira szleŖmesinin davacı ile davalı Ŗirket adına genel vekaletnameye istinaden ... arasında imzalandığı hususunda bir uyuŖmazlık bulunmamaktadır. Davalı Ŗirket yetkilisi ...'n verdiği genel vekaletname uyarınca kira szleŖmesi yapmaya yetkisi bulunan ...'n, tahliye taahhütnamesi imzalamaya da yetkisi bulunduğunun kabulü gerekir. 15.05.2007 tarihinde düzenlenen tahliye taahhütnamesi, kira szleŖmesini imzalamaya yetkisi bulunan ... tarafından genel vekaletname istinaden usulüne uygun olarak, Ŗirket kaŖesi basılarak imzalanmıŖtır. Tahliye taahhütnamesini düzenleyen ...'n Ŗirketi ilzama yetkili olmadığı ve vekalet görevi bulunmadığının bildirilmesinin, Ŗirket ile taahhütnameyi imzalayan kiŖi arasındaki i iliŖki olması nedeni ile iyi niyetli üçüncü kiŖileri bağlaması dŖnlemez..."Yargıtay 6. H.D. 22/04/2009 tarih 697 E./ 3694 K. Sayılı kararı (UYAP).

²² KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, İkinci Tıpkı Basım, Ankara, 2006, s. 743.

²³ DOğAN, s. 184; YAVUZ, Nihat, Türk Kira Hukuku, Ankara, 2003, s. 3872; "...Tahliye taahhüdünün verildiği tarihte Ŗirket adına taahhütte bulunan ...'ın Ŗirketi münferiden temsile yetkili müdür olduğuna dair uyuŖmazlık bulunmamaktadır. uyuŖmazlık Beyoğlu 3. Noterliğinde tanzim edilen 16.06.2006 tarih 17678 Yevmiye nolu Limited Ŗirket müdürü ... tarafından davacı Ŗirketi temsilen verilen, kiralananın 31.12.2011 tarihinde tahliye edileceğine iliŖkin

Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesi gereğince yazılı tahliye taahhüdü nedeniyle ancak kiracının tahliyesi talep edilebilir²⁴. Bununla birlikte kiracı ile birlikte kiralanan taşınmazda oturan kiracının eşi, çocukları, torunları, ana ve/veya babası ve iş ortağı gibi yakınları kiracıya tabi olarak taşınmazda oturduklarından bu kişilerinde tahliye edilebilmesi mümkündür²⁵. Zira, kiracıya tabi olarak taşınmazda oturan bu kişilerin üçüncü kişi olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

C. TAHLİYE TAAHHÜDÜNDE TAHLİYE TARİHİNİN BELİRTİLMİŞ OLMASI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde de "...kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde..." şeklinde açıkça ifade edildiği üzere tahliye taahhüdünün geçerli şekilde hukuki sonuç doğurabilmesi için tahliye taahhüdünde tahliye tarihinin belirtilmiş olması gerekmektedir. Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeye benzer açıklıkta bir düzenlemeye yer verilmemişti²⁶. Bununla birlikte 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde de doktrin ve uygulamada tahliye taahhüdünde taşınmazın hangi tarihte tahliye edileceğinin açıkça

tahliye taahhüdünün, şirket ortaklarınca karar alınmadan verilir verilemeyeceğine ilişkindir. Limited Şirketlerin temsilini düzenleyen sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK'nun 540/2 maddesi "Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararı ile şirketin idare ve temsili ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabilir." hükmünü içermektedir. Müdürlerin temsil yetkisinin kapsamını düzenleyen 542 maddesi ise TTK'nun 321. maddesine atıfta bulunarak Anonim Şirketlerin idare Meclisine dair olan hükmünün şirket müdürlerine de tatbik edileceğini düzenlemiştir, TTK'nun 321 maddesinde ise "Temsile yetkili olanlar şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak ve şirket ünvanını kullanmak hakkını haizdirler." hükmü düzenlenmiştir. Şirket müdürü şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri yapmak ve şirket ünvanını kullanma hakkını haiz olduğundan davacı şirket müdürü tarafından verilen şirketin ticari faaliyetini sürdürdüğü kiralanan için verdiği tahliye taahhüdü geçerli olup, davacı şirketi bağlar..." Yargıtay 6. H.D. 26/02/2014 tarih 16778 E./ 2152 K. sayılı kararı (UYAP).

²⁴ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 328; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku, s. 342.

²⁵ FEYZİOĞLU, s. 384.

²⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde "...belirli bir tarih..." arayan hükmü kiracı lehine konulmuş, isabetli bir hüküm olmuştur. Zira belirli olmayan tahliye taahhüdü geçerli kabul edilmeyeceğinden kiraya verenin keyfi tutumu ile kiracının tahliyesine karar verilmeyeceği kanun ile teminat altına alınmıştır.

belirtilmiş olması aranmaktaydı²⁷.

Geçerli bir tahliye taahhüdü için taşınmazın tahliye edileceği tarihin taahhütnamede belirtilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tahliye tarihi, gün, ay ve yıl belirtilerek açıkça belirtilebileceği gibi tahliye tarihinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebilir olması da taahhüdün geçerli olması için yeterlidir²⁸. Kira süresinin bitiminden önceki ya da sonraki bir tarih kiracı ile kiraya veren arasında tahliye tarihi olarak belirlenebilir²⁹.

Yargıtay, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemindeki uygulamasında ve doktrinde bir kısım yazarlar tahliye taahhüdünün sadece ay olarak belirtildiği hallerde taahhüdün geçerli olduğunu ve belirtilen ayın son gününde tahliyenin yapılacağını kabul etmektedir³⁰. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde yer alan "...kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde..." şeklindeki açık düzenleme karşısında tahliye taahhüdünün sadece ay olarak belirtildiği hallerde taahhüt geçersiz olacaktır³¹.

²⁷ FEYZİOĞLU, s. 684; TANDOĞAN, s. 198; YALMAN, s. 12; "...Şarta bağlı tahliye taahhüdü Borçlar Kanununun 149. maddesine göre geçerlidir. Ancak şartın gerçekleşmiş olması halinde taahhüt hüküm ifade eder. Tahliye taahhüdünün açıkça kesin nitelik taşıması ve tahliye tarihinin de belli ve muayyen olması gerekir. Sözleşmenin 3 ve 17. maddesi belli ve muayyen bir tarihi içermediğinden bu tahliye taahhüdüne değer verilemez. Bu nedenle davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay 6. H.D. 21/06/2007 tarih 6123 E./ 7837 K. sayılı kararı (UYAP).

²⁸ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 328; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku, s. 342; DOĞAN, s. 175.

²⁹ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 328. "Dava kiralayan tarafından başlatılan icra takibine vaki itiraz üzerine yasal süresinde açılmıştır. Taraflar arasında 01.10.2012 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi düzenlendiği konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. 23.05.2013 tanzim ve 14.06.2013 tahliye tarihli taahhütname kiralananın oturulurken verildiğinden bu tahliye taahhüdü geçerlidir. Kira sözleşmesinin bir yıl süreli olması ve bu sürenin henüz dolmamış olması taahhüdü geçersiz kılmaz. Sözleşme yapıldıktan sonra tarafların bir araya gelerek süre dolmadan da kiralananın tahliyesi için anlaşmaları mümkündür. Bu nedenle davanın açılıp yürütülmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır." Yargıtay 6. H.D. 27/03/2014 tarih 3007 E./ 3899 K. sayılı kararı (UYAP).

³⁰ Yargıtay 12. H.D. 09/01/1981 tarih 4122 E./ 5669 K. sayılı kararı, BURCUOĞLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 303; ARAL, s. 285.

³¹ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 328.

D. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN KİRALANANIN TESLİM EDİLMESİNDEN SONRA VERİLMESİ

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde taahhüdün verilme zamanı ile ilgili herhangi bir açıklık yer almamaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce uygulamada taahhütnamenin verilme zamanı ile ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 04/10/1944 tarihli 1944/15,20 E. 1944/28 K. sayılı kararı uyarınca kira ilişkisi kurulmadan ya da kira ilişkisi kurulurken alınan tahliye taahhütlerinin kiracının serbest iradesine dayanmadığından geçerli olmayacağı kabul edilmekteydi³². Bu görüş uyarınca kira ilişkisi kurulurken kira sözleşmesinden bağımsız olarak düzenlenen tahliye taahhüdü de geçersiz olacaktır³³. Bununla birlikte ilk kira sözleşmesinden sonra sonraki senelere dair kira sözleşmesinde ya da bağımsız olarak tahliye taahhüdünde kiracı tarafından taahhütte bulunulur ise tahliye taahhüdü geçerli olacaktır³⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları arasında tahliye taahhüdünün "...kiralananın teslim edilmesinden sonra..." verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanunda yer alan bu ifadenin "kira sözleşmesinin yapılıp, kiralananın, kiraya veren tarafından sözleşmeye uygun bir biçimde kullanımı için kiracıya teslim edilmesinden sonra" şeklinde anlaşılmalıdır³⁵.

³² FEYZİOĞLU, s. 685; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 329; TAHMAZ, s. 699; YALMAN, s. 13; TANDOĞAN, s. 196; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 308; "...Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesi 10.12.2000 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli olup kira sözleşmesi konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davanın dayanağını teşkil eden tahliye taahhüdü ise 1.12.2004 tanzim tarihidir. Davalı tanzim tarihine karşı çıkarak taahhüdün sözleşmeyle birlikte boş olarak verildiğini savunmuştur. Tahliye taahhüdü kiralananı girerken sözleşme ile birlikte boş olarak verilmiş ise 4.10.1944 gün ve 15-20/28 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca geçersizdir. Bu konuda dinlenen davalı tanıkları taahhüdün hangi tarihte verildiğini ve kiralananı girerken verilir vermediğini bilmediklerini ifade etmişlerdir. Davalı tahliye taahhüdünü kiralananı girerken sözleşme ile birlikte verildiğini kanıtlayamamıştır. Bu durumda kiralanda oturulurken verildiğinin kabulü gerekir. Davalı taahhüdü imza ederek ve tahliye edilecek tarihi boş bırakarak davacıya vermiş olmakla boş kısmının istendiği şekilde doldurulmasını peşinen kabul etmiş sayılacağından sonucuna katlanmak zorundadır..." Yargıtay 6. H.D. 16/10/2006 tarih 7709 E./ 10189 K. sayılı kararı (UYAP).

³³ UYGUR, s. 1846; FEYZİOĞLU, s. 685; YALMAN, s. 13; TANDOĞAN, s. 196-197.

³⁴ FEYZİOĞLU, s. 687.

³⁵ DOĞAN, s. 176; YALMAN, s. 20.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesinde "...kiralananın teslim edilmesinden sonra..." şeklindeki hükmü kiracı lehine konulmuş, isabetli bir hüküm olmuştur. Anılan bu düzenleme gereğince tahliye taahhüdünün kiracı ile kiraya veren arasında kira sözleşmesi kurulduktan ve kira sözleşmesinin konusu taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonra tahliye taahhüdünün verilmesi geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmakta olup, böylelikle kiraya verenin keyfi tutumuna kiracı terk edilmemiş ve kiracının serbest iradesi ile hareket edebilmesine kanun koyucu tarafından imkan tanınmıştır.

Kira ilişkisi kurulmadan ya da kira ilişkisi kurulurken alındığı iddia edilen tahliye taahhüdünün yazılı delil ile ispat edilmesi gerektiği uygulamada kabul edilmesine karşın³⁶, doktrinde, bu durumda kiracının serbest iradesi olmaksızın tahliye taahhüdünde bulunduğu, yani kişilik hakkının ihlalinin ispatı söz konusu olduğu için iddianın her türlü delil ile ispat edilebilmesi mümkün olduğu ileri sürülmüştür³⁷.

E. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN SERBEST İRADE İLE VERİLMESİ

Geçerli bir tahliye taahhüdünün varlığı için taahhüdün serbest irade ile verilmesi gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesi hükmü gereğince kiralananın teslim edilmesinden sonra taahhüdün verilmesi ile kural olarak taahhüdün serbest irade ile verildiği kabul edilir. Bununla birlikte

³⁶ "...Davaya ve icra takibine dayanak yapılan imzası davalı kiracı tarafından inkar edilmeyen tahliye taahhütnamesinde "halen kiracısı bulunduğum..." ibaresi yazılıdır. Taahhütnamenin içeriğinden taahhüdün kira ilişkisi devam ederken verildiği açıkça anlaşılmaktadır. İmzası inkar olunmayan taahhüdün içeriğinin doğru olduğunun ve boş bırakılan kısımların sonradan doldurma konusunda kiralayana yetki verildiğinin kabulü gerekir. Davalının taahhüdün, sözleşme ile aynı tarihte alındığına, tarih kısımlarının sonradan doldurulduğuna ilişkin savunmanın aynı kuvvete haiz yazılı delille kanıtlanması gerekir. Davalı bu kuvvette bir delil getiremediğine göre, kiralanda oturulurken serbest irade ile verilen ve imzası inkar edilmeyen taahhütnamenin geçerli olduğunun kabulü ile itirazın iptaline, takibin devamına ve kiralananın tahliyesine karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir..." Yargıtay 6. H.D. 19/02/2007 tarih 12786 E./ 1515 K. sayılı kararı (UYAP).

³⁷ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 329. Kanuna karşı hile teşkil eden bu tür durumların ispatı için her türlü delil ile ispatın mümkün olduğu, ancak kanuna karşı hilenin ispatı ile hukuki işlemin ispatının birbirinden ayırt edilmesi gerektiği yönündeki görüş için Bkz.: YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 309. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: aş. 3. Tahliye Taahhüdünde Beyaza İmza

tahliye taahhüdü, kiralananın teslim edilmesinden sonra verilse dahi serbest irade ile verilmemiş olabilir. Bu durumda tahliye taahhüdünün serbest irade ile verilmediği hususunun ispat edilmesi gerekmektedir³⁸.

1. ŞARTLI TAHLİYE TAAHHÜDÜ VE TAHLİYE TAAHHÜDÜNDE CEZAI ŞART ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI

Uygulamada tahliye taahhüdünün şarta bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmektedir³⁹. Doktrinde de benzer şekilde tahliye taahhüdünün şarta bağlı olarak yapılabileceği görüşü kabul edilmektedir⁴⁰. Bu görüşe göre sözleşmelerde olduğu gibi tahliye taahhütleri şarta bağlı olarak yapılabilir. Bu durumda taahhüt, şart gerçekleştikten sonra ifade edecektir. Şart gerçekleşmeden ise taahhüde dayanılarak tahliye talebinde bulunulamayacaktır. GÜMÜŞ'e göre ise tahliye tarihinin belirliliği ilkesini ortadan kaldıran şartların söz konusu olduğu tahliye taahhütlerinin geçerli olmadığı yerinde olarak ifade edilmiştir⁴¹.

Geçerli bir tahliye taahhüdünde cezai şart öngörülebilir mi? Doktrinde savunulan görüşe göre tahliye taahhüdünde cezai şartın kararlaştırılması tahliye taahhüdünün geçerliliğini etkilemeyecektir⁴². Bu görüşe göre cezai şarta bağlı tahliye taahhütleri Türk Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinde⁴³ öngörülen ki-

³⁸ TANDOĞAN, s. 196-197-198; UYGUR, s. 1846.

³⁹ "...Şarta bağlı tahliye taahhüdü Borçlar Kanununun 149. maddesine göre geçerlidir. Ancak şartın gerçekleşmiş olması halinde taahhüt hüküm ifade eder..." Yargıtay 6. H.D. 21/06/2007 tarih 6123 E./7837 K. sayılı kararı (UYAP).

⁴⁰ YALMAN, s. 12; AKYİĞİT, s. 247; DOĞAN, s. 175. Aksi görüş için Bkz.: FEYZİOĞLU, s. 684.

⁴¹ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 328. Benzer görüş için Bkz.: DOĞAN, s. 175.

⁴² TANDOĞAN, s. 195; UYGUR, s. 1847; YALMAN, s. 13; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 359; "...01.03.2008 tarihinde davacı kiraya verene tahliye taahhüdü verilmiş, tahliye taahhüdünde davalı kiracı kiralananı 31.12.2010 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettikten sonra devamında "kiracı mecuru 31.12.2010 tarihinde tahliye etmezse tahliye tarihinden önceki aylık kira bedelinin 3 katı miktarında aylık ödemeyi kabul ve taahhüt eder" denilmiştir. İlgili taahhüt cezai şart niteliğindedir ve geçerlidir. Bu nedenle davalı kiracıyı bağlar. Davalı tahliye taahhüdüne rağmen kiralananı tahliye etmemiştir. Bu nedenle mahkemece, tahliye taahhüdündeki düzenleme gereğince cezai şartın davalıdan tahsiline karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak mahkemece TBK 182/son (B.K. 161/son) maddesine göre cezai şarta indirim yapıp yapılamayacağı tartışılmamış, cezai şartta bir indirim yapılmamıştır." Yargıtay 6. H.D. 02/07/2014 tarih 16564 E./ 8813 K. sayılı kararı (UYAP).

⁴³ Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunu'nun 9. maddesi.

racı aleyhine durum yaratmama ilkesinin kapsamına girmemektedir⁴⁴. Bu durumda öngörülen cezai şartın da geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Bununla birlikte cezai şartın geçerliliği için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ve devamı maddeleri ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁶.

2. İRADE SAKATLIKLARININ TAHLİYE TAAHHÜDÜNE ETKİLERİ

Tahliye taahhüdü, kiralananın teslim edilmesinden sonra verilse dahi yanılma, aldatma ve korkutma nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersiz olmaması, bir başka ifade ile kiracının iradesinin sakatlanmamış olması gerekmektedir. Kiracı irade sakatlığı nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersizliğini sağlamak için sözleşme ile bağlı olmadığını kiraya verene bildirecektir⁴⁷. İrade sakatlığı nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersizliği her türlü delil ile ispat edilebilir⁴⁸.

Kiraya ilişkin hükümler arasında irade sakatlığı nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersizliğinin ileri sürülmesine dair özel bir hüküm bulunmadığından kiracı tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 30-39. maddelerindeki hükümler uyarınca irade sakatlığının ileri sürülmesi gerekmektedir⁴⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca yanılma, aldatma ve korkutma ile iradesi sakat olan kiracının iptal edebilme hakkı düzelebilir hükümsüzlük anlamında bir iptal hakkı olarak açıklanabilir⁵⁰. İradesi sakat olan

⁴⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 359; YALMAN, s. 13.

⁴⁵ UYGUR, s. 1847; TANDOĞAN, s. 195.

⁴⁶ UYGUR, s. 1847.

⁴⁷ TANDOĞAN, s. 196-197; YALMAN, s. 17; BURCUOĞLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 316.

⁴⁸ BURCUOĞLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 316; YALMAN, s. 17; DOĞAN, s. 174.

⁴⁹ YALMAN, s. 17; DOĞAN, s. 174.

⁵⁰ HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2010, s. 167. Doktrinde iptal edilebilirliğin “düzelebilir hükümsüzlük” ve “bozulabilir geçerlilik” anlamında kullanıldığına dair Bkz.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip v.d., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, İstanbul, 2008, s. 586-587. Doktrinde iptal edilebilirliğin “bozulabilir geçerlilik” anlamında

kiracı yanılma ve aldatma hallerinde, yanılmanın ve aldatmanın öğrenildiği andan, korkutma halinde korkutmanın etkisinden kurtulduğu andan itibaren bir yıllık süre içerisinde iptal beyanını ileri sürebilir. İradesi sakat olan kiracı bu süre içerisinde iptal beyanını ileri sürer ise sözleşme ilişkisi kesin hükümsüz olur. Kiracı, kendisine tanınan bir yıllık süre içerisinde iptal beyanını ileri sürmez ya da icazet verir ise, söz konusu iptal hakkının kullanılabilmesine imkan yoktur. İptal hakkı yenilik doğuran bir haktır ve iradesi sakatlanan tarafından karşı tarafa yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır.

3. TAHLİYE TAAHHÜDÜNDE BEYAZA İMZA

Kira sözleşmesi kurulmadan ya da kira sözleşmesi kurulurken verilen tahliye taahhütlerinin geçerli olmadığını yukarıda “Tahliye Taahhüdünün Kiralananın Teslim Edilmesinden Sonra Verilmesi” başlığı altında ayrıntılı olarak incelemiştik. Bu nevideki tahliye taahhütleri Türk Borçlar Kanunu’nun 352/1 maddesi gereğince batıldır. Bununla birlikte uygulamada kiraya verenler tarafından kira sözleşmesi kurulmadan ya da kira sözleşmesi ile birlikte tanzim ve tahliye tarihi açık şekilde düzenlenen yazılı tahliye taahhütlerinin sonradan kiraya veren tarafından açık kısımlarının doldurulmak suretiyle geçerli bir tahliye taahhüdüne dönüştürüldüğüne dair iddialar ile sıkça karşılaşılmaktadır.

Yargıtay uygulamasında, beyaza imza durumunda kiracı, açığa attığı imzanın sonuçlarına katlanmak zorundadır⁵¹. Bir başka ifade ile tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi kurulmadan ya da sözleşmenin kurulması aşamasında tanzim ve tahliye tarihleri belirtilmeden kiraya verene verildiği ve taraflar ara-

kullanıldığına dair Bkz.: EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 318-320.

⁵¹ “...Dosya içerisinde bulunan 1.9.1990 ve 1.10.1990 tanzim tarihli tahliye taahhünamele-
rindeki imzaların davalıya ait olduğu tartışmasızdır. Nitekim davalı da yargılama sırasında
imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmiştir. Bütün sorun tahliye tarihiyle, tanzim tarihle-
rinin sonradan davacı tarafından taahhünameye yazılıp yazılmadığı hususunun tartışılma-
sına ilişkindir. Kiralananın tahliye edileceği tarih her iki taahhüname de 31.12.1990 olarak
yazılıdır. Tanzim tarihi bölümü boş olarak bırakılıp davacıya verildiği kabul edilse bile ki-
racı bu şekildeki davranışının sonucuna katlanmak zorundadır. Bu bakımdan gerek tanzim
tarihinin gerekse taahhünamelelerdeki boş yerlerin sonradan doldurulmuş olmasının sonuca
bir etkisi bulunmamaktadır...” Yargıtay HGK 01/07/1992 tarih 6-357 E./ 422 K. sayılı kararı
(Meşe İçtihat Programı).

sındaki anlaşmaya aykırı olarak kiraya veren tarafından sonradan doldurulduğunun kiracı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulamasına göre, kiracı tarafından belgenin ortak amaç dışında doldurulduğu iddiasının usulüne uygun delillerle ispat edilmesi gerekmektedir⁵². Buna karşılık GÜMÜŞ⁵³, somut olayda tahliye taahhüdünün kira sözleşmesinden önce ya da kira sözleşmesi akdedilirken alındığı hususunun her türlü delil ile ispat edilebileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşün gerekçesi ise kiracının serbest iradesi olmaksızın tahliye taahhüdünde bulunduğu iddiası, kişilik hakkının ihlalinin ispatı olduğu için senetle ispat kuralının uygulanamayacağıdır.

Yargıtay uygulamasında tahliye taahhüdünün geçerliliği için yazılı tahliye taahhüdünde tanzim tarihinin bulunması zorunlu değildir⁵⁴. Kira sözleşmesi yapılırken üzerinde tanzim ve tahliye tarihi taşımayan ya da ileri tarihli tanzim ve tahliye tarihi taşıyan kira sözleşmesinden müstakil bir yazılı tahliye taahhüdü, kiralayan tarafından kiracıdan alınmış ise bu durumda kiracı, söz konusu

⁵² “Tahliye taahhüdü altındaki imzanın davalıya ait olduğu anlaşıldığına göre taahhütteki tanzim ve tahliye tarihlerinin sonradan davalı rızası hilafında doldurulduğu davalı tarafça yazılı bir belge (kesin delil) ile kanıtlanması gerekmektedir. Davalı, taahhütteki tanzim ve tahliye tarihlerinin sonradan davalı rızası hilafında doldurulduğuna ilişkin yazılı belge sunamamıştır.” Yargıtay 6. H.D. 06/05/2014 tarih 13547 E. 5798 K. sayılı kararı (UYAP).

⁵³ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 329. Benzer yöndeki bir Yargıtay kararı: “...Tahliye taahhütnamesinin ilk kira sözleşmesi ile birlikte verildiği iddiası, tahliye taahhüdünün serbest irade mahsulü olmadığı, yani ikrah ile verildiği iddiasını da kapsar. İkrah iddiasının HUMK.nun 293/5 (HMK.203/ç) maddesi gereğince tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Mahkemece, davacı kiracının delil listesinde yazılı delillerinin toplanması, tanıklarının yöntemine uygun olarak çağrılıp dinlenmesi, gerekmesi halinde bundan sonra davalıya yeminin eda ettirilmesi ve hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde, verilen taahhütname kiralananın kiralama amacına aykırı olduğu şeklinde, hukuksal olmayan gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 6. H.D. 12/06/2012 tarih 5461 E./ 8809 K. sayılı kararı (UYAP).

⁵⁴ “... Davaya ve takibe konu taahhütname tanzim tarihi bulunmamaktadır. Tanzim tarihinin olmaması taahhüdü geçersiz kılmaz. Taahhütname içeriğine göre, davalı kiracı kiralananın kiracı olarak oturduğundan söz ederek kiralananı 1.11.2006 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt etmiştir. Bu durumda taahhüdün kira sözleşmesi düzenlendikten sonra kiralananın oturulurken verildiğinin kabulü gerekir. Takip süresinde yapıldığına göre geçerli olan yazılı tahliye taahhüdü gereğince kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olmuştur...” Yargıtay 6. H.D. 28/04/2008 tarih 3786 E./ 5313 K. sayılı kararı (UYAP). Aksi görüş için Bkz.: GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 330.: Kiracı ile kiraya veren arasında düzenlenen ve tanzim tarihi içermeyen yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi kurulmadan önce ya da kurulurken alındığı hususu her türlü delil ile ispat edilebilir.

yazılı tahliye taahhüdünün ileride aleyhine sonuç doğurmaması için, kiraya verene derhal noter aracılığıyla protesto çekmesi ve bazı hallerde ise taahhüdün hükümsüzlüğünün tespiti için dava açması gerekmektedir⁵⁵.

III. TAHLİYE TAAHHÜDÜNE DAYANILARAK KİRALACININ KİRALANANDAN TAHLİYE EDİLMESİ İÇİN BAŞVURULACAK YOLLAR

Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesi uyarınca geçerli bir yazılı tahliye taahhüdüne rağmen taahhüt edilen tarihte kiracı tarafından taşınmaz boşaltılmamış ise "...kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir". Madde hükmü gereğince kira sözleşmesi konusunun kiracı tarafından taahhüt edilen tarihte boşaltılmaması halinde kiraya verene seçimlik bir hak tanınmıştır. Buna göre kiraya veren kiracı aleyhine icra takibine başlayabileceği gibi dava açma yolunu da tercih edebilecektir.

1. İCRA TAKİBİNE BAŞLANMASI

Kiracı tarafından geçerli bir tahliye taahhüdü gereğince taahhüt edilen tarihte taşınmazın boşaltılmaması halinde icra yolu tercih edilir ise kiraya verenin, taahhüt edilen tarihten itibaren 1 ay içerisinde kiracı aleyhine icra takibine başlaması gerekmektedir.

İİK'nın 272. maddesi gereğince icra dairesi tarafından kiracıya taşınmazın 15 gün içerisinde tahliye ve teslimine ilişkin bir ödeme emri düzenlenecektir. İcra dairesi tarafından kiracıya gönderilen ödeme emrine karşı, kiracı tarafından 7 gün içerisinde itiraz edilebilir. Kiracı tarafından ödeme emrine itiraz edilir ise alacaklı kiraya veren tarafından icra hukuk mahkemesinde itirazın kaldırılması talep edilebileceği gibi genel mahkemelerde tahliye taahhüdüne istinaden tahliye davası da açılabilir. Kiracı tarafından süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edilmez ya da itiraz reddedilir ise taşınmaz müddetin sonunda zorla tahliye edilerek kiraya verene teslim edilir.

⁵⁵ TANDOĞAN, s. 198; FEYZİOĞLU, s. 688.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir⁵⁶. Tahliye taahhüdünün adi şekilde mi yoksa resmi şekilde mi yapılmış olduğu, kiraya veren tarafından kiracı aleyhine yapılan icra takibinde, kiracının ödeme emrine itiraz etmesi halinde izlenecek yol bakımından önemlidir. Tahliye taahhüdü resmi şekilde yapılmış ya da adi yazılı şekilde yapılmış tahliye taahhüdündeki imza inkar edilmemiş ise kiraya veren İİK'nın 275/2 maddesi gereğince icra hukuk mahkemesinde itirazın kaldırılmasını talep edebilecektir. Buna karşılık kiracı tarafından adi tahliye taahhüdündeki imza inkar edilmiş ise kiraya veren tarafından ancak sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açılabilir⁵⁷.

2. DAVA AÇILMASI

Kiracı tarafından geçerli bir tahliye taahhüdüne istinaden taahhüt edilen tarihte taşınmazın boşaltılmaması halinde kiraya veren dava açılması yolunu tercih edecek olur ise taahhüt edilen tarihten itibaren 1 ay içerisinde sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açması gerekmektedir.

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da yazılı tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye davasının hangi tarihten başlayarak açılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Öğreti ve uygulamada ise İİK'nın 272. maddesine kıyasen bir çözüm bulunmuştu. Buna göre 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde kiracının taahhüt edilen tarihte taşınmazı boşaltmaması halinde kiraya veren taahhüdün geldiği tarihten itibaren 1 ay içerisinde İİK'nın 272. maddesine kıyasen 1 ay içerisinde dava açması gerekmektedir. Kiraya veren tarafından İİK'nın 272. maddesi gereğince kiracı hakkında dava açılmadan icra takibi yapılmış ve kiracı tarafından tahliye taahhüdündeki imzanın inkarı yoluna gidilmiş ise icranın 1 aylık süre içerisinde yapılmış olması nedeniyle davanın da artık 1 aylık süre içerisinde açılması şartı aranmamaktaydı⁵⁸.

⁵⁶ Bkz.: yuk. a. Tahliye Taahhüdünün Yazılı Şekilde Yapılmış Olması.

⁵⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 357; TANDOĞAN, s. 198; FEYZİOĞLU, s. 682 vd; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 309; DOĞAN, s. 171.

⁵⁸ FEYZİOĞLU, s. 691; TANDOĞAN, s. 199; YALMAN, s. 21. "...davacı tarafından 30.1.2007 tarihinde başlatılan icra takibine dayanak 1.1.2006 tanzim tarihli tahliye taahhüt-

Yargıtay'ın ve doktrinin kabul ettiği bu uygulama kanun koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 352. ve 353. maddelerinde dikkate alınmış, getirilen hükümler icra takibinin yanı sıra ihtarı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁵⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 353. maddesine göre “Kiraya veren, en geç davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır”. Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesi gereğince kiracı tarafından taahhüt edilen tarihte taşınmazın boşaltılmaması halinde kiraya veren taahhüt edilen tarihten itibaren 1 aylık süre içerisinde dava açabilecektir. Bununla birlikte kiraya veren kiracı hakkında taahhüt edilen tarihten itibaren 1 aylık süre içerisinde icra takibinde bulunmuş ve kiracı tarafından imza inkarında bulunmuş ise Türk Borçlar Kanunu'nun 353. maddesi gereğince kiraya veren tarafından yapılan icra takibi, yazılı bildirim niteliğinde olduğundan kiraya verenin dava açma süresinin bir kira yılı uzayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 353. maddesi gereğince kiraya verenin 1 aylık süre içerisinde kiracı hakkında yaptığı icra takibinin yanı sıra kiraya veren tarafından 1 aylık süre içerisinde yazılı olarak bildirimde bulunulması halinde de kiraya verenin dava açma süresi bir kira yılı uzayacaktır⁶⁰.

3. KİRALANANIN TAHLİYESİNİ İSTEYEBİLECEK KİŞİLER VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Kıralananın tahliyesini talep etme hakkı kiraya verene aittir⁶¹. Kiraya veren

namesinde 31 Aralık 2006 tarih tahliye tarihi olarak belirlenmiştir. İcra takibi taahhüt edilen tarihten itibaren 1 aylık süre içinde 30.1.2007 tarihinde başlamıştır. İcra başvuru süreyi keseceğinden bir ayla bağlı kalmaksızın dönem sonuna kadar dava açılabilir. Bu durumda 10.4.2007 tarihinde açılan dava süresindedir...” Yargıtay 6. H.D. 12/06/2008 tarih 6011 E./7613 K. sayılı kararı (UYAP).

⁵⁹ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 330.

⁶⁰ TBK md. 353'de yer alan düzenlemeye yönelik eleştiriler için Bkz.: GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 322.

⁶¹ “...Hükme esas alınan 02.04.2010 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi ile dava konusu çiftlik evinin de davalı kiracıya kiralandığı konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinde kiralayan olmak için malik olmak gerekmez. Davacının taşınmazın mülkiyetini kaybetmiş olması ve malik sıfatının kalmamış olması kira sözleşmesine dayanarak dava açmasına engel değildir. Bu durumda, Mahkemece, çiftlik evine ilişkin olarak da bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile çiftlik evi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi doğru olmadığından kararın bozulması gerek-

olmayan malik tarafından kiralananın tahliyesi talep edilemez⁶². Kira sözleşmesi konusu taşınmazın üçüncü bir kişiye devri halinde taşınmazın mülkiyetini edinen üçüncü kişi kiraya verenin cüz'î halefi olduğu için, önceki kiraya veren ile kiracı arasında kararlaştırılan tahliye taahhüdüne istinaden kiracının tahliyesini talep edebilecektir⁶³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 322. maddesi gereğince kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir. Kiracı tarafından alt kira sözleşmesi ile taşınmazın üçüncü bir kişiye kiralınması halinde asıl kiraya veren tarafından ancak asıl kiracıya karşı tahliye taahhüdüne istinaden taşınmazın tahliyesi talep edilebilecektir⁶⁴. Bununla birlikte geçmişe etkili olarak kira ilişkisinin devri halinde ise kiraya veren tarafından eski kiracı tarafından verilen tahliye taahhüdüne istinaden yeni kiracının tahliyesi talep edilebilecektir⁶⁵.

Birden fazla kiraya veren tarafından kiracı ile kira sözleşmesi yapılmışsa, kiraya verenler arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan tüm kiraya verenlerin birlikte dava açması gerekecektir.

Kiracı ile kiraya veren arasında geçerli bir şekilde tahliye taahhüdüne dair anlaşma yapıldıktan sonra kiraya verenin vefatı halinde, mirasçılar ile muris kiraya veren arasında külli halefiyet ilişkisi bulunduğundan mirasçılar tarafından kiracının tahliyesi talep edilebilecektir⁶⁶. Mirasçılar arasında elbirliği ile

miştir.” Yargıtay 6. H.D. 01/07/2014 tarih 5609 E./ 8764 K. sayılı kararı (UYAP).
⁶² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 359; BURCUOĞLU, Kiracının Tahliye Edilmesi, s. 322; UYGUR, s. 1848; DOĞAN, s. 186.
⁶³ UYGUR, s. 1848; DOĞAN, s. 186.
⁶⁴ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 327.
⁶⁵ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 327.
⁶⁶ “...Taahhüt nedenine dayalı tahliye davasının mutlaka kiraya veren tarafından açılması gerekir. Kiraya veren durumunda olmayan malikin dava hakkı yoktur. Ancak, yeni malik önceki malikin ve kiraya verenin halefi olarak eski malik zamanında verilmiş taahhüde dayanarak dava açabilir. Takipte dayanılan ve karara esas alınan kira sözleşmesini miras bırakan ... kiralayan olarak imzalamıştır. Tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye davası ancak kiraya veren tarafından, ölümü halinde de mirasçıları tarafından açılabilir. ... 07.06.2012 tarihinde ölmüş, geriye mirasçı olarak davacıları bırakmıştır. Bu durumda kiraya verenin mirasçıları olan davacıların kiraya veren zamanında verilen tahliye taahhüdüne dayanarak takip yapmasında ve dava açmasında bir usulsüzlük yoktur. Mahkemece işin esasını incelenerek bir karar verilmesi

mülkiyet söz konusu olduğu için mirasçılarının birlikte dava açması gerekecektir⁶⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesi gereğince öngörülen 1 aylık süre içerisinde kiraya veren tarafından kiracının tahliyesi için icra takibi yapılmaz ya da tahliye davası açılmaz ise kiraya verenin kiralananın tahliyesi için yasal yollara başvurma hakkı düşmüş olacaktır⁶⁸. Bir başka ifade ile kanun koyucu tarafından öngörülen süre hak düşürücü bir süre olup, hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerekmektedir⁶⁹.

SONUÇ

6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen tahliye sebepleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi" başlığı altında kaleme alınmıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralarının da kira sözleşmesi, kiraya verenden kaynaklanan tahliye sebepleri ve kiracıdan

gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır." Yargıtay 6. H.D. 09/07/2014 tarih 7363 E./ 9192 K. sayılı kararı (UYAP); Kira sözleşmesinin akdi ve yasal yollarla kiralayandan üçüncü bir kişiye devri durumunda önceki kiracı ile kiraya veren arasındaki yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak kiracının tahliyesinin talep edilebilmesine dair görüş için Bkz.: GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 326-327.

⁶⁷ "Takipte dayanılan ve karara esas alınan kira sözleşmesini dava dışı ... kiralayan olarak imzalamıştır. Tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye davası ancak kiraya veren tarafından, ölümü halinde de mirasçıları tarafından açılabilir. ... 11/01/2012 tarihinde ölmüş, geriye Sermin, Nermin, Serpil ve Ergün'ü mirasçı olarak bırakmıştır. Bu durumda kiraya verenin mirasçıları arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Takip tek başına davacı Serpil tarafından başlatılmış olduğundan, bu eksiklik yargılama aşamasında giderilemez. Bu nedenle mahkemece icra takibinin mecburi dava arkadaşlarının hepsi tarafından başlatılmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 6. H.D. 23/01/2014 tarih 16891 E./ 751 K. sayılı kararı (UYAP).

⁶⁸ İPEK, s. 86; YALMAN, 21; YAVUZ, Borçlar Hukuku, s. 309; "...Taahhüde dayanan tahliye davasının taahhüt edilen tarihi izleyen bir ay içinde açılması veya bu süre içinde icra takibi yapılmış olması zorunludur. Daha önce kiracıya bildirilen tahliye iradesinin süreyi koruma niteliği olmadığından böyle bir irade açıklamasının hukuki değeri yoktur. İcra takibi süreyi koruyacağından takip halinde bir aydan sonra da dava açılabilir. Dava süresinde açıldığından o ayın kirasının ihtirazı kayıtlı alınması önemli değildir. Bu cihet kamu düzenine ilişkin olduğu için davalı tarafça ileri sürülme şartı aranmaksızın mahkemece kendiliğinden nazara alınması gerekir. Olayımızda: 1.10.2011 tanzim tarihli tahliye taahhüdünde kiralananın 1.11.2011 tarihinde tahliye edileceği taahhüt edilmiştir. Dava bir aylık süre geçtikten sonra 13.1.2012 tarihinde açıldığından, süresinde olmayan davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi doğru değildir..." Yargıtay 6. H.D. 24/01/2013 tarih 17285 E./ 887 K. sayılı kararı (UYAP).

⁶⁹ UYGUR, s. 1847.

kaynaklanan tahliye sebepleri nedeniyle sona erebilir. Kiracıdan kaynaklanan tahliye sebepleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi halidir.

Yazılı şekilde yapılan tahliye taahhüdü, kiracı ile kiraya veren arasında kurulan bir sözleşmedir. Tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlamaması halinde tasarruf işlemi yapabilmek için gerçekleştirilen borç doğurucu bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz. Zira yazılı tahliye taahhüdü, kiraya verene, kiracı tarafından taşınmazın boşaltılmasının üstlenildiği günden itibaren 1 ay içerisinde kira sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlamak için icraya başvurmak ya da dava açmak hakkını vermektedir. Bir başka ifadeyle yazılı tahliye taahhüdü taşınmazın boşaltılacağı gün kira sözleşmesinin sona ermesine neden olmamakta, kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirebilmesi için imkan tanımaktadır. Kiraya verenin taşınmazın tahliye edilmemesi halinde önünde seçimlik iki hakkı vardır. Buna göre kiraya veren ya tahliye için icraya başvuracak ya da dava açacaktır. Tahliye taahhüdünde kiralananın boşaltılacağı bildirilen gün kira süresinin sonuna gelmişse, kiracı tarafından verilen yazılı tahliye taahhüdü kiraya verenin kabulüne gerek olmaksızın hüküm ifade edecektir. Tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlaması halinde tahliye taahhüdünün hukuki mahiyetinin kiracıya kira sözleşmesini sona erdirmeye yetkisi veren yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Tahliye taahhüdünün kiracıdan kaynaklanan bir tahliye sebebi olarak kabul edilebilmesi için taahhüdün bazı şartları taşınması gerekmektedir. Tahliye taahhüdünün kiracı ya da yetkili temsilcisi vasıtasıyla yazılı şekilde yapılmış olması, tahliye taahhüdünde tahliye tarihinin belirtilmiş olması, tahliye taahhüdünün kiralananın teslim edilmesinden sonra verilmesi ve tahliye taahhüdünün serbest irade ile verilmesi yazılı tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları olarak sıralanabilir.

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde düzenlenen yazılı tahliye taahhüdü, 6098 sayılı

Türk Borçlar Kanunu'nun 352/1. maddesinde kanun koyucu tarafından yeniden kaleme alınmıştır. Kanun koyucu, doktrindeki eleştirileri ve uygulamadaki benimsemeleri gözeterek kiralananın teslim edilmesinden sonra yazılı olarak ve belirli bir tarihi içerecek şekilde tahliye taahhüdünün verilmesi gerektiği şeklinde bir düzenleme yoluna gitmiştir. Zira 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'daki düzenlemede tahliye taahhüdünün yazılı olması şartı yer almakla birlikte taahhüdün verilme zamanı ve belirli bir tarih içerecek şekilde verilmesine dair şartlara yer verilmemişti. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 6570 sayılı Kanun'dan farklı olarak tahliye davasının 1 aylık süre içerisinde açılabilmesine dair açık bir hükme yer verilmiştir.

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, kiracıyı korumayı amaçlamaktadır. 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda doktrindeki eleştiriler ve uygulamadaki benimsemeler gözetilerek 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeden daha kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiş olması, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un amacı ile uyumlu olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin kiracıları korumaya hizmet ettiğini söylemek mümkündür.



KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012.

ARAL, Fahrettin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012.

BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, 1993. (Kiracının Tahliye Edilmesi)

BURCUOĞLU, Haluk, "6570 S. GKHK'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması", İBD, Cilt 58, 1984, Sayı 10-11-12. (GKHK)

DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara, 2011.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012. (Kira Sözleşmesi)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2013. (Borçlar Hukuku)

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2010.

İPEK, Eyüp, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", TBBD, 2012, Sayı 102.

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, İkinci Tıpkı Basım, Ankara, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, v.d., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, İstanbul, 2008.

SVIT, Kommentar, Da Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Afl. Zürich Basel, Genf, 2008.

ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul, 2004.

TAHMAZ, M. Sabri, “Kira ve İcra Hukukunda Yazılı Tahliye Taahhüdü”, İBD, 1992, Sayı 7-9.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, İstanbul, 1989.

ULUÇAY, Aslı, 6570 Sayılı Kanuna Tabi Taşınmazlar Açısından Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 2012.

WEBER, Roger, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht 1 Art. 1-529 OR, 4. Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt, 2007.

YALMAN, Süleyman, “Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Tahhüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, 2005, Sayı 2.

YAVUZ, Cevdet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2012. (Borçlar Hukuku)

YAVUZ, Nihat, Türk Kira Hukuku, Ankara 2003.

ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2013.

TÜRK CEZA KANUNUNDA TEKERRÜR VE YARGITAY UYGULAMASI

Recidivism and Supreme Court's Decisions

Dr. Sacit YILMAZ*

ÖZET

Suç ve suçluyla mücadelede ceza kanunun önemli araçlarından birisi olan teker-rür, TCK 58. maddede yer almaktadır. 765 sayılı TCK 81 vd. maddelerinde yer alan tekerrürden çok farklı bir anlayışı ve uygulamayı benimseyen yeni ceza kanununu, eski ceza yasasında kabul edilen tekerrür halinde cezayı artıran sistemi terk etmiş ve sanığın koşullu salıverme süresini kısaltarak cezaevinde daha fazla kalmasını sağla-yacak sisteme geçmiştir. Bu ve diğer farklılıklar, tekerrürü sürekli gündemde tutmuş, Yargıtay kararlarıyla da sürekli bir değişim içerisinde olmuştur. Makale içeriğinde bu konular detaylandırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tekerrür, ceza, suçla mücadele, Yargıtay.

ABSTRACT

Recidivism that is one of the important methods of criminal code on fighting the crime and criminal, locates in the TCK 58. The New criminal code apart from 765 numbered TCK 81, leaves the increase of punishment in case of recidivism and decre-ases the time of conditional release of the defendant to make him stay more in jail. This type of differences, make recidivism always stay on journal and always be in a change of Supreme Court's decisions. In this article these issues are elaborated.

Key Words: Recidivism, punishment, fighting crime, Supreme Court.

◆◆◆◆

A. GENEL OLARAK

Tekerrür konusu 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabın-daki Genel Hükümler Bölümünün içerisindeki Üçüncü Kısımındaki Yaptırımlar başlığı altında, İkinci Bölümdeki Güvenlik Tedbirleri Bölümü içerisinde 58.

* Dr. Yargıtay Savcısı, sacit73@gmail.com

Maddede düzenlenmiştir. Sonuçları bakımından hükümlüler ile ilgili aleyhe sonuçlar doğurması bakımından ve ceza siyasetinden beklenen yararları temin etmesine yardımcı olması bakımından tekerrür konusu önemlidir. Bu önemli konuyu yeniden gündeme taşımak ve özellikle uygulamacılara yardımcı olmak bakımından bu makale çalışması yapılmıştır.

Tekerrür konusu işlenirken öncelikle tekerrür kavramı ve tekerrüre ilişkin kabul edilen sistemlere değinilecek, sonrasında 5237 sayılı TCK kapsamında tekerrürün şartları, tekerrürün sonuçları, tekerrürün uygulanmayacağı mahkumiyetler ile bu konulara ilişkin Yargıtay uygulamaları belirtilecek ve konu sonuca bağlanacaktır.

B- KAVRAM VE SİSTEMLER

Türk Ceza Kanununun tekerrüre ilişkin 58. Maddesinin gerekçesinde tekerrürün tanımı yapılmaktadır. Buna göre tekerrür, “kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemede gösterdiği kararlılıkla toplum açısından tehlikeliliğini ifade etmektedir.” Gerekçede yer alan bu tanımın doktrin tarafından da genel kabul gördüğü söylenebilir.

“Tekerrür, bir kimsenin bir suçtan dolayı mahkum olup da, bu suçun cezasını tamamen çektikten veya bu ceza kanuni sebeplerden biriyle düştükten sonra muayyen bir müddet zarfında ikinci bir suç işlemesi halidir ve şahsa bağlı bir ağırlatıcı sebeptir.”¹

“Tekerrür, bir kimsenin bir suçtan dolayı kesin surette mahkum olup, kanunda öngörülen süreler içinde yeni bir suç işlemesidir.”²

“Ceza hukukunda tekerrür terimi ile, bir ceza mahkumiyetine uğradıktan sonra yeniden suç işleyen kimsenin durumu kastedilir ve bu konumdaki kimseye “mükerrir” denir. Mükerrir olmayana ise “ilk suçlu” adı verilir.”³

¹ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Ceza Hukuku Dersleri Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Y: 766, 1958, s.447

² İlhan Üzülmöz, Suçta Tekerrür, AÜEHFD, C.IV, S:1-2, 2000, s.298

³ Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, 2. Cilt, Ankara, 2009, s.1494. Benzer tanımlar için bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009, s.595; Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:2, Adalet

Bizce de gerekçedeki tanım yeterli ve doyurucudur. Tekrarlamak gerekirse, tekerrür ile daha önceden işlemiş olduğu bir suçta rağmen, hükümlü yeniden suç işlemektedir ve böylelikle suç işleme konusunda bir iyileşme göstermediği, cezanın ıslah amacının bu hükümlü üzerinde etkisini olmadığı ve bu nedenle ilk kez suç işleyen bir kişiye göre daha farklı bir uygulamaya tabi tutulması gerektiği anlaşılmalıdır.

Tekerrürün günümüz uygulamasına geçmeden önce kısa bir tarihçe vermek yararlı olacaktır. Çünkü tekerrürün ceza hukukunda yer alması sürecinde, tekerrüre ihtiyaç olmadığını savunan görüşler de ihmal edilmemelidir.

Ceza kanunlarında tekerrüre yer verilmemesini savunanlara göre, tekerrürün suçu önlediğine ve hükümlüyü ıslah ettiğine dair bilimsel kanıtlar bulunmamaktadır⁴. Ayrıca hükümlünün geçmiş sabıka durumu zaten mahkeme yargıcı tarafından dikkate alınmaktadır. Bu nedenle cezalar arasında alt ve üst sınırlar arasında yargıcın takdir hakkı bulunmaktadır. Hükümlünün geçmiş kayıtları bu nedenle göz önünde bulundurulurken, bir de tekerrür nedeniyle uygulama yapılması uygun değildir. Son olarak tekerrür, “ne bis in idem” (aynı fiil nedeniyle faile bir ceza verilmesi prensibi) aykırıdır. Daha önce işlemiş olduğu suçtan mahkum olan bir kişi cezasını çekmiş olmasına rağmen, ikinci işlemiş olduğu suçta ilk suçun bir kez daha dikkate alınması, kişiye aynı eylemden dolayı ikinci kez ceza vermek demektir⁵.

Ceza kanunlarında tekerrüre yer verilmesini savunan hukukçular ise, farklı

Yay, Ankara, 2010, s.1943; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2008, s.693; Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yay, Ankara, 2010, s.510; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009, s.541; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009, s.504; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay, Ankara, 2009, s.363; Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2010, 589; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yay, Ankara, 2008, No: 617, s. 397; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay, İstanbul, s.438; Çetin Arslan- Murat Kayaççiçek, Suçta Tekerrür, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s.35; Sadık Okyay, Tekerrürün Hukuki Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazarîyeler ve Tatbikata Tesirleri, AÜHF Dergisi, C:9, S:1, 1952, s.332; Faruk Erem, Tekerrür Hakkında Kanun Hükümlerinin Tetkiki, AÜHF Dergisi, C:2, S:1, 1944, s.191.

⁴ Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, age, s.400

⁵ Sadık Okyay, agm, s.333

argümanlarla bu görüşlerini ispatlama gayretine girmişlerdir. Tekerrürün ceza kanununda olması gerektiğini savunan hukukçuların en bilinen görüşü, cezaların yetersizliğine ilişkindir. Buna göre, işlediği bir suçtan dolayı mahkûm olan ve cezasını çeken bir kişi yeni bir suç işlerse, bu onun daha fazla suçlu sayılmasını gerektirmelidir. Zira daha önceden çektiği cezanın hatırası onu durdurmaya yetmemiştir. Böylece önceki suçtan dolayı çektiği cezanın yetersizliği, yeni bir suç işlemesiyle kanıtlanmıştır. Bu durumda hükümlünün sonraki suçtan dolayı alacağı ceza öncekiyle aynı olursa, ilk suçtan dolayı aldığı cezanın yetersiz kaldığı görüldüğünden, bir üçüncü suçun işlenebileceği düşünülmelidir. Oysa kanunda yer alan cezaların buna uymamaya eğilimi olanları vazgeçirecek nitelikte olması gereklidir. Bu anlamda ceza mükerrir açısından yetersiz kaldığı içindir ki, bir kez daha suç işlendiğinde ona verilen cezada ağırlaştırma yapılmalıdır. Bir nevi mükerrirdeki cezaya karşı olan hissizlik veya duyarsızlık bu şekilde çözülmeye çalışılmaktadır. Böylece tekerrür sonucunda ceza ağırlaştırılınca ilk defa suç işleyenler ile mükerrirlerin kanun karşısında aynı düzeye getirilmek amaçlanmaktadır⁶.

Tekerrür lehine görüş bildiren bir başka anlayışa göre, tekerrür, ceza miktarı ile değil, suçluluk derecesi ile ilgilidir. Mükerririn cezası, eskiden verilen ceza az geldiğinden değil daha tehlikeli bir suçlu olduğunu gösterdiği için artırılmaktadır⁷. Buna göre, ikinci defa suç işleyen kimse toplum için tehlikeli olan bir kişidir ve herhalde ilk defa suç işleyen kimseden farklı bir muameleye tabi tutulması lazımdır. Yapılacak en makul farklı muamelede, ikinci suçun cezasını artırmak, bu suretle uslanmamış kişiyi hem toplumdan daha uzun süre uzaklaştırmak, hem de uslanması için gerekli zamanı sağlamaktır⁸.

Tekerrür lehinde ve aleyhindeki görüşler detaylandırılabilir ancak makale konusu gereği bu kısa bilgilerle yetinmek yerinde olacaktır çünkü hukukumuzda tekerrür, çok eski tarihlerden itibaren kabul görmüştür. 765 sayılı TCK 81 vd. maddeleri haricinde, tekerrür ilk olarak mevzuatımızda 1267 tarihli Kanunu Cedit de karşımıza çıkmaktadır. 1267 tarihli Kanunu Cedit'de, bazı suçlar

⁶ Faruk Erem, agm, s.192

⁷ Faruk Erem, agm, s.192

⁸ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, age, s.451

hakkında tekerrürden dolayı cezanın artırılacağı kabul edilmişti. 1274 tarihli kanun ise sadece mükerrirler hakkında cezanın iki kat olarak hükmolunacağı belirtilmişti⁹.

Tekerrürün tarihsel sürecinden bahsederken tekerrür ile ilgili uluslar arası alanda kabul edilen sistemlerden de kısaca bahsetmek gerekir ki, bunlar gerçek/farazi tekerrür; süreli/süresiz tekerrür; ulusal/uluslar arası tekerrür; genel/özel tekerrür sistemleridir. Bu sistemleri inceledikten sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kabul ettiği sistemi de belirlemiş olacağız.

1- Gerçek Tekerrür-Farazi Tekerrür

Tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suçla ilişkin verilen mahkumiyetin çekilmiş olması koşulunun aranması hali gerçek tekerrürdür¹⁰. Mefruz tekerrürde ise cezanın infaz edilmiş olması koşulu aranmayıp daha önceden verilmiş bir mahkumiyet kararının varlığı yeterli sayılmıştır. Gerçek tekerrürü savunan görüşe göre, bir suçlunun suç işleme hususunda ahlaken düşük olduğunun belirlenebilmesi için önceki suçuna ait cezasını çektikten sonra yeniden suç işlemesi gerekir. Hükmolunan ve çektirilen cezaya rağmen suçlunun ıslah olmaması, yeniden suç işleyerek bunu göstermesi halinde ahlaken düşük bir seviyede olduğu anlaşılır. Cezasını çeken bir suçlu tekrar suç işlerse ancak o zaman cezanın amacının gerçekleşmediği ortaya çıkar ve fail hakkında verilecek ikinci ceza artırılabilir¹¹.

Mefruz tekerrürü savunan görüşe göre, cezaların suçluları uslandırdığı, yeni suçlar işlemesine engel olduğu kabul edilse bile bu husus ispatlanmış değildir. Suçluların uslanması, ıslah olması mutlak bir gerçek değil kanun koyucunun beslediği bir umuttur. Bu teori ispatlanmadığı gibi bunun akside tahakkuk etmiştir. Tekerrür sosyal bir olaydır, tekerrürün sosyal nedenleri ortadan kalkmadıkça önceki mahkumiyete ne ceza verilirse verilsin sonuç aynı olacaktır. İlk mahkumiyetinin cezasının ağırlığını tamamen hissetmiş bir kimse buna

⁹ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, age, s.456

¹⁰ Timur Demirbaş, age, s.598

¹¹ Yusuf Yaşar, Tekerrür Çeşitleri - TCK Sistemi, e-akademi Dergisi, Nisan 2006, S:50, Erişim Tarihi: 19/07/2014

rağmen toplumsal saiklerin etkisi altında yeniden suç işleyebilir¹². Bu nedenle cezanın infazını beklemeye gerek yoktur.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için Yargıtay tarafından cezanın infaz edilmesi aranmaktaydı. Yani eski ceza yasamız döneminde gerçek tekerrür sistemi kabul edilmişti. Esasen bu konuda doktrin ile Yargıtay aynı görüşü paylaşmamaktaydı¹³.

5237 sayılı TCY 58/1. Fıkrasında bu durum tartışmaları ortadan kaldıracak netlikte bir düzenlemeye gitmiştir ve tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için cezanın infaz edilmiş olmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla yeni ceza kanunumuzun mefruz tekerrürü kabul ettiği görülmektedir¹⁴. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁵.

2- Süreli Tekerrür-Süresiz Tekerrür

Süreli tekerrürden maksat, birinci suça ait cezanın çekilmesinden sonra belirli bir süre zarfında ikinci suçun işlenmesi şartıyla tekerrürün kabul edilmesi anlaşılır. Yasada belirlenmesi gereken süre geçtikten sonra ikinci suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanmaz.

Süresiz tekerrür ise, birinci suçun cezasının çekilmesinden sonra ne kadar zaman geçerse geçsin, ikinci suçun işlenmesi halinde tekerrürün mevcudiyetini anlatır¹⁶.

Süresiz tekerrürü savunan görüşe göre, bir defa suç işleyip cezasını çeken kişi, aradan ne kadar süre geçerse geçsin, yeni bir suç işlediği takdirde toplum

¹² Yusuf Yaşar, agm. Erişim Tarihi: 19/07/2014

¹³ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, age, s.459

¹⁴ Hamide Zafer, age, s.438

¹⁵ **Yrg.2.CD.09/07/2014, 2014/19622 Karar:** “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19/06/2012 tarihli, 2012/6-170 E. ve 2012/241 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK. nun 58. maddesi uyarınca kişinin mükerrir sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenmesinin yeterli olduğu, ilk suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce veya sonra işlenmesinin mükerrirlik açısından herhangi bir önemi bulunmadığı gözetilmeden, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçeyle sanık hakkında 5237 sayılı TCK. nun 58. maddesinin uygulanmaması” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/7/2014

¹⁶ Timur Demirbaş, age, s.598; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, age, s.452

bakımından tehlikeli bir kişilik olduğunu tekrar göstermektedir ve bu ahlaki çökmüşlük nedeniyle ikinci suçta ceza artırılmalıdır. Süreli tekerrür sistemini kabul eden görüşe göre ise, infaz edilen ceza bir kişinin hatırasında ve hafızasında bir süre etkisini sürdürür ve zamanla bu etki ortadan kaybolur. Nasıl ki bir hastalık iyileştikten sonra, tekrar aynı hastalığa yakalanılmasında, hastalığın nüksetmesinden değil, yeni bir hastalığın başlangıcı olarak kabul ediliyorsa, belli bir süre geçtikten sonra da artık tekerrür hükümleri uygulanmamalıdır¹⁷.

Bu açıklamalar ışığında ceza kanunumuz sistematığına bakıldığında, süreli tekerrürün kabul edildiği görülmektedir. Şöyle ki, 765 sayılı TCK sisteminde 5 ve 10 yıllık süreler kabul edilmişken, 5237 sayılı TCK döneminde bu süreler kısaltılmıştır. Aşağıda detaylı bir şekilde anlatılacağı üzere bu süreler 3 ve 5 yıl olarak belirlenmiştir.

3- Ulusal - Uluslararası tekerrür

Ulusal tekerrür sistemine göre tekerrüre esas olacak mahkeme kararlarının ancak ulusal mahkemelerce verilmiş olması gerekmektedir. Bu sistemde failin işlediği suçlar konusunda genel veya özel tekerrür ayırımı ikincil bir sorundur. Önemli olan mahkumiyet kararının ulusal mahkeme tarafından verilmesidir. Bu görüşü savunanlara göre, yabancı mahkemelerin kararlarının tekerrüre esas olarak kabul etmek yabancı ceza kanununun milli ülkede uygulanmasını kabul etmek anlamına gelir. Oysa ceza vermek, devletin egemenliği ile sıkı sıkıya bağlı bir durumdur¹⁸.

Buna karşılık uluslararası tekerrür sistemine göre, tekerrür hükümlerinin uygulanması konusunda önceki mahkumiyetin verildiği mahkemenin bulunduğu yer veya kararının menşei önemli değildir. Yabancı mahkemeler tarafından verilmiş mahkumiyet hükümleri ile yerli mahkemelerin verdiği mahkumiyet kararları arasında bir fark gözetilmeksizin tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. Bu sistemi savunanlara göre, suç artık globalleşmiştir ve uluslar arası tekerrürü kabul etmek günümüzde global suçlarla mücadelede katkı sağlayacaktır¹⁹.

¹⁷ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, age, s.453

¹⁸ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 1989, s. 156.

¹⁹ Ayhan Önder, age, s. 157.

Bu açıklamalar ışığında ceza kanunumuz sistemlerine bakacak olursak, kural olarak ulusal tekerrür sisteminin kabul edildiği görülmektedir. Gerek 765 sayılı TCK 87/4. fıkrasında, gerekse 5237 sayılı TCK 58/4. fıkrasında yabancı ülke mahkemelerinden verilen mahkumiyet hükümlerinin tekerrüre esas alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. 5237 sayılı yasada, 765 sayılı yasadaki farklı olarak istisna olarak kabul edilen suç sayısında artışa gidilmiştir. Buna göre yabancı ülke mahkemelerinin kasten adam öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti ile para veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarına ilişkin mahkumiyet hükümleri tekerrüre esas olacaktır.

4- Genel - Özel tekerrür

Bu bölümde üzerinde duracağımız son konu gerçek – özel tekerrür konusudur. Bu konuda eski ceza yasamız ile yeni ceza yasamız arasında farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, genel tekerrür ile kastedilen, tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki mahkumiyete konu suç ile sonradan işlenen suç arasında herhangi bir benzerlik veya ayniyet aranmasıdır²⁰. Failin önceden işlediği ve mahkum olduğu suç ile sonradan işlediği suç birbirinden farklı olabilir. Tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından suçların farklı olmasının bir önemi yoktur²¹. Genel tekerrürü savunan görüşlere göre, işlenen suçların türleri ne olursa olsun, bir kişi defalarca suçlar işlemekle, toplum için tehlike eden bir kişi olduğunu ortaya koymaktadır ve bu nedenle tedbir alınmalıdır²².

Özel tekerrürde ise, tekerrür hükümlerinin uygulanması için failin işlediği ikinci suç ile evvelki mahkumiyetine konu olan suç arasında benzerlik veya ayniyet aranmaktadır²³. Özel tekerrürü savunanlar, aynı tür suçları işleyen kişilerin tehlikeli suçlu olarak kabul edilebileceğini ve ancak bu kapsamdaki kişilerin cezalarının artırılması gerektiğini savunmaktadırlar²⁴.

Bu açıklamalar ışığında mülga 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK hüküm-

²⁰ Timur Demirbaş, age, s.598

²¹ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1953, s.488

²² Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, age, s.453

²³ Tahir Taner, age, s.488

²⁴ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, age, s.453

lerine bakıldığında şu tespit yapılır. 765 sayılı TCK'nun tekerrürü düzenleyen 81. maddesinin 1. fıkrası genel tekerrürü, 2. fıkrası ise özel tekerrürü kabul ederek karma bir sistemi kabul etmişti. Yasaya göre genel tekerrür ile özel tekerrürün birleşmesi halinde ise özel tekerrür hükümleri uygulanır ve özel tekerrür ile cezada daha fazla artırıma gidilirdi. Ancak 5237 sayılı TCK'nun tekerrürü düzenleyen 58. maddesinde genel tekerrür sistemi kabul edilmiş ve özel tekerrür hali ayrıca düzenlenmemiştir. Bu yönüyle her iki ceza yasamızda farklılık bulunmaktadır.

Bu bölümün sonunda tekerrürün hukuki niteliğine değinilecek olursa; TCK'nın sistematüğinde tekerrür, güvenlik tedbirlerine ayrılan bölümde yer almaktadır. Güvenlik tedbirleri, tehlikeli failer hakkında hükmolunan bir yaptırım türüdür. Ceza yerine veya cezayla birlikte uygulanabilir. Güvenlik tedbirinin kanunda öngörülmesi ve buna hâkim tarafından hükmedilmesi gerekmektedir. Nitekim TCK'nın "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi"ni düzenleyen 2 nci maddesinde, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı ve kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı ifade edilmiştir. Güvenlik tedbirleri cezadan farklı olarak failin kusuruyla değil, arz ettiği tehlikelilikle orantılıdır²⁵.

Tekerrüre ilişkin TCK 58. Maddenin gerekçesinde de failin tehlikeliliğinden bahsedilmektedir. Bunun bir sonucu olarak kanun, tekerrürü bir güvenlik tedbiri olarak kabul etmiş, tekerrüre cezayı artıran bir sonuç bağlamak yerine infazı uzatan bir nitelik vermiştir. Ayrıca mükerrer suçlular için cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması öngörülmüştür²⁶. Yargıtay ise, tekerrürün bir infaz rejimi kurumu olduğunu kabul etmekte ve kararlarında bu durumu gözetmektedir.²⁷

²⁵ Ayşe Nuhoglu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 9

²⁶ Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, age, s.590; İzzet Özgenç, age, s.692; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, age, s.542

²⁷ **Yrg.CGK.18/06/2013, 2013/328 Karar:** "Tekerrür, 765 sayılı TCK'da "cezanın artırımı nedeni" olarak öngörülmüş iken, yeni sistemde koşullu salıverilme süresini de etkileyecek şekilde bir "infaz rejimi kurumu" olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 58. maddesi uyarınca önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde sanık hakkında tekerrür hükümleri

C- TEKERRÜRÜN ŞARTLARI

Yeni Türk Ceza Kanununun 58. Maddesinde yazılı tekerrürün gerçekleşmesi için üç temel şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar önceden işlenmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyetin bulunması; yeni bir suç işlenmesi ve belirli süreler içerisinde ikinci suçun işlenmesi. Bu üç şartın varlığı halinde hükümlü hakkında tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. Şimdi bu şartları inceleyelim;

1) Önceden mahkum edilmiş olmak;

Tekerrür uygulamasında ilk şart, daha önceden bir ceza mahkumiyeti alınmış olması ve bu mahkumiyetin kesinleşmiş olmasıdır²⁸. Bunu açmak gerekirse ceza mahkumiyeti sayılmayan disiplin hapisleri, hapsen tazyikler gibi kararlar tekerrüre esas alınmaz²⁹. Ceza mahkumiyetinin kesinleşmiş olmasının

uygulanacaktır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun ilk hükmün kesinleşmesinden sonra işlenmesi yeterli olup, bu cezanın infaz edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki cezanın infaz edilmesi şartını aramadığı halde, infazdan sonra belirli bir sürenin geçmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağını hüküm altına almıştır. Buna göre beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise cezanın infazı tarihinden itibaren üç yıl geçmekle tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/07/2014

²⁸ **Yrg.2.CD.03/03/2014, 2014/5612 Karar:** “Tekerrüre esas alınan ilamın kesinleşme tarihinin suç tarihinden sonra olduğu ve sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 58/1-2. maddesindeki yasal koşulların oluşmadığı gözetilmeden, sanık hakkında verilen cezanın aynı Yasanın 58/7. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre infaz edilmesine ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 02/08/2014

Yrg.2.CD.16/04/2014, 2014/10556 Karar: “Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği gözetilmeden, sanığa ait adli sicil kaydında yer alan Antalya 17. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/12/2010 gün ve 2010/510 Esas - 2010/917 Karar sayılı ilamı henüz kesinleşmeden şimdiki suçun işlenmesi nedeniyle TCK’nın 58/1.maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeden başka tekerrüre esas mahkumiyeti de bulunmayan sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 03/08/2014

²⁹ **Yrg.7.CD.23/06/2014, 2014/12822 Karar:** “4926 sayılı Kanun uyarınca verilen tazmini nitelikteki para cezasının tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmeden, adli sicil kaydında tekerrüre esas olabilecek başka sabıkası da bulunmayan sanığa verilen cezanın yazılı şekilde mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 03/08/2014

dan³⁰ bahsedildi. Bilindiği üzere ceza mahkumiyeti iki şekilde kesinleşir. Mahkumiyet içeren karar süresinde temyiz edilmezse kesinleşir veya mahkumiyet kararı temyiz edilir ve Yargıtay ilgili ceza dairesinde onanırsa karar kesinleşir. Dolayısıyla bu şekilde bir ceza mahkumiyet kararı kesinleşmeden yeni bir suç işlenirse yine tekerrür hükümleri uygulanmaz.

Kesinleşen ceza mahkumiyetinin hapis cezası veya adli para cezası olmasının önemi yoktur. Adli para cezasında şöyle bir özellik vardır ki aşağıda daha detaylı anlatılacaktır. Eğer adli para cezası kesin nitelikte bir adli para cezasıysa, tekerrüre esas alınmaz. Bu nedenle sonuç adli para cezası mahkumiyetinin kesin nitelikte olmaması gereklidir ve buna dikkat edilmelidir.

Buna göre; 01.06.2005 – 06.10.2010 tarihine kadar, doğrudan hükümlenen veya hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen 2.000 TL. na kadar (Bu miktar dahil) adli para cezaları,

14.04.2011 tarihinden sonra doğrudan hükümlenen 3.000 TL.na kadar (Bu miktar dahil) adli para cezaları kesindir. Bu nedenle bu miktardaki sonuç adli para cezaları tekerrüre esas alınamazlar.

Ayrıca 5237 sayılı TCK.nın 50. Maddesinin 1. Fıkrasındaki para cezası dışındaki seçenek yaptırımlara ilişkin hükümlülükler tekerrüre esas olmazlar. Cezai nitelikte olmayıp, tedbir niteliğinde olan, örneğin TCK.nın 31/1-2, 32/1, 57/1 ve 191. Maddeleri gereğince verilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar nitelikleri itibariyle tekerrüre esas değildirler. TCK'nın 58 inci maddesinin 2 nci fıkrasında hapis veya adli para cezalarından bahsedilmesi dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin de tekerrüre esas alınması mümkün değildir³¹.

³⁰ Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 95; Nevzat Toroslu, age, s.364

³¹ **Yrg.2.CD.28/03/2013, 2013/6480 Karar:** “sanık hakkında belirlenen hapis cezasının 5237 sayılı TCK.nun 50/1-d. maddesinde belirtilen seçenek yaptırıma çevrildiği ve aynı Kanunun 50/5. maddesinde yer alan “uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” hükmü karşısında, sanığa verilen cezanın 5237 Sayılı TCK.nun 58. maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca mükerrerlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra denetimlik serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 04/08/2014

Kabahatler Kanununa göre verilen idari yaptırımlar da tekerrüre esas olmaz çünkü bu yaptırımlar, bir yargılama sonrası verilmiş ceza mahkumiyetleri olarak kabul edilmemektedirler. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlar tekerrüre esas olmazlar³². Bunun gibi önceki mahkûmiyetin ceza kararnamesiyle verilmesi durumunda da, bu mahkûmiyet tekerrüre esas alınmayacaktır³³. Ceza tertibine yer olmadığına dair kararlar tekerrüre esas teşkil etmez. Örneğin karşılıklı hakaret nedeniyle YTCK'nın 129. maddesi uyarınca verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen karar, tekerrüre esas alınmaz.

Burada değinilmesi gereken bir husus, kesinleşmiş ceza mahkumiyetinin infaz edilmesinin gerekmemesine ilişkindir. Eski ceza kanununda tekerrür uygulaması için eski mahkumiyetin infazı şarttı ve bu durum uygulamada bazı sorunları beraberinde getirmekteydi. Yeni Ceza Kanununu ile bu sorun artık ortadan kalkmıştır. Tekerrür için eski mahkumiyetin infazı şart değildir, kesinleşme yeterlidir. İnfaz durumu, her iki suç arasında geçmesi gereken sürenin belirlenmesi bakımından önemlidir ki, bu durum aşağıda açıklanacaktır.

Önceki hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olduğunda, kişi TCK'nın 51 inci maddesinde öngörülen denetim süresini olaysız geçirdiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılacağından, daha sonra tekerrür süresi içerisinde bir başka suç işlediğinde tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Kişi, hapis cezasının ertelenmesiyle ilgili denetim süresi içerisinde kişi bir başka suç işlerse, ertelenen ceza kısmen veya tamamen çektirilecektir (TCK m. 51/7). Bu durumda mükerir olan kişi hem ertelenen cezasını çekecektir hem de hakkında tekerrür hükümleri uygulanacaktır³⁴.

³² **Yrg.2.CD.20/03/2014, 2014/7731 Karar:** “Sanığın adli sicil kaydında yer alan ve tekerrüre esas alınan kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin olduğu, bu kararın kesinleşmiş mahkumiyet hükmü sayılmayacağından tekerrüre esas alınamayacağı, sanığın tekerrüre esas başka bir hükümlülük kaydının da bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 58/7. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 05/08/2014

³³ Uğur Balcıoğlu, Tekerrür, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Değerlendirme Toplantısı Sunumu, Ankara, 2013

³⁴ Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, age, s.546

Bu konuyla ilgili olarak ceza mahkumiyetine ilişkin farklı durumlar karşısında tekerrürün uygulanabilirliğine değinmekte yarar var. Şöyle ki;

Af bilindiği üzere genel ve özel af olarak ikiye ayrılır. Acaba tekerrüre esas alınan kesinleşmiş mahkumiyet hükmü affa uğramış ise, tekerrür hükümleri uygulanacak mıdır? TCK 65/1 md.sinde genel affa cezaların bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı bildirildiğinden ve bu durum tekerrürü de etkileyeceğinden, genel affa uğramış bir mahkumiyet, tekerrüre esas alınmamalıdır. Özel af ise, daha farklı bir düzenlemedir ve hükümlünün cezasına ilişkin iyileştirmeler getirmekte olup, mahkumiyet hükmünü ortadan kaldırmamaktadır (TCK 65/2). Mevcut kesinleşmiş mahkumiyet hükmü devam ettiğinden, özel affa uğramış mahkumiyet hükmünde tekerrür hükümleri uygulanmaya devam edecektir³⁵.

Önceki mahkûmiyetin verildiği eylemin suç olmaktan çıkarılması durumunda; mahkûmiyet hükmü tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar. Bu durumda da mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu suçtan dolayı verilen mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil etmez³⁶. Örneğin 05/07/2012 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa ile 5237 sayılı TCK.nın 142/1-f, 163 ve 168. Maddelerindeki yapılan değişiklik nedeniyle abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su ve doğal gaz'a karşı gerçekleştirilen hırsızlık suçlarına ilişkin hükümler lehe düzenlemeler nedeniyle tekerrüre esas olamayacaktır. Benzer uygulama 765 sayılı TCK 416/3, 418/2, 430. Maddeleri için de geçerlidir³⁷.

Şikâyetten Vazgeçme, TCK 73/4 maddesi uyarınca şikayete bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçilmesi kamu davasını düşürmektedir. Burada önemli olan hüküm verilinceye kadar şikayetten vazgeçilmesidir. Aksi takdirde

³⁵ Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, age, s.1948

³⁶ Özcan Özbey, Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.88, 2010, s.70

³⁷ **Yrg.6. CD.06/03/2013, 2013/4068 Karar:** “5237 sayılı Yasanın 58.maddesi gereği tekerrüre esas alınan ilamdaki 416/3, 418/2 ve 430/2. maddesindeki eylemlerin suç olmaktan çıkarıldığı ve sanığın sabıka kaydında yer alan Akhisar Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2003/971-2004/68 Esas ve Karar sayılı ilamında tekerrüre esas olmadığı anlaşılmalı hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 05/08/2014

vazgeçmenin hükme etkisi olmaz. Hükümün kesinleşmesine kadar vazgeçme nedeniyle kamu davasının (kararla veya ek kararla) düşürülmesine karar verildiği durumlarda, mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu karar teker-rüre esas olmaz³⁸.

Uzlaşma: CMK'nın 253 ve 254. Maddelerinde yazılı usule göre yapılan uzlaşma çalışmaları sonrasında taraflar arasında uzlaşma sağlandığı takdirde, kamu davası açılmadıysa takipsizlik; kamu davası açıldıysa düşme kararı verilmelidir. Bu durumda tekerrüre esas olabilecek bir ceza mahkumiyeti olmadı-ğından bu kararlar tekerrüre esas teşkil etmez³⁹.

Zamanaşımı: TCK 66 maddesi kapsamında dava zamaşımı gerçekleşti-ğinde, kamu davasının düşürülmesine karar verileceğinden, mahkûmiyet şartı-nın gerçekleşmemesi nedeniyle tekerrüre esas olmaz. TCK'nın 68. maddesin- de düzenlenen ceza zamaşımı ise bir infaz engelidir, mahkumiyet kararını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle ceza zamaşımının dolması tekerrüre engel değildir⁴⁰.

Ön Ödeme: Ceza kanununda az sayıda yer alan önödemeye tabi suçlarda, TCK 75. Maddedeki prosedür takip edilerek önödeme yapıldığı takdirde kamu davası açılmayacağından kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Kovuş- turma aşamasında ön ödeme önerisini yerine getirilirse, açılan kamu davası düşer (5275 sayılı Kanun m. 75). Bu durumda da mahkûmiyet şartı gerçekleş- mediğinden, bu karar tekerrüre esas teşkil etmez.

Düşme kararları da, tekerrüre esas alınamaz. Örneğin YTCK'nın 184. maddesi uyarınca imar kirliliğine neden olan kimse, aynı maddenin 5. fıkrası gereğince, ruhsatsız yada ruhsata aykırı yaptığı veya yaptırdığı binayı, imar planına veya ruhsata uygun hale getirirse, kamu davası düşer veya mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Yine YTCK'nın 230/5. maddesi uyarınca aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıran

³⁸ Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, age, s.1501; Timur Demir- baş, age, s.601

³⁹ Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, age, s.591

⁴⁰ Timur Demirbaş, age, s.601; Hakan Hakeri, age, s.505

kimseler, daha sonra medeni nikâh yaparlarsa, kamu davası ve hükmolunan ceza, bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Her iki hüküm de tekerrüre esas olmaz⁴¹.

2) Yeni bir suç işlenmesi

Tekerrür konusunda değinilmesi gereken ikinci şart, kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetinden sonra yeni bir suç işlemektir. İkinci işlenen suçun teşebbüs aşamasında kalmasının veya tamamlanmış olmasının bir önemi yoktur. Burada dikkat edilmesi gereken, ikinci suçtan dolayı yapılan yargılama sonrası mahkumiyet hükmü verilmesi olup, ikinci suçun işlendiği suç tarihi dikkate alınmalıdır⁴². İkinci suçtan verilecek sonuç hüküm, adli para cezası olmamalıdır⁴³. Çünkü tekerrür infaza ilişkin bir sonuç doğurduğundan ve hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi uzattığından, adli para cezasına mahkumiyetler doğası gereği tekerrüre uygun değildir⁴⁴.

İlk işlenen suç kasıtlı bir suç ise, sonraki işlenen suç da kasıtlı işlenebilen suç olmalıdır. İlk suç kasıtlı işlenen bir suç ise, sonraki suç taksirle işlendiği takdirde tekerrüre esas alınamaz. Yine ilk suç taksirle işlenmiş bir suç ise, tekerrürün uygulanabilmesi için ikinci işlenen suçun da taksirli suç olması gerekir ancak bu durum doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce de taksirli suçlar tekerrüre esas alınmamalıdır. Aşağıda bu konu detaylandırılacaktır.

3) Belirli süreler içerisinde yeni bir suç işlenmesi

⁴¹ Özcan Özbey, agm, s.74

⁴² **Yrg. 12.CD.17/04/2014, 2014/9858 Karar:** “Sanık hakkında verilen hapis cezasının TCK’nın 50/1-d maddesi gereği seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması karşısında, TCK’nın 58. maddesinin sadece hapis cezalarında öngörölmüş olduğu gözetilmeden, sanık hakkında TCK’nın 58. maddesi uyarınca tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 06/08/2014

⁴³ **Yrg.7.CD.14/01/2014, 2014/248 Karar:** “5237 sayılı TCK.nun 58 ve 5275 sayılı CGTİHK. nun 108. maddelerinde “mükerrirlerle özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri” uygulanmasına ilişkin düzenlemenin hapis cezasına özgü bulunduğu ve 5275 sayılı CGTİHK. nun adli para cezalarının infaz biçimini gösteren 106. maddesinde mükerrirlik ile ilgili bir düzenleme yer almadığı gözetilmeden, sanığa verilen adli para cezalarının infazında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 10/08/2014

⁴⁴ Karşı görüş için bkz. Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, age, s.592

Tekerrür konusunda aranan son şart, sürelerle ilgilidir. TCK'nın 58 inci maddesine göre, tekerrür sürelidir. Bu süre, önceden işlenen suçtan dolayı alınan mahkûmiyetin süresine göre değişir. İnfaz edilen ilk suçta beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl; Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçmesiyle tekerrür hükümleri uygulanamaz⁴⁵. Bu süreler mülga 765 sayılı TCK'da 5 ve 10 yıl olarak düzenlenmiş ve sürenin başlangıcında cezanın infazı şart olarak kabul edilmişti. 5237 sayılı TCK ile ilgili olarak söylenmelidir ki, sürelerin başlaması, ilk kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infazına bağlıdır. Eğer işlenen ilk suç sonrası kesinleşen mahkumiyet kararı infaz edilmemişse, süreler işlemez. Bu durum özellikle dikkatlerden kaçmamalıdır.

Cezanın infaz tarihi, para cezalarında cezanın tamamının veya son taksitin maliye veznesine yatırıldığı gün; hapis cezalarındaysa bihakkın tahliye tarihidir. Ayrıca hükümde, YTCK'nın 53/5. Maddesindeki gibi yasaklılık veya 53/6. maddesindeki gibi meslek veya sanatın yasaklanması veya ehliyetin geri alınmasına karar verilmiş olsa bile, bunlar cezanın infazından itibaren başlayacağından, bu yasaklılığın tamamlandığı tarihten itibaren değil, başladığı, başka bir deyişle infazın tamamlandığı tarihten anılan süre başlayacaktır. Hükümlü,

⁴⁵ **Yrg.2.CD.17/02/2014, 2014/3900 Karar:** “Sanık hakkında tekerrüre esas alınan İstanbul 7.Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/244-1312 sayılı ilamındaki erteli 8 aylık hapis cezanın 23.11.2005 tarihinde kesinleştiği, denetim süresine karar verilmediğinden 5237 sayılı Kanunun 51/3.maddesi uyarınca alt sınırdan 1 yıl olarak kabulü gerektiği, denetim süresi bitiminde ilamın infaz edilmiş sayıldığı 23.11.2006 tarihinden itibaren yargılamaya konu suçun suç tarihine kadar aynı Kanunun 58/2-b maddesi uyarınca 3 yıllık sürenin gerçekleştiği gözetilmeden sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 10/08/2014

Yrg.1.CD. 08/05/2013, 2013/3696 Karar: “Sanık hakkında tekerrüre esas alınan Adana 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 08/08/1995 tarih ve 1995/98-132 sayılı ilam ile verilen 12 yıl 8 ay 15 gün hapis cezasına ilişkin kararın, 29/12/1995 tarihinde kesinleştiğinden sonra, Adana 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14/07/2006 tarihli ek kararıyla uyarılama sonucu 8 yıl 4 ay hapis cezası olarak belirlendiği, dosyaya getirilen 27/01/2011 tarihli adli sicil kaydına göre ise bu ilamın yerine getirme tarihinin 20/06/2003 olarak belirtildiği anlaşılmakla, TCK.nun 58/2-a maddesi uyarınca cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 5 yıldan fazla süre geçtiğinden sanık hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacağı halde 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesi gereğince cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesine karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 10/08/2014

ilk kararda, hapis cezasıyla birlikte para cezasına da mahkûm olmuş ise, bu durumda, her iki cezanın infazından itibaren tekerrür süresi başlayacaktır. Sanığın eski hükümlülüğü, tutuklulukta geçirilerek infaz edilmiş ise bu durumda, tekerrür süresi, hükmün kesinleştiği tarihten başlayacaktır. Hapisten çevrilen para cezalarında da, para cezasının ödenmesi tarihi infaz tarihidir⁴⁶.

İlk işlenen suç nedeniyle verilen kesinleşmiş mahkumiyet hükmü ertelenmişse, bu durumda erteleme kararına bağlı olarak verilen denetim süresi dikkate alınmalıdır. TCK 51/8 md.si uyarınca denetim süresi yükümlülükler uygun geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılacağından, tekerrürün hesaplanmasında denetim süresinin bittiği tarih infaz tarihi esas alınmalı ve 3 yıllık süre denetim süresinin bitiminden itibaren başlatılmalıdır⁴⁷.

D- TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

Yukarıda yazılı şartlar gerçekleştikten sonra mahkeme kararında belirtilen tekerrür, hükümlü aleyhine çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Bunlar özel bir infaz rejiminin uygulanması, seçenek yaptırımlarda hapis cezasının seçilme zorunluluğu ve denetimli serbestliğe tabi tutulma zorunluluğu olarak sıralanabilir⁴⁸. Şimdi bunları daha detaylı inceleyelim;

1) Mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması

Mükerrir olmanın getirdiği en ağır sonuç mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi olmaktır. Mükerrirelere özgü infaz rejimi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CGTİHK) 108. Maddesinde açıklanmakta ve tanımlanmaktadır. Buna göre, tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı

⁴⁶ Özcan Özbey, agm, s.85

⁴⁷ **Yrg.2.CD.23/06/2014, 2014/17680 Karar:** “TCK’nun 58/2-b maddesine göre cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 3 yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla tekerrür hükümlerinin uygulamayacağı, sanık hakkında tekerrüre esas alınan Bakırköy 30. Asliye Ceza Mahkemesinin 2004/1 sayılı 09.04.2008 tarihinde kesinleşen 02.04.2008 tarihli ilamın adli sicil kaydındaki ilamlar içerisinde en ağır cezayı içermesi, ilama konu cezanın ertelenmiş olması ve TCK’nun 51/3. maddesi uyarınca erteli cezalarda en az 1 yıl süreyle denetim süresinin öngörülmesi nedeniyle tekerrüre esas alınan ilamın infaz edildiği tarihten itibaren 3 yıl sürenin geçmemiş olduğunun anlaşılması karşısında, tebliğnamenin bu konudaki bozma düşüncesine katılmamıştır”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 12/08/2014

⁴⁸ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 187

mahkûm olunan; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının, b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının, c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.

Mükerrir olmayan hükümlüler, CGTİHK 107. maddesine göre süreli hapis cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda geçirmeleri ve iyi halli olmaları halinde koşullu salıvermeden yararlanırken, mükerrir olan hükümlüler süreli hapis cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda geçirmek durumundadırlar. Bu durumun mükerrir hükümlü aleyhine sonuçlar doğurduğu açıktır. CGTİHK 108/2. fıkrada, bu düzenlemeye bir sınırlama getirilmekte ve “tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.” hükmüne yer verilmektedir. Bu durum örnek verilerek somutlaştırılabilir.

Hükümlünün ilk suçtan dolayı 2 ay hapis cezası ile cezalandırıldığını ve sonraki suçundan 3 yıl hapis cezası ile cezalandırıldığını ve tekerrürün şartlarının gerçekleştiğini kabul edelim. Tekerrür uygulanmasa idi, hükümlü cezasının 2/3’ünü cezaevinde çektiği takdirde koşulla salıverilme olanağına sahip olacaktı ve bu da 2 yıllık bir süreye denk gelecekti. Tekerrür söz konusu olduğu için bu durumda cezasının 3/4’ünü cezaevinde çekmek durumunda kalacaktır. Bu durumda 3 yıllık cezanın 3/4’ü olan 2 yıl 3 aylık sürenin cezaevinde geçirilmesi gereklidir ancak hükümlünün ilk suçtan almış olduğu ceza 2 ay olduğu için ve cezaevinde kalacağı süre 2 ayı aşamayacağından, hükümlünün tekerrür nedeniyle cezaevinde kalacağı süre 2 yıl 2 ay ile sınırlı kalacaktır.

Önceki suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmişe, CGTİK’nın 108. maddesinin 2 nci maddesinin uygulanmasında, önceki suça verilmiş olan adli para cezasının TCK’nın “Mahsup” başlıklı 63 üncü maddesine göre hapis cezasına çevrilmeli ve bir günü 100 TL. olarak hesaplanmalı ve mahsup edilecek miktar bu şekilde bulunmalıdır⁴⁹. Sanığın birden fazla tekerrüre esas hükümlülüğü bulunmasına karşın, daha hafif olanının tekerrüre esas alınması karşılığında temyiz bulunmaması halinde sanık lehine kazanılmış hak oluşturur. Aynı

⁴⁹ İzzet Özgenç, age, s.697; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, age, s.552

ilamda birden fazla hükümlülük bulunması halinde, en ağırının tekerrüre esas alınması gereklidir⁵⁰.

2) Seçenek yaptırımlarda hapis cezasının seçilme zorunluluğu

Bu sonuç TCK 58/3. Maddede açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki, “Tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.” Ceza kanununda ve bazı özel ceza kanunlarında, eylemin yaptırımı olarak hapis cezası ile adli para cezası seçenekli olarak belirlenmiş ve cezalar arasında seçim yapmayı hakim takdirine bırakmıştır. Bu tür bir yasal düzenlemede, eğer hükümlü mükerrer ise, artık hakim takdir hakkından bahsedilemeyecek ve hakim zorunlu olarak hapis cezasına hükmedecektir⁵¹.

5237 sayılı TCK’da seçimlik ceza içeren pek çok hüküm bulunmaktadır. Bunlar, TCK 86/2 (Kasten yaralama suçu), TCK 89/1 (Taksirle yaralama), TCK 98/1 (Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi), TCY 99/1 (Çocuk Düşürme), TCK 100 (Çocuk Düşürme), TCK 106/1 (Tehdit), TCK 116/2 (İşyeri dokunulmazlığını ihlal), TCK 117/1-2 (İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali), TCK 124/1 (Haberleşmenin engellenmesi), TCK 125/1 (Hakaret), TCK 130/1 (Kişinin Hatırasına Hakaret), TCK 133/2 (Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması), TCK 144/1 (Hırsızlıkta daha az cezayı gerektiren haller), TCK 151/1 (Mala zarar verme), TCK 153/2 (İba-

⁵⁰ **Yrg.2.CD. 03/12/2013, 2013/28490 Karar:** “275 sayılı Yasa’nın 108/2. maddesi gözetilerek, en ağır cezaya ilişkin hükümlülüğün mükerrirliğe esas alınması gerekirken, sanığın adli sicil kaydındaki birden fazla ilamın 5237 sayılı TCK’nın 58 maddesi uyarınca tekerrüre esas alınması nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 12/08/2014

⁵¹ **Yrg.3.CD. 31/03/2014, 2014/13089 Karar:** “Tekerrüre esas mahkûmiyeti bulunan sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 58/3 ve 86/2.maddeleri uyarınca hapis cezasına hükmedilmesi ve hükmedilecek hapis cezasının 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre infaz edilmesine karar verilmesi gerektiği halde, sanık hakkında TCK’nın 50/2 ve 58/3. maddelerine aykırı olarak para cezasına hükmedilmiş olması nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 13/08/2014

Yrg.13.CD.14/05/2014, 2014/17560 Karar: “Sanığın tekerüre esas hükümlülüğünün bulunması nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 58/3. maddesi gereğince mala zarar verme suçu yönünden seçimlik cezalardan hapis cezasının seçilmesi gerekirken adli para cezası ile uygulama yapılması nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 20/08/2014

dethanelere ve mezarlıklara zarar verme), TCK 159 (Hukuki ilişkiye dayanan dolandırıcılık), TCK 160/1 (Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf), TCK 163/1-2 (Karşılıksız Yararlanma), TCK 164 (Şirket veya Kooperatifler hakkında yanlış bilgi), TCK 166 (Bilgi vermeme), TCK 170/2 (Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması), TCK 175 (Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali), TCK 176 (İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama), TCK 177 (Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması), TCK 178 (İşaret ve engel koymama), TCK 183 (Gürültüye neden olma), TCK 203 (Mühür bozma), TCK 206 (Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan), TCK 217 (Kanunlara Uymamaya Tahrik), TCK 243/1 (Bilişim sistemine girme), TCK 259 (Kamu görevlisinin ticareti) ve TCK 285/1-2 (Gizliliğin ihlali) suçlarıdır.

Bu konuda akla şu sorun gelebilir. TCK 58. Maddede yazılı zorunlu hapse çevrilme kararının, TCK 50/3. Madde kapsamında adli para cezasına veya seçenек tedbirlere çevrilebilip çevrilemeyeceği sorunudur. Kural olarak bu tarz bir çevrilme işlemi yapılmamalıdır⁵². Ancak ilk mahkum olunan ceza adli para cezasıysa ve hükümlü 65 yaşın üstünde ise, ikinci suçtan verilecek kısa süreli hapis cezası TCK 50/3 md.si uyarınca zorunlu olarak sonuç hapis cezası adli para cezasına veya seçenек yaptırımlara çevrilmelidir. TCK 50/3. maddenin sadece hapis cezasına mahkum olmamış çocuklar ve 65 yaş üstündeki hükümlüler için zorunlu olarak seçenек yaptırımların uygulanmasını zorunlu kılması bizi bu sonuca götürmektedir. Çocuklar hakkında zaten tekerrür hükümleri uygulanmayacağı unutulmamalıdır.

3) Denetimli serbestliğe karar verilmesi

TCK 58/6. fıkrasında “Tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla hükümlü hakkında tekerrür nedeniyle hüküm kurulduktan sonra, hakim tarafından denetimli serbestlik kararı verilmelidir⁵³. Ayrıca aynı madde-

⁵² Hakan Hakeri, age, s.508; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, age, s.551

⁵³ **Yrg.2.CD.26/02/2014, 2014/5100 Karar:** “Önceden işlediği suçtan dolayı İskenderun

nin 8 inci fıkrasında da mükerrerler bakımından denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının kanunda gösterilen şekilde yapılacağı yazılıdır.

Bu konunun tam olarak anlaşılabilmesi bakımından kısaca denetimli serbestlik konusuna değinmekte yarar var. Şöyle ki, Denetimli serbestlik, ilk kez küçük suçlular için kullanılmış, daha sonra yetişkinlere yönelik bir uygulama olarak Angloamerikan hukuk sisteminde yerini almıştır⁵⁴. Denetimli serbestlik suçlunun kendi doğal ortamında bırakılarak yeniden toplumsal yaşama döndürülmesini amaçlayan bir metottur. Bu sayede, toplumsal yaşamdan uzaklaşmışının belirtisi olarak suç işlemiş olan bir kimse, bu haldeyken toplumdan soyutlanmak yerine, ileride tekrar katılacağı toplumun içinde tutulmak suretiyle iyileştirilmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde denetimli serbestlik esas itibariyle Denetimli Serbestlik Kanunu ve bu kanun uyarınca çıkarılmış Yönetmelik çerçevesinde uygulanmaktadır. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ve bu yasaya bağlı 26497 Resmî Gazete Sayılı Denetimli Serbestlik Yönetmeliği bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Yargıtay uygulamalarında, mükerrer hükümlü için denetimlik serbestlik kararının verilmemesi, hükümlü lehine kazanılmış hak olarak kabul edilmektedir. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasında yetki meselesi tartışılmaktadır. Bu anlamda TCK'nın 58 inci maddesinin 7 nci fıkrasının nasıl anlaşılması gerektiği ve uygulamasının nasıl olacağı Yargıtay'ın kararlarında sıkça ele alınmıştır. TCK'nın 58 inci maddesinin 7 nci fıkrasına göre mahkûmiyet kararında mükerrer hakkında infazdan sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmesi gereklidir. Buna göre, mahkûmiyete karar veren esas mahkemesi hükmünde, sadece infazdan sonra mükerrer hakkında mükerrer-

2.Asliye Ceza Mahkemesinin 2003/318 E., 2008/186 K. sayılı ve 14.11.2008 tarihli kararı ile verilen hüküm nedeniyle 5237 Sayılı TCK'nın 58/7.maddesi uyarınca sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına" UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 20/08/2014

⁵⁴ Nur Centel, "Denetimli Serbestlik", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi / Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008, s. 531.

riklere özgü infaz rejimin ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtecektir. Bu tedbirin ne kadar süreyle uygulanacağına karar vermek esas mahkemesinin yetkisinde değildir. Bu yetki koşullu salıverilmeyle ilgili kararı verecek olan mahkemeye aittir⁵⁵.

Tekerrür nedeniyle hükmedilecek denetim süresi 1 yıldan az olamaz (CG-TİHK md.108/4) Mahkemece bu süre uzatılabilir ancak uzatmalar 5 yılı da geçemez (md.108/6) Mükerrir “Hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir.”(md.107/7). Ayrıca mahkeme “denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir” (md.107/9)

Mükerrir cezasını infaz ettikten sonra denetim süresi içerisinde başka bir suç işlerse, hakkında ikinci defa tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. CGTİHK 108/3 md.sine göre, ikinci defa tekerrür halinde, hükümlü hakkında koşullu

⁵⁵ **Yrg.2.CD.19/03/2014, 2014/7616 Karar:** “Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı, süresi ve bu hususta karar verecek merci 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 108.maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 5.fıkrası ile tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde koşullu salıvermeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenlerle denetimli serbestlik tedbirinin süresinin infaz aşamasında 5275 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilerek 5237 Sayılı TCK'nın 58.maddesinin 7.fıkrası gereğince sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtilmesiyle yetinilmesi gerekirken infazı kısıtlar biçimde sanık hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 21/08/2014 **Yrg.4.CD.23/01/2014, 2014/1860 Karar:** “Mükerrir sanık hakkında denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma yetkisinin, 5275 sayılı Kanunun 108/4-6 maddesi uyarınca infaz aşamasında hükümlünün davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverilmeyle ilgili kararı verecek hakime ait olduğunun gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/08/2014

salıverme kararı verilemeyecektir⁵⁶.

Mükerrir denetim süresi içerisinde denetim yükümlülüklerine uymadığı takdirde ise, hakkında yaptırım uygulanamıyordu ve bu durum doktrinde eleştiriliyordu⁵⁷. Bu eleştiriler doğrultusunda yasada değişikliğe gidilmiş, 18/06/2014 günlü 6545 sayılı yasanın 82. Maddesiyle İnfaz Kanununun 108. Maddesine 7. fıkra olarak yeni düzenleme eklenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre “Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.”

Dolayısıyla 18/06/2014 gününden itibaren, denetimli serbestlik yükümlülüğüne uymayan mükerrirlere disiplin hapsi verilmesinin önü açılmıştır.

E- TEKERRÜRÜN UYGULANMAYACAĞI MAHKÛMİYETLER

Yukarıda tekerrürün gerçekleşmesi için gerekli şartlara değinildi. Bu bölümde tekerrürün uygulanmasının mümkün olmadığı mahkumiyetler hakkında bilgi aktarılacaktır. Bunlar çocuklar ve sağır-dilsizler hakkında verilen mahkumiyetler, kesin nitelikli kararlar, kasıtlı suçlarla taksirli suçlar, askeri mahkemeler tarafından verilen kararlar, yabancı ülke mahkemesinden verilen kararlardır. Bu başlıkları detaylandırmak gerekirse;

1- Çocuklar ve TCK 33. Madde kapsamındaki sağır ve dilsizler hakkında verilen mahkumiyetler;

Çocukların işlemiş oldukları suçlar nedeniyle tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı şeklindeki bir düzenleme 765 sayılı TCK döneminde bulunmamaktaydı. Ceza hukukumuz için yeni sayılacak bu düzenleme ile “Fiili işlediği sıra-

⁵⁶ **Yrg.13.CD.05/05/2014, 2014/16123 Karar:** “5275 sayılı yasanın 108/3. maddesi uyarınca ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda hükümlünün koşullu salıvermeden yararlanamayacağı, mahkemece tekerrür uygulamasına esas alınan ilamda ise 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinin uygulandığı hususları gözetildiğinde; sanığın ikinci kez mükerrer olduğu anlaşılma ile, cezasının ikinci kez mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/08/2014

⁵⁷ İzzet Özgenç, age, s.698

da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.” (TCK 58/5) hükmü kabul etmiştir. TCK’da bu şekilde bir hükme yer verilmesinin sebebi, küçüklerin davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemesi sebebiyle tehlikelilik arz etmiyor olmalarıdır⁵⁸.

Tekerrüre esas alınan ilk kesinleşen suçu işleyen kişinin çocuk olması yeterlidir⁵⁹. Kesinleşen ilk suçtan sonra suçu işleyen kişi reşit olsa bile tekerrür hükümleri uygulanmaz⁶⁰.

Sağır ve dilsizler hakkında TCK.nın 33. Maddesi “Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.” hükmünü taşımaktadır ve bu hükme göre, sağır dilsizlerin 21 yaşını dolduruncaya kadar işledikleri

⁵⁸ Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, age, s.550

⁵⁹ **Yrg.2.CD.17/02/2014, 2014/4122 Karar:** “Tekerrüre esas alınan Çorlu 3.Asliye Ceza Mahkemesinin 13/04/2010 gün ve 2009/501 Esas -2010/290 Karar sayılı ilamının 18 yaşından küçükken işlenmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 58/5.maddesi uyarınca tekerrüre esas alınamayacağı ve sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ile cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/08/2014

⁶⁰ **Yrg.13.CD.21/01/2014, 2014/1500 Karar:** “Sanığın tekerrüre esas alınan Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2002/261 Esas 2003/109 Karar sayılı ilamında 2253 Sayılı Kanun’un 12/2. maddesi uyarınca yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapıldığı ve 5237 Sayılı TCK’nın 58/5. maddesi uyarınca fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrürü hükümlerinin uygulanamayacağı, sanığın adli sicil kaydında tekerrüre esas başkaca ilamının da bulunmadığının anlaşılması karşısında, tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 24/08/2014

Yrg.13.CD.17/02/2014, 2014/4702 Karar: “Sanıklar hakkında tekerrüre esas alınan ilamın denetime imkan verecek şekilde hüküm fıkrasında gösterilmemesiyle birlikte sanıkların dosyada yer alan adli sicil kayıtlarında bulunan hükümlülük kararlarında TCK’nın 31/3. maddesinin uygulanması karşısında TCK’nın 58/5 maddesi dikkate alındığında sanıklar hakkında 58. maddenin uygulanmayacağı gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 24/08/2014

suçlar nedeniyle verilen hükümlülükler tekerrüre esas teşkil etmeyecektir⁶¹.

2- Kesin nitelikli kararlar

Temyizi mümkün olmayan kesin nitelikli kararların tekerrüre esas olmaya-
cağına dair düzenleme TCK 58. maddede bulunmamaktadır. Bu sonuca 1412
sayılı CMUK 305/son maddesinden ulaşılmaktadır. CMUK 305/son: “Bu
suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz”. Bilindiği üzere 5271 sayılı
CMK'nın kanun yollarıyla ilgili hükümleri yürürlüğe girinceye kadar 1412
sayılı CMUK 305. madde uygulamaya devam edilecektir. Bu konuda Anayasa
Mahkemesinin 07.10.2009 gün ve 27369 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan
iptal kararı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Gerek CMUK 305/son maddesi, gerekse Anayasa Mahkemesinin iptal
kararı birlikte düşünüldüğünde adli para cezalarında kesinlik sınırı ile şu so-
nuca varılmaktadır: Anayasa Mahkemesinin 07.10.2009 gün ve 27369 sayı-
lı Resmi Gazete'de yayımlanıp, yayımından itibaren bir yıl sonra 07.10.2010
tarihinde yürürlüğe giren, 23.07.2009 gün ve 2006/65 Esas, 2009/114 karar
sayılı iptal hükmünün yürürlüğe girdiği tarihe kadar 5237 sayılı TCK'nın 50
ve 52. maddeleri ve 765 sayılı TCK hükümleri uyarınca doğrudan hükmedi-
lip, başkaca hak mahrumiyeti içermeyen 2000 TL'ye kadar (2000 TL dahil)
adli para cezalarına ilişkin mahkumiyet hükümleri, 5320 sayılı Kanunun 8.
maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı Kanunun 305. maddesi
gereğince kesin nitelikte olup; 07.10.2010 ila 6217 sayılı Kanunun yürürlüğe
girdiği 14.04.2011 tarihine kadar ise mahkumiyet hükümlerinin hiçbir istisna
öngörülmezsizin temyizinin mümkün olduğu, 14.04.2011 ve sonrasında ise,
doğrudan hükmedilen 3000 TL'ye kadar (3000 TL dahil) para cezaları 5320
sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi uyarınca kesin niteliktedir.

İlk kesinleşen ceza mahkumiyetinin sonuç cezası yukarıdaki kriterler kap-

⁶¹ **Yrg.13.CD.02/04/2014, 2014/12382 Karar:** “Sağır dilsiz olduğu anlaşılan sanık hakkın-
da tekerrüre esas alınan Bakırköy 5.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/1033 E, 2007/64 K
sayılı kararında sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 33/son maddesi yollaması ile 31/3.
maddesinin uygulanması karşısında; sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanamaya-
cağının gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi:
24/08/2014

samında kesin nitelikteyse, temyizi kabil olmayan bu mahkumiyet tekerrüre esas teşkil etmeyecektir. Bu nedenle adli sicil kaydının dikkatlice okunarak verilen sonuç adli para cezasının doğrudan mı verildiği, yoksa hapis cezasından mı adli para cezasına çevrildiği belirlenmelidir⁶².

3- Sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür uygulanmaz

TCK 58/4. fıkrasına göre sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür uygulanmaz⁶³. As. Yrg. İçt. Brl. Kurulu 20.06.1975 t. ve 6/4 sayılı kararında sırf askeri suçların tanımını yapmıştır. Bu karara göre; “Askeri Ceza Kanununun birinci maddesi hükmüne göre, As.C.Kanununda yazılı suçlar askeri suçtur. Askeri Suçlar; 1) Unsurlarının ve cezalarının tamamı askeri ceza kanununda yazılı olan, bir diğer ifade ile Askeri Ceza Kanunu dışında hiç bir ceza Kanunu ile cezalandırılmayan suçlar, 2) Unsurları, kısmen As.C.Kanunda kısmen de diğer ceza Kanunlarında gösterilen suçlar, 3) T.C.Kanununa atıf suretile, askeri suç haline getirilen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilebilir.

Bunlardan, 3 ncü grubun kapsamına giren askeri suçlar, T.C.Kanununa atıf suretile askeri suç haline getirildikleri ve dolayısıyla unsurları ve cezalarının tamamı T.C.K.da yer alıp bu nedenle genel nitelikte oldukları için “Sırf Askeri Suç” niteliğinde kabul edilmelerine olanak yoktur. Bu duruma göre esas inceleme konusunun; 1 ve 2 ci gruba giren askeri suçların tamamının yada bir kısmının “Sırf Askeri Suç” olup olmadığını tespitten ibaret bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

⁶² **Yrg.6.CD. 03/06/2014, 2014/11016 Karar:** “Sanık Mevlüt hakkında 5237 sayılı TCK’nun 58. maddesiyle yapılan uygulamaya esas alınan Ünye Asliye Ceza Mahkemesinin 2004/555-36 esas ve karar sayılı ilamıyla, TCK’nun 456/4. maddesi uyarınca hükmedilen 440 TL adli para cezasının, miktar yönünden kesin nitelikli olup 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK’nun 305/son maddesi uyarınca tekerrüre esas alınamayacağına gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/08/2014

⁶³ **Yarg.3.CD.26/05/2014, 2014/20569 Karar:** “Sanığın tekerrüre esas alınabilecek başkaca mahkumiyeti bulunmadığı halde Adana 6. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi’nin kararının sırf askeri suç olan izin tecavüzü suçuna ilişkin olduğu, 5237 sayılı TCK.nun 58/4. maddesi gereği sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamayacağına ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması şeklindeki bu ilamın tekerrür uygulamasına esas alınamayacağına gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/08/2014

“Sırf Askeri Suçları” tayin ve tespit ederken üç esasın dikkate alınması gerekmektedir. 1- Failin statüsü, 2- Suçun unsurlarının yalnızca As.Ceza Kanununda yer alması, 3- Unsurlarının tamamı yada bir kısmı T.C.Kanununda yer alan askeri suçların; Yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olan (Askeri iaat ve inkiyad)la ilişkisi.

As.C.Kanunu dışında hiç bir Ceza Kanununun cezalandırmadığı fiillerden bir kısmı, yalnız askerler tarafından işlenebildiği halde, aynı nitelikteki bir kısım askeri suçlar ise, askerlerden ayrı olarak diğer askeri kişiler tarafından da işlenebilir. (Örneğin:Askeri kişi statüsünde olan sivil şoförün işleyebileceği münhasıran Askeri Ceza Kanununda yazılı olan 137 nci maddedeki suç gibi). O halde diğer hiç bir ceza Kanunu ile cezalandırılmıyan askeri suçlardan; “yalnız askerler tarafından işlenebilen suçlar, hem failinin yalnızca asker olabilmesi, hem de suçun tüm unsurları ve cezalarının yalnız Askeri Ceza Kanununda yer alması nedenleriyle “Sırf Askeri Suç” niteliğini kazanmaktadır.”

Bu kapsamda Askeri Ceza Kanununda yer alan Vazife ve memuriyete gitmemek (As.CK m. 65), firar ve izin tecavüzü (As.CK m. 66, 68), düşman karşısından kaçmak (As.CK m. 69), sözleşerek firar etmek (As.CK m. 70), amire ve üste tehdit süretiyle saygısızlık yapmak (As.CK m. 82), yalan yere usulsüz şikâyet etme (As.CK . 84.md.), üste ve amire hakaret etme (As. CK m. 85), emre itaatsizlikte ısrar etme (As.CK m. 87-89), üste ve amire mukavemet etme (As.CK m. 90.), üste veya amire fiilen taarruz etme (As.CK m. 91), muharrirlik (As.CK m. 93, 94), yetkisiz olarak askerlikle ilgili toplanmak ve müzakere yapmak (As.CK m. 95.), askerlikten soğutmak (As.CK m.96), fesat çıkarmak (As.CK m. 97-99), askeri isyan (As.CK m.100-102), seferberlikte ganimet almak (As.CK m. 122), yağmacılık yapma (As.CK m.124-127), mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etme (As.CK m. 136), askerlik şerefine dokunan hareketler yapma (As.CK m. 150), iffetsiz kadınla evlenme (As.CK m. 153) suçları sırf askeri suçlardan sayılır.

Bu suçlar dışında verilen mahkumiyet kararları tekerrüre esas alınabilir. Yasa sadece sırf askeri suçları engel görmektedir.

4- Kasıtlı suçlar - taksirli suçlar ayrımı

Yasaya göre kasıtlı suçlarla kasıtlı suçlar tekerrüre konu olabilir, yine taksirli suçlarla taksirli suçlar tekerrüre konu olabilir ancak kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar tekerrüre esas olmaz⁶⁴.

Bilindiği üzere ceza kanunumuz kastı kast ve olası kast; taksiri de taksir ve bilinçli taksir olarak tanımlamıştır. Tekerrür uygulaması bakımından bu ayrımlar bir özellik arz etmemektedir. Yasada önceki mahkûmiyete konu olan suç ile sonraki suçun manevi unsurları tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından yeterli görülmüştür. Buna göre, önceki suç ile sonraki suçun manevi unsurları bakımından aynı şekilde işlenmiş olması, yani her iki suçta da kastın veya taksirin varlığı gereklidir. Öncelikle iki suçun da kasten işlenmiş olması durumunda herhangi bir sorun olmadığı açıktır⁶⁵.

Buna karşılık, doktrinde her iki suçun da taksirle işlenmiş olası halinde tekerrürün uygulanmaması gerektiğini ifade edenler görüşler de vardır⁶⁶. Bu görüşe göre, tekerrür hükümlerinin uygulanması, failin iradesindeki yoğunlukla ilgilidir. Hâlbuki taksirde böyle bir yoğunluk söz konusu değildir. Bu nedenle de tekerrür taksirli suçlarda uygulanmamalıdır. Kanaatimiz de bu yöndedir.

⁶⁴ **Yrg.3.CD.31/03/2014, 2014/13201 Karar:** “Sanık hakkında tekerrüre esas alınan önceki mahkûmiyeti taksirli suça ilişkin olup TCK’nin 58/4.maddesi uyarınca, kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağıın gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/08/2014

Yrg.12.CD.04/03/2014, 2014/5382 Karar: “-Adli sicil kaydına göre kasıtlı suçtan sabıkalı olan sanığın üzerine atılı suçu taksirle işlemiş olması nedeniyle TCK’nin 58/4. maddesi gereğince; tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı gibi, sanık hakkında adli para cezasına hükmedilmesi nedeniyle de TCK’nin 58., 5275 sayılı Kanunun 106. ve 108. maddeleri gereğince hükümlülük kararında, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimlik serbestlik tedbirinin uygulanamayacağıın gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına”. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/08/2014

Yrg.4.CD.15/01/2014, 2014/754 Karar: Tekerrüre esas alınan ilama ilişkin suçun taksirle yaralama suçu olduğu görülmekle, TCK’nin 58/4. maddesindeki “Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz.” şeklindeki düzenleme gereğince, kasıtlı suç olan ve TCK’nin 179. maddesinde karşılığını bulan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda TCK’nin 58. maddesinin uygulanamayacağıın gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 03/09/2014

⁶⁵ Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, age, s.405

⁶⁶ İzzet Özgenç, age, s.695

5- Yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararlar

Ceza yasamızın tekrür anlayışı millidir. Kural olarak yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararlar tekrüre esas alınmaz. Ancak yasa düzenlenmesinde, bu kuralın istisnalarına da yer vermiştir. Buna göre kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarından yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararlar, tekrüre esas olur⁶⁷.

F. DİĞER TEHLİKELİ SUÇLULARA İLİŞKİN İNFAZ REJİMİ

5237 sayılı TCK mükerrerler gibi, itiyadi suçluyu, suçu meslek edinen kişiyi ve örgüt mensubu suçluyu, toplum açısından diğer suçlulara nazaran daha fazla tehlikeli kabul etmektedir⁶⁸. Bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 58/9 maddesinde “mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir” denmiştir.

1) İtiyadi Suçlu

5237 Sayılı TCK'nın 6/1-h maddesine göre itiyadi suçlu deyiminden, kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini 1 yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi anlaşılmalıdır. Buna göre, itiyadın söz konusu olabilmesi için sadece toplum bakımından tehlikeli olduğu kabul edilecek kadar sayıda ve ağırlıkta suç işlenmiş olması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, failin suç işlemeye devamlı eğilimi ve yeniden suç işleme ihtimalini de dikkate almak gereklidir. Bu anlamda da tekrürden farklıdır. Zira tekrürde kişinin birden fazla suç işlemesi söz konusu olsa bile, bu suçların her birini tesadüfen işlemiş olabilir. Diğer bir deyişle, devamlı

⁶⁷ **Yrg.15.CD.07/05/2014, 2014/8988 Karar:** “TCK 58/4 maddesi ...Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekrüre esas olmaz” hükmü karşısında sanıklardan Hüseyi'in sabıka kaydındaki yabancı ülkeden aldığı sabıka kaydının suç tipi ve ceza sonucu araştırılarak tekrüre esas olup olmadığı belirlenmeden hüküm kurulması nedeniyle hükmün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 04/09/2014

⁶⁸ İzzet Özgenç, age, s.699

surette suç işleme eğilimi olmayan bir kimse mükerrir sayılabılırken, itiyadi suçlu olamaz. Bu anlamda tekerrür itiyadın varlığını gösteren bir işaret olsa bile, tek başına itiyadın var olduğunu ispat etmez.

Yasa hükmünden itiyadi suçludan bahsetmek için temel kriterlerin arandığı anlaşılmaktadır. Bunlar, itiyadi suçlunun kasıtlı bir suç işlemesi; aynı kasıtlı suçu veya bu suçun nitelikli şekillerini 1 yıl içerisinde farklı zamanlarda en az üç kez işlemiş olmasıdır. Örneğin bir yıl içerisinde konutta hırsızlık, kamu malını hırsızlık ve açıktan hırsızlık suçları işlendiği takdirde, son işlenen suçun yargılamasını yapan mahkeme sanık hakkında itiyadi suç hükümlerini uygulamalıdır. Kasten işlenen suçların aynı tür olmasına dikkat edilmelidir.

Aynı yıl içerisinde işlenen ilk iki suçun kesinleşmesi de gerekir. Çünkü yasa “suçun işlenmesinden” bahsedilmekte olup, Anayasanın 38/4. Maddesine göre kesinleşmiş yargı kararı olmadıkça işlenmiş bir suçtan söz edilemeyecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁶⁹.

İtiyadi suçlulukta tekerrürün şartları oluşmasa da, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmelidir⁷⁰.

2) Suçu Meslek Edinen Kişi

5237 Sayılı TCK'nın 6/1-i maddesine göre, “kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi” suçu meslek edinen kişidir. Tanıma göre kişi kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamalıdır. Yasada bu durumun nasıl anlaşılacağı açıkça yazılmamıştır.

Suçu meslek edinen kişiler, tesadüfi suçlulardan farklıdır. Çünkü bu tür

⁶⁹ **Yrg.13.CD.11/06/2014, 2014/20855 Karar:** “Bir yıl içerisinde ikiden ziyade hırsızlık suçu işlediği iddiasıyla hakkında dava açılan sanığın yerel mahkeme tarafından mahkumiyet kararının verildiği 09.06.2006 tarihinde aynı yıl içerisinde işlenen diğer suçların kesinleşmediği, Anayasanın 38/4. maddesi ışığında kesinleşmiş yargı kararı olmadıkça işlenmiş bir suçtan söz edilemeyeceği gözetilmeden sanığın henüz yargılama aşamasında bulunan eylemleri nedeniyle TCK'nın 6/1-h. maddesi gereğince itiyadi suçlu kabul edilerek TCK'nın 58/9. maddesi uyarınca cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine, cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle hükümün bozulmasına” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 04/09/2014

⁷⁰ Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, age, s.595

suçluların iradesi, suç işleyip bundan gelir elde etmeye yöneliktir⁷¹. Suçu meslek edinen kimse açısından suç, tesadüfen işlenmiş bir olay değil, günlük hayatın bir parçasıdır. Burada kişi, suç geliri ile yaşamaya yönelmiştir. Yargılama aşamasında kolluk güçlerinin yapacağı araştırmalar, sanığın adli sicil kaydındaki geçmiş mahkumiyetleri, yargılama dosyasına giren diğer suç ortakları veya tanık ifadeleri ile bu durum belgelenbiliyorsa, suç meslek edinen kişi hakkında, mükerrirlere özgü infaz rejimine ve denetimli serbestlik rejimine karar verilmelidir. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁷².

⁷¹ İlhan Üzülmez, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 10.

⁷² **Yrg.CGK.11/02/2014, 2014/58 Karar:** “Uyuşmazlığın çözümü açısından önem arz eden “suçu meslek edinen kişi” kavramı üzerinde de durulmasında yarar bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK’nun “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin (i) bendinde;

“Suçu meslek edinen kişi deyiminden; kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi, ... Anlaşılır” hükmü yer almaktadır.

Suç meslek edinen kişi hakkında TCK’nun 6. maddesinin gerekçesinde “Tasarının 45, 46 ve 47. maddelerinde yer alan ‘İtiyadı suçlu’, ‘Suçu meslek edinen kişi’ ve ‘Örgüt mensubu suçlu’ deyimlerine ilişkin tanımlar, bu madde kapsamına alınmıştır” açıklaması yapılmış, Türk Ceza Kanunu Tasarısının 46. maddesinin gerekçesinde ise; “özel tehlike hali gösteren suçlular grubundan bir diğerini oluşturan suç meslek edinen kişinin tanımının yapılması gerektiği görüşünden esinlenerek düzenlenmiştir.

Buna göre, kısmen de olsa suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağlamaya almış kişi suç meslek edinen kimsedir. Başka bir deyişle suç meslek edinen kişi, suçtan elde ettiği kazançla hayatını sürdürme alışkanlığını (mutaden) elde etmiş bir kimsedir. Başka kazanç kaynağı olsa da, ne olursa olsun her türlü suç kazanç sağlamak için işleyen kişi suç meslek edinen kimsedir” açıklamasına yer verilmiştir.

Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 09.12.2003 gün ve 260-284 sayılı kararında açıklandığı üzere geçim; bir kimsenin bakımı ve beslenmesi, temel ihtiyaçlarının karşılanması, bunun için gerekli olan şeyler demektir. Suçun geçim vasıtası haline getirilmesi ise failin, kısmen de olsa süreklilik içinde suç işleyerek geçimini sağlamasıdır. Suçu meslek edinen kişi kısmen de olsa geçimini suçtan ettiği kazançla sağlamaya almış kişi olup, kişinin suç işlemesinin sebebi, geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlama alışkanlığıdır. Bununla birlikte failin suç geçim vasıtası haline getirdiğinin kabul edilmesi için aynı suçtan daha önce mahkum olmuş olması şartı aranmayacaktır. Ancak, failin daha öncede bu tür fiilleri işlediği hususunda kanaat oluşturacak yeterli deliller bulunmalıdır. Bununla birlikte failin, tek geçim vasıtasının suçtan elde ettiği kazanç olması da zorunlu değildir.

Mevcut kanuni düzenlemeler ve Ceza Genel Kurulu kararı birlikte değerlendirildiğinde; suç meslek edinen kişiden söz edebilmesi için sanığın kısmen de olsa suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağlamaya almış olması, diğer bir ifadeyle suçtan elde ettiği kazançla hayatını sürdürme alışkanlığını devam ettirmesi gerekmektedir. Sanığın başka kazanç kaynağı olsa dahi, kazanç sağlamak için her türlü suç işlemesi halinde de suç meslek edinen kişi olarak kabulü gerekir. Buna karşın, bir kimsenin suç meslek edinen kişi olarak kabul edilebilmesi için aynı suçtan daha önce hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün bulunması şart değildir.

Mahkemece, suç meslek edinen kişi sıfatını belirlemek amacıyla her somut olayda sanığın

3) Örgüt Mensubu Suçlu

5237 Sayılı TCK'nın 6/1-j maddesine göre örgüt mensubu suçludan, "bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi" anlaşılır.

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, daha önceki müesseselerden farklı olarak, örgüt mensubu suçlu bakımından birden fazla suç işleme koşulu söz konusu değildir. Bu anlamda hem mükerrirler hem de diğer özel tehlikeli suçlulardan farklı olarak tek bir suç işlemesi durumunda dahi TCK'nın 58 inci maddesinin 9 uncu fıkrasında belirtildiği üzere mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması söz konusu olacaktır⁷³. Yalnız örgüt mensubu suçlulara mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması bakımından farklı bir durum vardır. Buna göre, CGTİK'nın 107 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında örgüt mensubu suçlularla ilgili ayrı koşullu salıverilme süreleri öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, CGTİK'nın 108 inci maddesinde mükerrirler bakımından öngörülen koşullu salıverilme süreleri ile örgüt mensubu suçlular hakkında olanlar birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle örgüt mensubu suçlular açısından, mükerrirlere uygulanan koşullu salıverilme

yaşam tarzı, faaliyetleri, sosyal ve ekonomik durumuna ilişkin araştırma yapılmalı, sanığın kısmende olsa geçimini işlemiş olduğu suçtan elde ettiği kazançla sağladığının ve bunu alışkanlık haline getirdiğinin tespit edilmesi halinde, suçu meslek edinen kişi sıfatıyla TCK'nun 58/9. maddesi uyarınca hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmelidir.

Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Ç. ilçesinde iki farklı adreste kitapevi işletmeciliği yaparak geçimini sağlayan ve gelir elde edebileceği bir başka faaliyeti bulunmayan sanığın, 2009 ve 2010 yılları arasında dört farklı zamanda iş yerlerinde, evinde ve aracında yapılan aramalarda satışa hazır halde çok sayıda bandrolsüz ve sahte bandrollü kitap ile bandrolsüz kitaplara basılmak üzere üretilmiş sahte bandroller ele geçirildiği, yapılan her arama faaliyetinden sonra sanık hakkında adli soruşturma başlatılıp, Cumhuriyet savcısının savunmasının alındığı, sanığın böylece eylemlerinin ceza soruşturmasına konu olduğunu ve hakkında devam eden soruşturmalar bulunduğunu öğrenmesine rağmen eylemlerini devam ettirmek suretiyle suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağladığı ve bunu alışkanlık haline getirdiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, yerel mahkemece sanığın suçu meslek edinen kişi olarak kabulü ile hakkında TCK'nun 58/9. maddesinin uygulanmasında, Özel Dairece de bu uygulamanın isabetli bulunarak yerel mahkeme hükmünün onanmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 05/09/2014

⁷³ Çetin Arslan - Murat Kayaççek, age, s.206

süreleri uygulama alanı bulamayacaktır⁷⁴.

Bu arada örgüt üyesi olmak suçu nedeniyle cezalandırılan hükümlü hakkında TCK 58/9 maddesinin uygulanmaması, hükümlü lehine kazanılmış hak doğurmaz. TCK 58/9 md.si infaz ilişkin olduğundan, hükümlü birlikte karar verilirse de, sonradan bu konu hakkında karar verilebilir, ki Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır⁷⁵.

G- YARGITAY UYGULAMASI

Yukarıda tekerrürün tanım, kapsam ve uygulama koşulları aktarılmaya çalışıldı. Tekerrürün mahkeme kararlarında isabetli bir şekilde uygulanması ve infazda tereddüde düşülmemesi bakımından, yüksek yargının uygulamaları büyük önem arz etmektedir. Bu bölümde uygulamacılara fikir vermesi bakımından Yargıtayın tekerrür uygulaması maddeler halinde aktarılacaktır. Özellikle hırsızlık ve yağma suçu işleyen sanıkların sıkça tekerrüre düştükleri görüldüğünden, Yargıtay 6.Ceza Dairesinin kararları bu konuda referans olacaktır.

1-01/06/2005 tarihinden önce işlenen suçlarda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun tekerrüre ilişkin hükümler uygulanmamalıdır. Çünkü 5237 sayılı ceza kanunundaki tekerrür düzenlemesi, 765 sayılı ceza kanunundan farklı olarak, cezayı artıran bir düzenleme değildir. Bu nedenle ceza yasaları arasında karşılaştırma yapılırken, 01/06/2005 tarihinde önce işlenen suçlarda TCK 58. maddenin uygulanmayacağı gözetilmeli ve sanık lehine olan yasa bu şekilde belirlenmelidir.

“Tekerrüre esas önceki hükümlülüğün, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında cezanın artırımı nedeni olarak öngörülmediği ve aynı Yasanın 7/3. maddesinin açık hükmü uyarınca da anılan Yasanın 58.maddesinin 6. fıkrasında düzen-

⁷⁴ İzzet Özgenç, age, s.698

⁷⁵ **Yrg.9.CD.20/03/2014, 2014/3247 Karar:** “TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek; örgüt üyeliği suçundan mahkum olan sanıklar Y. Y., E. C. ve M. B. hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür.” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 05/09/2014

lenen mükerrirlere özgü infaz rejimi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasanın 108/4. maddesinde öngörülen denetimli serbestlik tedbirinin de 1.6.2005 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından uygulanamayacağıının anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasına göre kurulacak hükmün sanık yararına olduğunun gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına”⁷⁶

2-Yerel mahkeme tarafından sadece tekerrüre ilişkin hatalı bir uygulama yapılmışsa ve gerekmediği halde TCK 58. md.sine hükmedilmişse, bu uygulama sanık aleyhine sonuç doğurmakta ise, Yargıtay ilgili ceza dairesi sadece bu nedenden dolayı yeniden yargılama yapılmasını istememekte, dava ekonomisi ilkesini öne çıkartarak, hükümde gerekli düzeltmeyi yaptıktan sonra, tekerrüre ilişkin bölümü hükümden çıkartarak hükmü onamaktadır.

“5237 sayılı TCK’nun 7/3. maddesinin açık hükmü karşısında, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlar nedeniyle aynı Yasanın 58/6. maddesinde düzenlenen mükerrirlere ilişkin infaz hükümlerinin uygulanamayacağıının gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık savunmasının temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK.nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasındaki tekerrür hükümlerinin uygulanmasına ilişkin cümlenin çıkartılması suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA karar verildi.”⁷⁷

3-Yukarıda değinildiği üzere, tekerrür ile birlikte mahkeme tarafından denetimlik serbestlik tedbirine de hükmedilmeli ancak tedbirin süresi konusunda bir karar verilmemelidir. Çünkü denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren Mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan Mahkemeye aittir. Yerel mahkeme hatalı bir şekilde de-

⁷⁶ Yrg.6.CD. 02/03/2009, 2009/4268 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

⁷⁷ Yrg.6.CD. 14/04/2009, 2009/7228 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

netim süresini hüküm altına almışsa, Yargıtay sadece bu nedenle yeniden yargılama yapılmasının önüne geçmiş ve hükmü düzelterek onama yolunu benimsemiştir.

“5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108. maddesinin (4), (5) ve (6). fıkralarında “ Hakim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler. Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıvermeye ilişkin hükümler uygulanır. Hakim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir” denmiştir. Denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren Mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan Mahkemeye aittir. Buna göre hükümlülük kararında mükerrir olan sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 58/7.maddesi gereğince ‘mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına’ karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, denetimli serbestlik tedbirinin süresinin de belirlenmesi Bozmayı gerektirmiş, sanık savunmasının temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi aracılığıyla 1412 sayılı CMUK.nun 322.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasından sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına ilişkin bölümden “1 yıl süre ile “sözcüklerinin çıkarılması suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA karar verildi.”⁷⁸

4-Tekerrürün uygulanma şartları bulunduğu halde, yerel mahkeme kararında tekerrüre ilişkin bir bölüme yer verilmemişse ve sanık aleyhine temyiz yoksa, Yargıtayın bu durumu eleştiri yaptığı, yerel mahkeme hakiminin dikkatini çektiği ancak bu eksikliği kararın bozulmasına gerekçe göstermediği görülmektedir.

“Sanıkların adli sicil kaydı içeriğine göre tekerrüre esas sabıkası bulunma-

⁷⁸ Yrg.6.CD. 15/10/2009, 2009/13445 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

sına karşın, haklarında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”⁷⁹.

5-Tekerrürü hatalı olarak uygulamayan mahkeme kararlarında, başkaca bozma sebepleri varsa, Yargıtayın aleyhe temyiz olmasa bile tekerrürün uygulanmamasını bozma sebebi yaptığına dair yerleşik bir uygulaması da vardır. Bu kararlarda ceza yönünde kazanılmış hakların saklı tutulması ilkesi de ayrıca hatırlatılmaktadır.

“1- 5560 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CMK’nun 253. maddesi uyarınca geceleyn konut dokunulmazlığını bozma suçu ile ilgili olarak uzlaşma hükümlerinin değerlendirilmesi zorunluluğu,

2- Sanığın adli sicil kaydına göre hırsızlık suçundan tekerrüre esas hükümlülüğü bulunduğu halde hakkında 5237 sayılı Yasanın 58/6-7.maddesi ile uygulama yapılmaması, Bozmayı gerektirmiş, sanık savunmasının temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK.nun 326/son maddesinin gözetilmesine karar verildi.”⁸⁰

6-Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, tekerrüre esas teşkil eden geçmiş mahkumiyet hükümlerinde, en ağır cezayı içeren mahkumiyet hükmü esas alınmalıdır.

“Sanığın, tekerrüre esas alınan önceki hükümlülüklerine ilişkin suç tarihlerinde 18 yaşını tamamlamadığının anlaşılması karşısında; TCY.nın 58/5. maddesine aykırı olarak yazılı şekilde uygulama yapılması ve tekerrüre esas hükümlülüklerden en ağırının esas alınması gerektiği gözetilmeden, iki ayrı hükümlülüğün birlikte tekerrüre esas alınması nedeniyle hükmün BOZULMASINA karar verildi.”⁸¹

7-Katılan veya Cumhuriyet Savcısı tarafından, sanık aleyhine temyiz başvurusu yapıldığı takdirde, hatalı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanmama-

⁷⁹ Yrg.6.CD. 11/11/2009, 2009/14900 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

⁸⁰ Yrg.6.CD. 08/10/2009, 2009/13021 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

⁸¹ Yrg.6.CD. 31/10/2007, 2007/11172 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

sından dolayı yerel mahkeme kararları bozulmakta ve dosyanın yeniden yerel mahkemeye gönderilmesine karar verilmektedir.

“Sanığın adli sicil kaydına göre hırsızlık suçundan tekerrüre esas hükümlülüğü bulunduğu halde, hakkında 5237 sayılı Yasanın 58/6-7.maddesi ile uygulama yapılmaması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle hükmün bozulmasına karar verildi.”⁸²

8-Yerel mahkeme kararında tekerrüre hükmedilmeden önce, tekerrüre esas ilamları getirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda yüksek yargıda farklı kararlar verilmiştir. Bu konuda Yargıtay ceza daireleri denetime olanak sağlaması bakımından, tekerrüre esas ilamların dava dosyasına getirilmesi gerektiğine karar vermiş, bu ilamlar getirilmediği takdirde kararların bozulması yoluna gidilmiştir⁸³. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22/01/2013 günlü ve 2012/6-1431-2013/18 esas-karar sayılı kararından sonra, artık ilamların dava dosyasına getirilmesi uygulamasından vazgeçilmiş ve bu durumun infazda gözetilmesi olanaklı görülmüştür. Dolayısıyla yukarıda esas karar sayısı belirtilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından sonra, adli sicil kaydından tespit edilebilen mahkumiyet ilamlarının dava dosyasına getirilmesi uygulamasından vazgeçilmiş, adli sicil kaydı üzerinde yapılacak değerlendirme yeterli görülmüştür.

“Sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinin uygulanmasına karar verilirken, hangi suçtan verilen cezanın tekerrüre esas alındığı kararda gösterilmemişse de, Ceza Genel Kurulunun 2012/6-1431-2013/18 sayılı kararında da belirtildiği üzere bunun infazda gözetilmesi olanaklı görülmüştür.”⁸⁴

9-Yukarıda 8 nolu bende yazılı gelişme sonrası, Yargıtay ceza daireleri tekerrür uygulamasını daha da kolaylaştırma yoluna gitmiş, önceki kararlarda tekerrüre esas ilamların açıkça kararda yazılması istenirken, son yıllarda tekerrüre esas ilamların detaylı bir şekilde yazılmasına gerek olmadığına, hükümdede sadece TCK 58. Maddeye değinilmesinin yeterli olduğuna, hangi hükümlülü-

⁸² Yrg.6.CD. 14/07/2014, 2014/15058 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

⁸³ Yrg.6.CD. 19/04/2007, 2007/5109 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

⁸⁴ Yrg.6.CD. 17/04/2014, 2014/7600 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 28/09/2014

ğün tekerrüre esas alınacağıının infaz aşamasında gözetileceğine dair kararlar verilmeye başlanmıştır⁸⁵.

Kanaatimizce bu yöndeki kararlar infazda sorunlar doğurucu nitelikte olup, hak kayıplarına yol açabilir. Uygulamada kesinleşen ilamın bir sureti, infaz edilmesi için Cumhuriyet Savcılığına gönderilmektedir. Hükümde tekerrüre esas alınan ilam ve ceza miktarının gösterilmemesi durumunda, infazın ne şekilde yapılacağı konusunda tereddütler oluşacak ve tereddütün giderilmesi için mahkemelerden tekrar karar istenecek, bu durumda mahkemelerin iş yükü artacaktır. Bilindiği üzere 5275 sayılı Yasanın mükerrirlere özgü infaz rejimini düzenleyen 108. Maddesinin 1/c maddesinde süreli hapis cezasının dörtte üçünün iyi halli olarak çekilmesi durumunda hükümlü koşullu salıvermeden yararlanacak, 2 fıkra hükmüne göre de, koşullu salıverme süresine eklenecek miktar tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacaktır. Açıklanan hükümler nedeniyle Cumhuriyet Savcısı cezaı infaz ederken “tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarı” ilam içeriğinde görmeli ve buna göre infazı yapmalıdır. Bu nedenle hükümde hangi mahkemenin hangi hükümlülüğünün ve hükümlülük süresinin açıkça gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁵ **Yrg.CGK.18/06/2013, 2013/328 Karar:** “Ceza Genel Kurulunun 22.01.2013 gün ve 1431-18 ile 12.02.2013 gün ve 1438-53 sayılı kararlarında da açıklandığı üzere; TCK’nun 58. maddesinde tekerrüre esas alınan ilamın kararda açıkça gösterilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Mükerrirlere özgü infaz rejimi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda düzenlenmiş olup, bu kanunun “Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri” başlıklı 108. maddesinin 2. fıkrasında; “tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz” hükmüne yer verilmiş, birinci fıkranın (c) bendine göre ise mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına karar verilenler hakkında infaz şartları ağırlaştırılarak koşullu salıverilme süresi, süreli hapis cezasında cezanın dörtte üçü olarak belirlenmiştir. Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasında “ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez” düzenlenmesine yer verilmiştir. Sanık hakkında birinci tekerrür şartlarının oluşması nedeniyle tekerrür hükümleri uygulandıktan ve tekerrür uygulanan mahkûmiyet kesinleştikten sonra, yeniden tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir suçun işlenmesi halinde ikinci kez tekerrür hükümleri uygulanacak ve hükümlü artık koşullu salıvermeden yararlanamayacaktır. Belirtilen kanuni düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hükümde tekerrüre esas alınan ilamın gösterilmesine gerek olmadığı, bu durumun infaz aşamasında gözetilebileceği, sanık hakkında birden fazla tekerrüre esas alınabilecek hükümlülüğün bulunması halinde ise, en ağırının infaz aşamasında tekerrüre esas alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/09/2014

10-Tekerrüre esas mahkumiyeti bulunan sanık hakkında, tekerrüre esas olmayacak nitelikteki başka bir hükümlülüğün tekerrüre esas alınması durumunda nasıl bir uygulama yapılmalıdır? Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuyu da değerlendirmiş ve şu sonuca varmıştır: Mahkeme hükmünde hatalı ilam çıkartılarak, doğru ilam bilgileri girilmeli ancak sanık aleyhine durum yaratmamasına özen gösterilerek, infaza eklenecek süre hatalı uygulamada belirtilen süreden fazla olmamalıdır. Kanaatimizce bu karar yerindedir ve Yargıtayın uygulaması bu yönde sürdürülmektedir.

“Adli sicil kaydında tekerrüre esas ilamı bulunan sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından kurulan mahkumiyet hükümlerinde tekerrüre esas olmayan kesin nitelikli ilam gösterilmek suretiyle sanık hakkında TCY'nın 58. maddesi uyarınca cezalarının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verildiği, mahkemece sanığın mükerrirliği net olarak belirlenip kabul edildiğine göre, yanlışlığı nedeniyle hükümde gösterilen ve tekerrüre esas olmayan ilam hükümden çıkartılıp, yerine tekerrüre esas nitelikte diğer ilam yazılmak suretiyle hükmün düzeltilmesine, ancak yanlışlığı uygulamanın 5275 sayılı Yasanın 108/2 maddesindeki infaza eklenecek süre yönünden aleyhe değiştirmeme ilkesinin gözetilmesine karar verilmelidir”⁸⁶.

H- SONUÇ

Makale içeriğinde TCK 58. maddede yer alan tekerrür düzenlemesi ile bu konuda özellik arz eden Yargıtay uygulamaları ele alınmıştır. Yukarıda anlatıldığı üzere, ceza yasamızda failin suç işlemede gösterdiği kararlılık ve toplum için yarattığı tehlikelilik hali tekerrürün temel gerekçesi olarak kabul edilmiştir.

Yasaya göre tekerrürün oluşması için üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar tekerrüre esas alınan kesinleşmiş ceza mahkûmiyeti, yeni bir suç işlenmesi ve bu ikisinin arasında belli bir sürenin geçmemiş olmasıdır. Tekerrüre esas mahkumiyet ile anlaşılması gereken, kesinleşmiş ceza mahkumiyetidir. Dolayısıyla disiplin hapisleri, güvenlik tedbirleri, seçenek yaptırımlar gibi kararlar

⁸⁶ Yrg.CGK. 07/06/2011, 2011/116 Karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 30/09/2014

tekerrüre esas olmazlar. Ceza mahkumiyeti, sonuç olarak adli para cezası veya hapis cezası olabilir ancak burada adli para cezasının kesin nitelikte olmaması gerekir. Mahkumiyet hükmü ertelenmiş olsa bile, bu durum tekerrürün uygulanmasına engel değildir.

Tekerrürün ikinci koşulu olan yeni bir suç işlenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken özellik, sonraki suçun sonuç cezasının adli para cezası olmamasıdır. Doktrinde bu durum tartışmalı olsa da, kanaatimizce ikinci suçun sonuç cezası adli para cezası olursa, tekerrür hükümleri uygulanmamalıdır.

Bu arada tekerrüre esas alınan her iki suç, 765 sayılı yasa kapsamında işlendiği taktirde yine TCK 58. madde hükümleri uygulanamaz ve Yargıtay uygulaması bu yönde istikrar kazanmıştır.

Tekerrürün üçüncü koşulu süreye ilişkindir ve ilk suçun cezasına bağlı olarak 3 ve 5 yıllık süreler kabul edilmiştir. Süreler cezaların infazından itibaren başlamaktadır. Bu nedenle cezasını infaz etmekten kaçınan ve sürekli firar eden hükümlüler hakkında, ceza infaz edilinceye kadar tekerrürün uygulanabilme olanağı sürmektedir.

Makale içeriğinde değinildiği üzere, tekerrürün sonuçları üç başlık altında toparlanabilir. İlk sonuç mükerrirler hakkında uygulanabilecek koşullu salıverilme sürelerinin artırılmış olmasıdır. İkinci sonuç, adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü suçlar bakımından hapis cezasına hükmetmenin zorunlu hale getirilmesidir. Üçüncü sonuç ise cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasıdır.

Mahkeme tarafından zorunlu olarak denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi gerekiyorsa da, mahkeme denetim süresi konusunda bir karar vermemelidir. Sanığın denetimli serbestlik süresinde ıslah olup olmadığının gözetlenmesinin önceden tespiti mümkün görülmediğinden, infazdan sonra denetimli serbestlik süresinin belirlenmesi yetkisinin koşullu salıverilmeyle ilgili kararı verecek olan mahkemeye ait olması gereklidir.

Bu arada uygulamaya yönelik olarak, Yargıtay Ceza Dairelerinin son zamanlarda verdiği kararlar dikkate alındığında şu tespitler yapılabilir: Sanığın

tekerrüre esas ilamlarının hepsinin mahkemelerinden getirilmesine gerek yoktur, adli sicil kaydında ilama ilişkin bir tereddüt yoksa, adli sicil kaydındaki bilgilerle yetinilmeli ve yargılamanın uzamasının önüne geçilmelidir. Eğer adli sicil kaydında ilamla ilgili bir tereddüt varsa, bu durumda ilam mahkemesinden getirilmelidir.

İddianame ile sanık aleyhine tekerrür hükümlerinin uygulanması talep edilmemişse, duruşmada adli sicil kaydının okunduğu ve sanık, hakkındaki tekerrüre esas hükümlülüğünü ve adli sicil kaydını kabul ettiği takdirde, sanığa CMK'nun 226. maddesi uyarınca ayrıca ek savunma verilmesine gerek yoktur.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 1989

Ayşe Nuhuğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, 1997

Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yay, Ankara, 2008, No: 617

Çetin Arslan- Murat Kayaççek, Suçta Tekerrür, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009

Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

Faruk Erem, Tekerrür Hakkında Kanun Hükümlerinin Tetkiki, AÜHF Dergisi, C:2, S:1, 1944

Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009

Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay, İstanbul

İlhan Üzülmez, Suçta Tekerrür, AÜEHFD, C.IV, S:1-2, 2000

İlhan Üzülmez, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2008

- Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009
- Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, 2. Cilt, Ankara, 2009,
- Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay, Ankara, 2009
- Nur Centel, “Denetimli Serbestlik”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi / Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008
- Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:2, Adalet Yay, Ankara, 2010
- Özcan Özbey, Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.88, 2010
- Sadık Okyay, Tekerrürün Hukuki Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri, AÜHF Dergisi, C:9, S:1, 1952
- Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Ceza Hukuku Dersleri Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Yay: 766, 1958, s.447
- Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007
- Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1953
- Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2009
- Uğur Balcıoğlu, Tekerrür, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Değerlendirme Toplantısı Sunumu, Ankara, 2013
- Veli Özer Özbek-Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2010
- Yusuf Yaşar, Tekerrür Çeşitleri - TCK Sistemi, e-akademi Dergisi, Nisan 2006, S:50, Erişim Tarihi: 19/07/2014
- Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yay, Ankara, 2010

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ ARAMA SUÇU

The Crime of Unlawful Search

Akif YILDIRIM

ÖZET

Anayasamızın 17. maddesine göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Haksız arama suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) kişi hürriyeti ve dokunulmazlığını koruyan hükümlerinin yer aldığı “*Hürriyete Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir. Kanun'un 120. maddesine göre, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Bu makalede, TCK'nın genel hükümlerine paralel olarak, *haksız arama suçunun unsurları*, suç için öngörülen *yaptırım*, *suçun soruşturma ve kovuşturma konuları* ile *suçun özel görünüş biçimleri* ele alınıp incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Arama, Üst Araması, Kişi Hürriyeti, Eşya Araması, Vücut Bütünlüğü.

ABSTRACT

According to Article 17 of Turkish Constitution, the physical integrity of nobody can be harmed apart from naturally obligatory conditions and the conditions which are specified the related law. The crime of unlawful search is regulated in sections with the heading “*Crimes against Liberty*” where the protective provisions for personal liberties and personal immunity are specified, in Turkish Penal Code No. 5237. According to the Article 120 of this Law, the civil servants who make body and belonging search on anyone unlawfully shall be punished. In this paper, *the elements of the crime of unlawful search*, *the stipulated sanction for this crime*, *the inquiry and proceeding and special appearances forms of crime* are handled in parallel with the general provisions of Turkish Penal Code No. 5237.

Key Words: Unlawful Search, Body Search, Personal Liberty, Belongings Search, Physical Integrity

◆◆◆◆

* Anayasa Mahkemesi Raportörü - Hakim, akyildir@gmail.com

GİRİŞ

TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçuna akademik çalışmalarda yeterince yer verilmediği görülmektedir. "Arama" konusuna akademik dünyada, bir koruma tedbiri olarak daha fazla teveccüh gösterilmiştir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu (mülga TCK) döneminde bu suç, çoğunlukla "görevi kötüye kullanma suçu" kapsamında görüldüğünden, yeterli ve doyurucu bir içtihat birikimi oluşmamıştı. Yeni TCK döneminde de "hukuka aykırı arama" sadece "hukuka aykırı delil" bahsinde gündeme getirilmiş ve çalışmalar arama sonucunda elde edilen delil(ler)in hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi noktasında yoğunlaşmıştır. Diğer yandan, hukuka aykırı aramayı gerçekleştirenler hakkında çeşitli saiklerle işlem yapılmaması, TCK'nın yaklaşık sekiz yıllık uygulamasında da bu suça ilişkin bir içtihat/bilgi birikiminin oluşmasını engellemiştir¹.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun*'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları kapsamında, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiğini iddia eden kişilere Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuru" hakkı tanınmıştır. Bu bakımdan, kişinin özel yaşamına dâhil olan üst ve eşyasının hukuka aykırı şekilde aranması, bireysel başvuruya da konu olabileceğinden, bu suçun incelenmesi ayrı bir önem arz etmiştir.

Bu makale ile muradımız, bu konunun tartışılmasına mütevazı bir katkı sunmaktır. Çalışmada, ilk önce suçun unsurlarını açıkladıktan sonra, sırasıyla suç yönünden bazı hukuka uygunluk sebeplerini, haksızlık yanılığını, suçun benzer/yakın suç tipleriyle karşılaştırılmasını ve nihayet suçun özel görünüş

¹ UYAP bilişim sisteminde "Haksız Arama" ifadesiyle yapılan ayrıntılı sorgulamada, sistemin çalışmaya başladığı 2006-2014 yılları arasında kayda girmiş 39 adet Yargıtay kararı tespit olunmuş, bunlardan sadece 2 tanesi haksız aramanın mahkûmiyetiyle ilgiliyken, diğerleri tazminata ve beraate ilişkindir.

şekilleri ile soruşturma yöntemine ve yaptırımına ilişkin diğer konuları inceleyeceğiz. İncelememizi yaparken, yeri geldiğince Yargıtay kararlarına da yer vererek, suça ilişkin öğretisi ve uygulamadaki görüş farklılıklarına beraber değinip, bir sonuca varmaya çalışacağız.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Arama, “gizli saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması” olarak tanımlanmaktadır². Bu bakımdan arama ile muhatabın özel hayatının gizli alanına girilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Aşağıda ayrıntılı şekilde anlatılacağı üzere, Sözleşme’nin 8., Anayasa’nın 20. ve 21. maddeleri ile koruma altına alınan kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edildiğinden, aramanın usûl ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre *hukuk devleti*, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir³. Bu bağlamda devlet, vatandaşına her an evinde, işyerinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalı; aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır⁴.

Kanunkoyucu, Sözleşme’ye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına ve Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerine uygun olarak kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etme hakkı olan arama koruma tedbirini 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 116 ve devamı maddeleri ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) 5 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

CMK’nın 116. maddesine göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makûl şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eş-

² **Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Bacaksız Pınar, Doğan Koray, Tepe İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 305.

³ AYM., 16.1.2014, E.2003/61, K.2014/3, <http://www.anayasa.gov.tr>, erişim: 11/6/2014.

⁴ Yargıtay 7. C.D., 20.06.2005, E.2003/3539, K.2005/8098 (Karar yayınlanmamıştır).

yası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilecektir. Aynı Kanun'un 118. maddesinde de *aramanın ne zaman yapılacağı* konusu düzenlenmiştir. 119. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise *arama kararını kimlerin vereceği* hükme bağlanmıştır.

Yönetmelikte (md. 5) *adli arama*, “bir suç işlemek veya buna iştirak veya hut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, iş yerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında kanunlara göre yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlanmaktadır.

Önleme araması ise Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun (PVSK) 9. maddesi ile Yönetmelik'in 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, *önleme araması*; “millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi”dir (Yönetmelik md. 19).

Hukukî güvenlik ilkesinin gereği olarak, haksız arama “suç” vasfında TCK'nın 120. maddesinde, “*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı hüküm, mülga TCK'nın 183. maddesinde, “*Kanunda yazılı hâllerin haricinde bir kimsenin üzerini aramak için emir veren yahut bizzat arayan memur altı aya kadar hapis olunur.*” şeklinde düzenlenmişti.

Her iki düzenleme birlikte ele alındığında, suçun faili açısından kamu görevlisinin ne iş yaptığının öneminin olmadığı anlamı çıkmakta ise de, burada kamu görevlisi, “*kolluk memuru*” anlamındadır. Çünkü kolluk memurları dı-

şındaki kamu görevlilerinin kanundan doğan arama yetki ve görevleri yoktur⁵.

Aynı hüküm, mülga TCK'nın 183. maddesinde, “*emir veren yahut bizzat arayan memur*”u fail olarak sorumlu tutarken, yeni TCK sadece kamu görevlisini sorumlu tutmaktadır. Öte yandan yeni TCK, üst veya eşya aramasından bahsederken, mülga TCK sadece üst aramasından bahsetmektedir⁶. Görüldüğü üzere, yeni TCK suçun cezasını da arttırmıştır.

II. SUÇUN KONUSU

A. Genel Olarak

Suçun hukukî konusu, yani suçun korumayı amaçladığı hukukî varlık ya da menfaat ile maddî konusu aynı kavramları ifade etmezler⁷. Suçun maddî konusu, suçun üzerinde işlendiği nesne ya da insandır⁸. Suç teşkil eden her eylem aynı zamanda, mutlaka, en az bir hukuksal değerihlâlini oluşturur⁹. Hukuksal değerler “duyu organları aracılığıyla algılanabilir varlıklar” olarak değil, “toplum içindeki güvenliğe, sükûna ve var olmanın onuruna istinat eden toplumsal düzenin manevî değerleri olarak anlaşılmalıdır”¹⁰.

Bu itibarla, suçun maddî konusunu ancak cismanîyeti olan eşyalar oluşturabilirken, cismanîyeti olmayan ve duyu organlarıyla algılanamayan şeyler suçun maddî konusunu oluşturamazlar¹¹. Hırsızlık suçunun maddî konusu *taşınır mal* iken, adam öldürme suçunun maddî konusunu *maktûlün cesedi* oluşturmaktadır. Adam öldürme suçu bakımından suçun hukukî konusu *yaşam hakkı*,

⁵ **Hafizoğulları Zeki/Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 207; Aksi görüş için bkz. **Aydın Murat**, Arama ve Elkoyma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 152.

⁶ **Hafizoğulları/Özen**, s. 207.

⁷ **Özbek Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.148.

⁸ **Artuk Mehmet Emin/GökçenAhmet/Yenidünya Ahmet Caner**, 5237 sayılı Yeni TCK'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler - I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 469; **Koca Mahmut/Üzülmez İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 103.

⁹ **Ünver Yener**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 135.

¹⁰ **Ünver**, s. 130; **Koca/Üzülmez**, Ceza Hukuku, s. 104.

¹¹ **Demirbaş Timur**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 463.

hırsızlık suçunun hukukî konusu mülkiyettir.

B. Suçun Hukukî Konusu

Ceza yargılaması sürecinin sağlıklı yapılabilmesi, adil bir kararın ortaya çıkması ve bu kararın kâğıt üzerinde kalmaması için kişisel haklara kaçınılmaz olarak müdahale edilir. Bunun meşruiyet kaynağı, devletin suçla mücadelesindeki toplum menfaatinin birey menfaatinden üstün tutulmasıdır¹². Arama koruma tedbirinde de kişisel haklara müdahale edilmek zorunda kalınmaktadır. Burada sözü geçen müdahalelerden birisi de özel hayata yapılan müdahaledir. Örneğin kişinin üstünün ve eşyasının aranması böyledir.

Suç işleyenlerin bulunup cezalandırılması devletin pozitif yükümlülüğü ise de, maddî gerçeğin adlî yol ve yöntemlerle, kişilerin temel hak ve özgürlükleri korunarak, hakların özüne dokunulmaksızın ortaya çıkarılması gerekir. Unutulmamalıdır ki, Türkiye Cumhuriyeti devleti bir hukuk devletidir. Anayasa'nın 12. maddesine göre, herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilemez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Özel hayatın gizliliği denilen ve sadece bireyi ilgilendiren bu alana kanunda belirtilen şekilde müdahale edilebilir.

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faâliyet olan arama, Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı gibi temel insan haklarına müdahale teşkil eden bir koruma tedbiridir¹³. Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Yine, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 21. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da kanunla yetkili kılınan merciin emri bu-

¹² **Özbek** Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 814.

¹³ **Kunter** Nurullah/**Yenisey** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12.Baskı, İstanbul 2003, s.770; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 305; **Gülşen** Recep, "Haksız Arama Suçu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-17-18-19, Y. 2007-2008, s. 140.

lunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz; kimsenin konutuna girilemez, konutunda arama yapılamaz.

Sözleşme'nin “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*” kenar başlıklı 8. maddesine göre de, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. AİHM, özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirtmektedir¹⁴. AİHM, özel hayatın yabancı gözlerden uzak yaşama hakkı ile bireyin kendi kişiliğini geliştirmek, duygusal ilişkiler kurmak hakkını da kapsadığını belirtmiştir¹⁵.

AİHM'e göre, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin öncelikle yasal dayanağının bulunması gerekir. Bulunmuyor ise, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁶. Bu bakımdan hukuka aykırı arama işlemi temel insan hakkı olan özel yaşama saygı hakkını ihlâl ettiğinden, bireysel başvuruya konu olması kaçınılmazdır.

TCK'nın 120. maddesinin gerekçesinde, kişilerin üzerinin veya eşyasının aranması insan haysiyetine bir tecavüz teşkil ettiği gibi kişi dokunulmazlığının bir devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da bir saldırı oluşturduğu belirtilmiştir.

Kişinin üstünde veya eşyasında yapılan arama esnasında, belli süre de olsa kişinin hareket serbestisi engellenmekte, vücut dokunulmazlığı ile özel hayatın gizliliği denilen ve sadece bireyi ilgilendiren alanı haksız şekilde ihlâl edilmektedir. Diğer bir deyişle bu suç, birden fazla hukukî varlık ya da menfaati ihlâl etmektedir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, bu suçun hukukî konusunun, *kişinin hareket serbestisi, güvenliği ve dokunulmazlığı* olduğu anlaşılmaktadır¹⁷. İnsanın dokunulmazlığının sebebi insan onuru olduğundan suçun insan onurunu da koruduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özel hayatın gizliliği, “kişi doku-

¹⁴ *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16.12.1992 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

¹⁵ **Yenisey** Feridun, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi ve Adli Kolluk*, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 89.

¹⁶ *Fadeyeva/Rusya*, B. No: 55723/00, 9/6/2005; *Bykov/Rusya*, B. No:4378/02, 10.03.2009 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

¹⁷ **Soyaslan** Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006, s. 207; **Gülşen**, s. 140.

numazlığı”nın bir parçası olduğundan, düzenleme ile bu yarar da korunmaktadır¹⁸. Belirtelim ki, bu suçla “kamu idaresinin güvenilirliği”nden çok, ifade edilen hukuksal değerler korunduğundan, suç, “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir¹⁹.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, haksız arama suçu, hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesini de önlediğinden *kişinin adil yargılanma hakkını* da dolaylı olarak korumaktadır.

C. Suçun Maddî Konusu

Suçun maddî konusu, suçun üzerinde işlendiği nesne ya da insandır. Bu anlamda, suçun maddî konusunun dört önemli özelliğe sahip olması gerekir. Öncelikle söz konusu varlığın, bir eşya olarak kabul edilebilmesi gereklidir.

Arama ihlâl ettiği hukuksal değerlerin türüne göre, *konutta, işyerinde vb.* arama, üstte arama ve *eşyada* arama şeklinde bir tasnife tabi tutulabilir. Kişinin üstünün aranması, elbisesinde, ceplerinde, koltuk altında arama yapılmasıdır²⁰. Diğer bir deyişle, kişinin giydiği elbise içinde veya altında delil aranmasıdır²¹. Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makûl şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi hâlinde, üst aramasının giysiler çıkartılmak suretiyle de yapılabileceğine dair (Yönetmelik md. 28/9) hükmün hukuka uygunluğu, CMK’nın 75. maddesi bağlamında tartışmaya açıktır. Çünkü bir kimsenin üstünü aramak vücuduna müdahale yetkisi vermeyeceğinden, vücudun dış yüzeyinde yapılacak arama/araştırma işlemleri “arama” değil, “beden muayenesi”dir²².

Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinde gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemeleri, mevzuatımız²³ “dış beden muayenesi” ola-

¹⁸ Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 338; Özbek, İzmir Şerhi, C.II, s. 815; Gülşen, s. 140-141.

¹⁹ Özbek, İzmir Şerhi, C.II, s. 813.

²⁰ Saygılar, Yasemin F., “Arama”, Uğur Alacakaptan’a Armağan-1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 633.

²¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 305.

²² Özbek, İzmir Şerhi, C.II, s. 815.

²³ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti

rak belirlediğinden, bu nev'i incelemelerin "arama olarak" nitelendirilmesine imkân bulunmamaktadır²⁴. Bu itibarla, madde metninde geçen "*kimsenin üstü*" ifadesi, "dış beden muayenesi" kapsamına girmeyen, "*kişinin üzerindeki elbiseler*" şeklinde anlaşılmalıdır²⁵. Diğer bir anlatımla üst araması, kişinin üstünde bulunan elbisenin elle yoklanması ve gözle incelenmesi ile gerçekleştirilir²⁶.

Eşya araması ise, kişinin zilyetliğinde veya himayesinde bulunan maddî varlığa sahip ve delil niteliğindeki şeyler üzerinde yapılan aramadır²⁷. Kişinin çantasında, aracında²⁸, valizinde²⁹, mobilyasında o an giymediği elbiselerinde yapılan aramalar eşya aramasıdır. Parayı da bu anlamda eşya saymak gerekir³⁰. Ayrıca kişinin özel kâğıtları da eşya kapsamında değerlendirilmelidir.

Eşyaya sahip olmanın bir hakka dayanması gerekir. Ancak bu hakkın niteliğinin önemi yoktur. Bu anlamda hırsızın dahi zilyetliğindeki eşyaları aranabilir. Diğer yandan, madde metninde kimsenin eşyasından söz edildiğine göre, sahihsiz (örneğin himayeden çıkartılarak çöpe atılmış) eşyaların aranması madde kapsamına girmez³¹.

Hakkında Yönetmelik md. 3

²⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 305.

²⁵ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 815; Kişinin vücudunun da suçun maddi konusunu oluşturabileceğine dair görüşler için bkz. **Gülşen**, s. 140; **Aksoy Şemsettin**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 62.

²⁶ **Özbek Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 113.

²⁷ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 328; **Aksoy**, s. 63.

²⁸ Arama bakımından araç, CMK'nın 119. maddesinde belirtilen "eşya" kapsamındadır (**Özbek Veli Özer**, CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 417).

²⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 13.01.2014 tarih ve E.2013/5639, K.2014/140 sayılı kararının karşı oy gerekçesi: "...Sanık elinde bir valizle yürümekte iken, devriye gezen kolluk görevlilerince durdurulmuş ve valizinde yapılan aramada 182 paket kaçak nitelikte sigara bulunmuş, açılan davanın yargılaması sonucu sanığın ticari amaçla sigara bulundurduğundan bahisle mahkûmiyetine karar verilmiştir. (...) Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verebilmek için yakalanan sigaralardan başka delil yoktur. Ancak arama, CMK'nun 119. maddesine aykırı biçimde, hâkim kararı alınmadan Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirinin yazılı emri olmadan kolluk tarafından yapılmıştır. Kolluğun doğrudan arama yapması hukuka aykırıdır. Bu şekilde ele geçen delillerde hukuka aykırı delil niteliğindedir." (UYAP'tan alınmıştır).

³⁰ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 817-818.

³¹ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 815.

Bütün bu açıklamalardan sonra, haksız arama suçunun maddî konusunun *aranan kişinin elbiseleri veya zilyetliğinde/himayesinde bulundurduğu eşyaları* olduğu anlaşılmaktadır³². Kişinin zilyetliğinde/himayesinde olduğu eşyalar aramanın konusuna göre değişiklik gösterebilir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişinin el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı şekilde aranması hâlinde, suçun maddî konusunu bu eşyalar oluşturur. Konutta yapılan arama ise, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturur.

III. SUÇUN MADDÎ UNSURLARI

A. Fail

Bütün suçların mutlaka bir faili (aktif süjesi) olacağından, bu suçun da faili vardır. Haksız arama suçunun faili özellik arz eder. Bu suçun faili sadece *kamu görevlisi/görevlileri* olabilir; diğer gerçek kişiler olamaz³³.

Özgü suç, herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan, yalnızca bazı niteliği (kadın olmak gibi) ve sıfatı (kamu görevlisi olmak) haiz kişiler tarafından işlenebilen suçlardır³⁴. Bu suçlara *gerçek özgü suç* denir. *Görünüşte özgü suç* ise, herkes tarafından işlenmekle birlikte failin kişisel niteliğinin kimi zaman suçun ağırlatıcı kimi zaman da hafifletici nedenini oluşturduğu suçları ifade eder³⁵. Yaralama suçunun failinin eş veya kardeş olması hâlinde olduğu gibi. Haksız arama suçunun faili sadece kamu görevlisi olacağından, söz konusu suç, gerçek özgü suç niteliği taşımaktadır.

Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından karar verilmiş olsa dahi, uygulamada arama kararı kolluk görevlilerince yerine getirilir. Kolluk ise, *jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini* ifade eder³⁶. Fail, arama bağlamında kolluk yetkisini kötüye kullanan kamu görevlisidir³⁷. Bu

³² **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 815; **Gülşen**, kişinin vücudunu da bunlara katmaktadır, s. 141.

³³ **Soyaslan**, s. 207; **Gülşen**, s. 140.

³⁴ **Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 128.

³⁵ **Özbek Veli Özer**, **Kanbur Mehmet Nihat**, **Bacaksız Pınar**, **Doğan Koray**, **Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 217.

³⁶ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği md. 4.

³⁷ **Santoro Arturo**, Manuale Di Diritto Penale, Cilt: V, Torino-1968, s. 307 (Nakleden: **Gülşen**, 141); **Hafizoğulları/Özen**, s. 207.

itibarla, arama yetkisine sahip olmayan bir kamu görevlisi bu suçun faili olmaz³⁸. Bu kişilerin fiilleri, “görevi kötüye kullanma” suçu kapsamında mütalâa edilecektir.

Özel güvenlik görevlilerinin, koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yetkileri bulunmaktadır (5188 s. k. md. 7/1-a). Bu yetkilerin aşılması suretiyle haksız arama yapmaları hâlinde, “haksız arama” suçu oluşmasa da, duruma göre, *eylemin cebir veya tehdit içermesi hâlinde*, TCK’nın 106. ve 108. maddeleri kapsamındaki suçlar oluşabilir³⁹. Eğer kişinin hürriyeti kısıtlanmış ise, TCK’nın 109. maddesinde hükme bağlanan “kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçu” da oluşabilir. Bu görevlilerin, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair hükümden (5188 s. K. md. 7/1-a), onların kolluk yetkisi kullanan kamu görevlisi olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen aramanın kamu görevlisinin görev alanına girmesi gerekir⁴⁰. *Arama görev alanlarına girmiyorsa*, haksız arama duruma göre özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilir⁴¹.

B. Mağdur

Mağdur, suçun ihlal ettiği hukukî değer ya da menfaatin sahibi, başka bir

³⁸ **Gülşen**, s. 141- 142; Aksi görüşler için bkz. **Şen** Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s. 497; **Aydın**, s. 152.

Mülga TCK döneminde bu suçu düzenleyen 183. maddesi bağlamında, kanunlarda arama yetkisine sahip memurların bu suçun faili olabileceklerine dair görüş için bkz. **Yaşar** Osman, Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 127.

³⁹ **Şen**, s. 497; Aksi görüş için bkz. **Gülcü** Mustafa, Özel Güvenlik Görevlilerini Kimlik Sorma Arama El Koyma Yetkileri, Polis Dergisi Özel Sayı (Ocak- Şubat- Mart 2003) , Y. 9, S. 34, s. 205.

⁴⁰ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 816.

⁴¹ **Keklik** Ramazan, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 331.

ifadeyle suçun maddî konusunun ait olduğu kişidir⁴². Bu yüzden suçun mağdurunu belirlemeye yönelik açıklamalar suçun hukukî ve maddî konusuna verilen yanıtla doğrudan ilintilidir.

Suçun hukukî ve maddî konusundan hareketle, haksız arama suçunun mağdurunun; hareket serbestîsi, güvenliği ve dokunulmazlığı ihlal edilerek üstü veya eşyası aranan “herkes” olabileceğini söyleyebiliriz⁴³. Haksız aramaya muhatap olan kişinin, isnat yeteneğine sahip olup olmaması önem arz etmez. Çocuklar, akıl hastaları, yabancılar da bu suçun mağduru olabilir⁴⁴.

C. EYLEM (FİİL)

1. Hareket

Ceza Hukukunda fiil; *hareket*, *netice* ve bu ikisi arasındaki *illiyet bağı* kapsayan bir kavramı ifade eder⁴⁵. Hareket ise, insanın maddî ve gerçek âlemdeki davranış biçimidir. Bu davranış bir şeyi yapmak gibi aktif bir tutumu ifade edeceği gibi, hiçbir şey yapmamak gibi pasif bir tutumu da içerebilir⁴⁶. Bu nedenle hareket hem icraî hem de ihmâlî bir niteliğe büründüğünden, “hareket” esas alındığında suçlar, *icra suçları*, *ihmâl suçları* ve *ihmâl suretiyle icra suçları* olarak bir ayrıma tabi tutulurlar.

TCK, kolluk görevlisince “*hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranmasını*” suç saymıştır. Diğer bir deyişle, suça ilişkin fiilin hareket unsuru *kişinin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı şekilde aranmasıdır*. Arama ise, suçların işlenmesinin önlenmesi, hükümlü, sanık veya şüphelilerin yakalanması veya delil elde edilmesi maksadıyla belli yerlerde, şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, eşyasında yapılan araştırma işlemidir⁴⁷.

⁴² **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 129.

⁴³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 342; **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 816; **Hafizoğulları/Özen**, s. 208, **Gülşen**, s. 112; **Yaşar**, s. 127.

⁴⁴ **Hafizoğulları/Özen**, s. 208.

⁴⁵ Neticenin fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak suçun tanımında yer alan bağımsız bir unsurunu oluşturduğuna dair görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, Ceza Hukuku, 102-103.

⁴⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 415-416.

⁴⁷ **Hakeri** Hakan/Ünver Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 187.

Arama, suç delillerinin elde edilmesi, suçların önlenmesi veya yakalama amacıyla yapılır. Maksat, gizli saklı şeylerin bulunmasıdır. Dolayısıyla, açıkta olan görünür şeyler bakımından arama söz konusu olmaz⁴⁸. Örneğin, karnındaki şişkinliğin ne olduğunun sorulması üzerine sanığın suç konusu eroinin bulunduğu paketi kolluk görevlilerine teslim etmesi arama niteliğinde değildir⁴⁹. Ayrıca, “*denetim*” olarak nitelendirilebilecek, suçların önlenmesine dönük kimlik sorma, pasaport kontrolü, motorlu araçların ruhsatı ve sürücü belgesi kontrolü bu bağlamda arama olarak nitelendirilemezler⁵⁰.

Adli ve önleme aramalarının mevzuatta nasıl tanımlandığını çalışmanın genel açıklamalar, eşya ve üst aramasını da suçun maddi konusunun incelendiği kısmında belirtmiştik. Kanun’da aramanın türü belirtilmediğinden kolluk memurunun adli veya önleme aramasını (PVSK md. 2, CMK md. 116, AÖAY md. 5 vd., 18 vd.) hukuka aykırı olarak gerçekleştirmesi arasında fark yoktur. Arama, mevzuatın izin vermediği bir şekilde kolluk görevlisi tarafından gerçekleştirilmektedir.

“*Haksız arama suçu*” incelendiğinde, suçun *seçimlik hareketli* bir suç olduğu anlaşılacaktır. Bu suç tipinde iki ayrı harekete yer verildiği anlaşılmaktadır. Haksız arama suçunun gerçekleşmesi için failin, hukuka aykırı olarak; bir kimsenin üstünü (örneğin o an giydiği elbiselerini) *veya* eşyasını (örneğin aracını) araması gerekir. Bu iki hareket arasında “veya” bağlacı yer aldığından, bu hareketlerin “seçimlik hareket” olduğu anlaşılmaktadır. Bunun gibi, suç tipindeki hareketlerden bir veya birkaçının gerçekleştirilmesi ile işlenebilen suçlara seçimlik (seçenek) hareketli suç denir⁵¹.

Diğer taraftan, madde metninde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranmasından söz edildiğine göre, bu suç icraî bir suç olup ihmâl suretiyle işlenmesine olanak yoktur. Ayrıca haksız arama suçu bağlı hareketle değil, *serbest hareketle* işlenmeye müsait bir suçtur⁵².

⁴⁸ **Hakeri/Ünver**, s.187.

⁴⁹ Yargıtay 10. CD., 10.01.2014, E.2013/12859, K.2014/188 (UYAP’tan alınmıştır).

⁵⁰ **Hakeri/Ünver**, s.189.

⁵¹ **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 149.

⁵² **Şen**, s. 497; **Polat** Levent, Haksız Arama Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 67.

Yukarıda anlatıldığı üzere üst araması, kişinin elbisesinde, ceplerinde, koltuk altında arama yapılmasıdır. Eşya araması ise, kişinin zilyetliğinde veya himayesinde bulunan maddî varlığa sahip ve delil niteliğindeki şeyler üzerinde yapılan aramadır. Toparlayacak olursak, suç, kamu görevlisinin mevzuata uygun arama yapmaması ve yetkilerinin sınırını aşması ile oluşur⁵³. Madde metninde geçen “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi görevin kötüye kullanılmasını ve yetkinin aşılmasını kapsar⁵⁴.

CMK’nın 116. maddesine göre, adlî arama kararı verebilmesi için makûl şüphenin bulunması gerekir. Aynı kanunun 119. maddesi aramanın, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı takdirde, kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerince yapılabileceği düzenlemiştir.

Önleme araması ise PVSK’nın 9.maddesi ile Yönetmelik’in 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar. Bu koşullar oluşmadan kolluğun adlî ve önleme araması yapması hukuka aykırıdır.

Yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır (Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/2). Kolluk memurunun güvenlik bakımından yaptığı bu aramaya önleme üst araması denir. Önleme amaçlı üst araması yapılabilmesi için, “*yakın bir tehlike*” mevcut olmalıdır⁵⁵.

Öğretide, aramanın iki hâlde hukuka aykırı olabileceği ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, kanunda belirtilen geçerli bir arama kararı⁵⁶ olmaksızın ya da

⁵³ Soyaslan, s. 207; Hafizoğulları/Özen, s. 208.

⁵⁴ Madde gerekçesi, Gerekçe için bkz. Yalvaç Gürsel, Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s. 284.

⁵⁵ Yenisey, s. 90.

⁵⁶ “...hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı

bu kararda belirtilen sınırlamalara uyulmaksızın aramanın yapılmış olmasıdır. Diğerine ise, arama esnasında uyulması gereken, aramanın icrasına ilişkin yasal kurallara riayet edilmemesidir⁵⁷. Bu hâllerin varlığı, arama ile ilgili mevzuat hükümlerine göre değerlendirilecektir. Örneğin gündüz yapılması gereken aramanın gece yapılması, hâkim yerine kolluk amirinin arama kararı vermesi, aramada hazır bulunması gereken kişilere engel olunması gibi⁵⁸. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu arama sırasında hazır bulunması gereken kişilerin orada bulunmamasının işlemi hukuka aykırı kılmayacağı kanaâtindedir⁵⁹.

PVSK'nın 9. maddesine göre, arama talep yazısında, arama için makûl sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu şartları taşımayan bir talep yazısı üzerine verilen arama kararının, Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında usûlüne göre verilmiş hâkim kararı niteliğinde olmadığı gündeme gelebilir⁶⁰.

üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda "makul şüphe" değerlendirmesi, başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi gerekirken; davacının konutunda "uyuşturucu maddelerden olan esrar maddesi ve yasak niteliğe haiz iki adet kaleşnikof silah bulunduğu" ilişkin isimsiz telefon ihbarı üzerine, CMK'nın 160. maddesi gereğince, yetkili Cumhuriyet savcılığınca işin gerçeği araştırılmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı dikkate alındığında, yapılan aramanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki ölçüt ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılan arama kararı nedeniyle, davacı lehine makul miktarda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi,..." (Yargıtay 12. C.D., 20.01.2014, E.2013/24450, K.2014/938, UYAP'tan alınmıştır).

⁵⁷ Soyaslan, s. 207; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 399 vd; Polat, s. 67.

⁵⁸ Özbek, İzmir Şerhi, C.II, s. 817.

⁵⁹ "...Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez..." (YCGK., 13.3.2012, 5/235-306).

⁶⁰ "...Arama talep yazısı dosyada mevcut değilse de, arama kararına derc olunan talep yazısındaki gerekçeler anlaşıldığı kadarıyla kanundaki ibarelerin tekrarı niteliğinde, genel ve soyut kavramlardan ibaret olup 1 Eylül - 16 Eylül 2010 tarihleri arasında 16 gün boyunca sürekli arama yapılmasına izin vermeyi haklı kılar nitelikte makul şüphe ve sebepler gösterilmemiştir. Belirtilen sebepler soyut ve genel olup somut gerekçeden yoksun bulunmaları yanında şehirler arası bir yolda 16 gün süre ile adli ve önleme aramasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna

Diğer taraftan, PVSK'nın 4/A maddesinin 6. fıkrasına göre, polis, durdurduğu araçta silâh veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı hâlinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak Yargıtay, hâkim-savcı tarafından verilmiş bir arama kararı bulunmadığı somut olayda rıza ile aracın bagajının açılmasını, "*insan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan 'hukuka aykırı elde edilen delillerin delil kabul edilemeyeceği'*" hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan *adaleti ve hukukî güvenliği* gerçekleştirilmeyi engellememelidir." diyerek hukuka uygun bulmuştur⁶¹.

Yargıtay bir kararında, polis memuru ve gece bekçisi olan sanıkların, olay yerinde görevli olmadıkları ve yasal koşullar bulunmadığı hâlde, bir kahvehaneye girip oradaki kişilerin üzerlerini aramalarının, görevlerinin ve sıfatlarının kötüye kullanılması suretiyle haksız arama suçunu öngören mülga TCK'nın

ulaşan yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. Arama için makul sebeplerin olduğunu gösteren hiçbir olguya yer verilmeden genel ve soyut ifadelere dayalı ve genel aramaya dönüşen söz konusu arama izni yukarıda maddeler halinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, herkesin vazgeçilemez, dokunulamaz temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı, yalnızca şartları varsa Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla kanunla sınırlandırılabilmesi, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyasının aranmayacağı kurallarını boşa çıkaran ve adli aramayı düzenleyen CMK'nun 116.maddesindeki "yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa şüphelinin veya sanığın üstü eşyası, konutu, işyeri, ve ona ait diğer yerler aranabilir" önleme aramasını düzenleyen PVSK'nun 9.maddesinin 2.fıkrasındaki "arama talep yazısında arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleri ile birlikte gösterilmesi gerekir." Biçimindeki hükümleri bertaraf eden bir karar niteliğine dönüşmüştür. Aramanın genel ifadeler dışında haklı ve makul bir gerekçesi gösterilmemiştir. Belirtilen gerekçeler ile tüm yurt sathında arama izni almak mümkün olur ki, bu da hukuk devleti özelliği ile bağdaşmaz.."(Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 07.02.2013 tarih ve E.2012/23508, K.2013/2511 sayılı kararının muhalif üye Mehmet ÖZTÜRK'ün karşı oy gerekçesi, UYAP'tan alınmıştır).

⁶¹ Yargıtay 7. C.D., 03.07.2013, E.2013/5127, K.2013/17549, UYAP'tan alınmıştır. Muhalif üyeler Seyfettin ÇİLESİZ ve Dr. Birsen KARAKAŞ'ın, karşılaştırmalı hukuktan örneklerin yer aldığı, AİHM ve Yargıtay içtihatları ile öğretilen görüşlerle beslediği ayrıntılı ve doyurucu karşı oy gerekçesinde "*kolluk provakasyonu ile elde edilen hukuka aykırı delillerin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği*" savunulmuştur.

183. maddesindeki suçu teşkil ettiğini belirtmiştir⁶².

Kişinin utanma duygularına saygının gereği olarak getirilen düzenleme (bir kadının başka bir kadın tarafından aranması), mutlak anlamda emredici nitelikte olmadığından buna uyulmaması “haksız arama” suçunu meydana getirmez ise de⁶³, memurun disiplin sorumluluğu cihetine gidilebilir. Kişinin üstü aranırken vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi gerekeceğinden, bir üst aramasında kişinin rızası dışında saç-sakal kestirmek, ona ilâç şırınga etmek mümkün değildir⁶⁴. Bunların gerçekleştirilmesi hâlinde, duruma göre *yaralama*, *genital muayene* veya özel *hayatın gizliliğini ihlâl* (md. 134) suçları oluşabilir.

Hukuka aykırı aramanın, konut araması şeklinde gerçekleştirilmesi hâlinde, konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşacağından, bu suç teşekkül etmez (TCK. md. 116, 119/1-e). Üst aramasının hukuka aykırı olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşur.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, TCK’nın 120. maddesinde üst aramasından bahsedildiğinden ve beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması metinde yer almadığından, kanunilik ilkesi gereği kanuna aykırı olarak bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlisi, TCK’nın 257/1. maddesindeki “görevi kötüye kullanma” suçunu işlemiş olur⁶⁵. Ayrıca hâkim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapan kişi, TCK’nın 287/1. maddesindeki suçu işlemiş olur.

2. Netice

Doktrinde “netice”nin ne olduğu hususunda görüş birliğine varılmış değildir. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Neticeyi “normun ihlâli” olarak algılayan ilk gruptaki yazarlara göre; netice, hukukça korunan menfaatin za-

⁶² **Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1995, s. 1730. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...*Olayın açıklanan bu oluş biçimine göre; polis memuru ve gece bekçisi gibi güvenlik görevlisi olan sanıkların eylemi, olay yerinde görevli olmadıkları ve yasal koşulları bulunmadığı halde, memuriyet görevlerini ve sıfatlarını kötüye kullanarak, kişilerin üzerlerini aramaktan ibarettir. Bu eylem de TCK. ’nın 183. maddesinde ki suçu oluşturur...*”(YCGK. 26.6.1979, E.2011/8-278, K.2012/96).

⁶³ **Manzini**, s.759 (Nakleden: **Gülşen**, s. 143).

⁶⁴ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 416.

⁶⁵ **Gülşen**, s. 145.

rara veya tehlikeye sokulmasıdır⁶⁶. Buna göre, bütün hareketlerin bir neticesi vardır ve dolayısıyla bütün suçlar neticeli suçlardır. Neticeyi tabiâtçı anlamda algılayan yazarlara göre ise; netice, zaman olarak hareketten sonra gelen ve onun maddî âlemdeki doğal sonucudur⁶⁷. Bu görüşte olan bir kısım yazarlara göre, netice, her zaman suçun zorunlu bir unsuru değildir. Bu tür suçlar, belli bir hareketin yapılmasıyla tamamlandığından, bunlara *sırf hareket suçları* da denmektedir.

Bu genel açıklamalardan sonra konuya döndüğümüzde, bu suç hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünün veya eşyasının “aranması” ile tamamlanır. Diğer bir anlatımla, bu suç *sırf hareket suçu* olarak düzenlendiğinden, tamamlanması için belli bir neticenin veya zararın gerçekleşmesi gerekmez⁶⁸. Öte yandan bu suç yönünden suçun tamamlanması ile bitmesi farklılık gösterir. Haksız arama suçu, dokunmakla tamamlanır ve fakat temadî eden üst veya eşya arama işleminin sonunda biter⁶⁹. Örneğin, suç, üstünün aranması için kişinin durdurulup elbiselerinin yoklanması ile tamamlanır ancak kişinin hareket serbestisine yönelik engeller kalktığında (kişi hareket serbestisine kavuştuğunda) sona erer. Kolluk görevlisinin suçun tam cezası ile cezalandırılması için bitmesi gerekmez, tamamlanması yeterlidir⁷⁰. Kısa süre önce başlayan aramaya, o esnada oradan geçen amirin emri ile son verilmesi bile suç tamamlandığından, fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır.

Suçun *tamamlanması* ile *bitmesinin* farklı zamanlarda gerçekleşmesi bu suçu “zarar suçu” hâline getirmez. Burada devam eden “zarar” değil, “hukuka aykırılık”tır. Suçun oluşması için bir zararın ortaya çıkması gerekli olma-

⁶⁶ **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s. 122.

⁶⁷ **Yalçın Sancar** Türkan, Mütessesil Suç, Ankara 1995, s. 24.

⁶⁸ Öğretide şekli suçlara, “neticesi harekete bitişik suç”, “sırf hareket suçu” ya da “neticesiz suçlar” da denilmektedir (**Özbek**, İzmir Şerhi, s.133; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 433; **Demirbaş**, s. 216); Belirtelim ki, şekli suçlarda da neticenin bulunduğu ve bu neticenin hareketten yer ve zaman bakımından ayrı değil, aksine yanında ve ona bağlı durumda olduğuna dair görüşler için bkz. **Özbek**, İzmir Şerhi, C.I, s.134.

⁶⁹ **Erem** Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1985, s. 245; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 342-343; **Yaşar**, s. 127; Suçun ani suç olduğuna dair görüş için bkz. **Hafızoğulları/Özen**, s. 208;

⁷⁰ Suçun “tamamlanması” ile “bitmesi” kavramlarının geniş açıklamaları için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 481-482.

diğından, suçun tehlike suçu olduğu anlaşılmaktadır⁷¹.

3. Nedensellik Bağı

Neticeli suçlarda *hareket* ile *netice* arasında *nedensellik bağı* bulunmalıdır. Bu suçlarda, zaman olarak hareketten sonra gelen ve onun maddî âlemdeki doğal sonucu olan neticenin, faile yüklenebilmesi için, bu neticenin, failin hareketi sonucu oluşmuş olması gerekir. Bu durum, Anayasa'nın 38. maddesinde hükme bağlanan cezaların şahsiliği ilkesinin doğal sonucudur. Ancak, hareketin nedenselliği, sonucun objektif olarak faile isnadiyeti için tek başına yeterli değildir. Faili hareketinden dolayı sorumlu tutabilmemiz için, ortaya çıkan neticenin onun hareketinden kaynaklanması ve bu neticenin ona isnat edilebilir olması gerekir⁷².

Haksız arama suçu, sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden ve bu tür suçların oluşması için hareketin yapılması yeterli sayıldığından, bu suç yönünden nedensellik bağı problemi çıkmaz. Hareketin bir tehlike oluşturup oluşturmadığının ayrıca araştırılması gerekmez⁷³.

IV. SUÇUN MANEVÎ UNSURU

Ceza hukukunda “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesi geçerli olduğundan, kusurlu hareket etmeyen kişiye ceza verilemez. Suçun unsurlarının incelenmesinde genel kabul gören iki temel yaklaşımdan biri olan suçun ikili ayrımında suçun unsurları “*maddî*” ve “*manevî*” unsurlar olarak; üçlü ayrımında ise, “*tipiklik*”, “*hukuka aykırılık*” ve “*kusurluluk*” biçiminde ortaya konulmaktadır. Burada hangi ayrım benimsenirse benimsensin, adına “*manevî unsur*” ya da “*kusurluluk*” denilen, fiil ile fail arasındaki psişik bağı ifade eden unsur ise, objektif sorumluluk hâlleri bir kenara bırakılırsa kasıt ve taksir biçiminde ikiye ayrılır⁷⁴. Diğer yandan TCK'nın 61/1-f hükmünde “*failin kasıt veya taksire dayalı*

⁷¹ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 817.

⁷² **Özbek Veli Özer**, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Fiilin Objektif Isnat Edilebilirliği Sorunu”, Baki Kuru'ya Armağan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 417 vd.

⁷³ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 817.

⁷⁴ **Kurşun Günal**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 152

kusurunun ağırlığı” ifadesinin kullanılmış olması da kast ve taksirin kusurluktan ayrı düşünülmeceğinin göstergesidir⁷⁵.

Haksız arama suçunun manevî unsuru genel kasıt olup, bu suç taksirle işlenemez. Suçun manevî unsurunun özel kasıt olabileceğine ilişkin herhangi bir ifade yoktur⁷⁶. Bu suç yönünden kasıt, *kolluk görevlisinin bir kimsenin üstünü veya eşyasını aradığını bilmesi ve istemesidir*⁷⁷. Fail yetkisini aştığının bilincinde olmalıdır. Yetkisini kasten aşmıyorsa, bu suç taksirle işlenemeyeceğinden, kasıt yokluğundan suç oluşmaz⁷⁸. Ancak, bu hâlde fail hakkında disiplin cezası gerekebilir⁷⁹.

Bu suç yönünden saikin önemi yoktur⁸⁰. Ayrıca aşırı vazifeperverlik ile yetkiler kötüye kullanılarak veya aşılarak arama gerçekleştiği takdirde de, kasıt varlığını devam ettirmektedir, ortadan kalkmış değildir⁸¹. Arama sonucunda suç unsurlarına ulaşılması bu sonucu değiştirmez. Bu konu delil yasaklarıyla ilgilidir.

Öte yandan, TCK'nın “*Hata*” başlıklı 30/1 hükmünde, “*Failin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre suçun maddî unsurlarında hata *kusuru* değil, sadece *kasıt* ortadan kaldıracaktır⁸². Önleme aramasının koşulları mevcut olmadığı hâlde, koşulların gerçekleştiğini düşünerek, diğer bir deyişle arama şartlarının gerçekleşmediğini bilmeden bir kimsenin üstünün arayan kişinin bu hatası kasıtı kaldıracağından ve bu suç taksirle de işlenemeyeceğinden, failin cezalandırılmaması gerekir⁸³.

⁷⁵ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 239.

⁷⁶ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 817.

⁷⁷ **Soyaslan**, s. 207; **Hafizoğulları/Özen**, s. 208; **Gülşen**, s. 145; **Şen**, s. 498; **Polat**, s. 70.

⁷⁸ **Soyaslan**, s. 208.

⁷⁹ **Erem**, s. 245.

⁸⁰ **Erem**, s. 245.

⁸¹ **De Gennaro Domenico/Bruno Bruno**, Nozioni Di Diritto Penale, Parte Speciale, Piacenza, 1970, s. 271(Nakleden: **Gülşen**, s. 146).

⁸² **Özbek Veli Özer**, “Türk Ceza Hukuku’nda Hata (md. 30)”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, S. 7, s. 86.

⁸³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 209.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, bu suç tipinde, suçun “*hukuka aykırılığı*”na özellikle işaret edildiği görülmektedir. Kanun koyucu bu suretle, failin suçun hukuka aykırılığını bilmesini, deyiş yerinde ise, işlediği fiilin hukuka aykırılığı konusunda doğudan kastla hareket etmesini aramıştır⁸⁴. Bu bakımdan suçun maddî unsurlarının yanında, failin suçun hukuka aykırılığının bilincinde olup olmadığı ayrıca araştırılacaktır⁸⁵. Şayet fail bu bilince sahip değilse, kasten hareket etmiş olmaz. Çünkü TCK’nın 21. maddesine göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlanmıştır. Kasıt da, suçun kanunî tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak belirtilmiştir. Bu nedenlerden dolayı bu suç olası kasıtlı işlenemez⁸⁶.

V. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Hukuk düzeni, bazı hâllerde, yasaklanan bir davranışın, belli koşullar altında gerçekleştirilmesine izin vermektedir. Bu durum ceza hukuku bakımından da geçerlidir. Ceza hukuku da bir hükmüyle yasakladığı veya emrettiği bir davranışın, bir başka hükmüyle yapılmasına veya yapılmamasına izin verebilir⁸⁷. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinden maksat, “yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hâl”dir. Kanun ve nizamların izin verdiği arama hâllerinde suçun oluşmayacağı açıktır. Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması hâlinde hakkında beraât kararı verilecektir (CMK md. 223/2-d).

Hukuka aykırılık suçun genel bir unsuru olup, tüm hukuk düzeninin fiil hakkındaki değersizlik yargısını ifade etmektedir⁸⁸. Buna karşın kanun koyucunun, bazı suç tiplerinde, suçun hukuka aykırılığına özellikle işaret ettiği gö-

⁸⁴ **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 242; Aksi görüş için bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 205.

⁸⁵ **Koca**, s. 118-119.

⁸⁶ Aksi görüş için bkz. **Gülşen**, s. 145.

⁸⁷ **Hafizoğulları** Zeki, Ceza Hukuku Ders Notları, www.zekihafizoğullari.com, s. 236, erişim: 05.04.2007).

⁸⁸ **Koca** Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S.1, Ekim 2006, s. 114.

rülmektedir. İnceleme konusu suç açısından da durum böyledir. Dolayısıyla, suçun oluşması için, failin isteyerek işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmiş olması gerekmektedir.

Suçun oluşabilmesi için, tüm unsurların gerçekleşmesi gerekir. Hukuka uygunluk sebebi, suçun “*hukuka aykırılık*” unsurunu ortadan kaldırarak, fiili hukuka uygun hâle getirir⁸⁹. Hukuka uygunluk nedenleri, yapısına uygun olmak koşulu ile her suç için söz konusu olabilen “*genel hukuka uygunluk nedenleri*” ve sadece belli suçlar ve belli durumlar için söz konusu olabilen (savunma dokunulmazlığı gibi) “*özel hukuka uygun nedenleri*” olmak üzere ikiye ayrılır. Genel hukuka uygunluk nedenleri, TCK’nın 24, 25 ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebinin TCK veya diğer kanunlarda düzenlenmiş olması, beraât kararı verilmesini engellemez.

TCK, hukuka uygunluk sebeplerini birinci kitap ikinci kısım ve ikinci bölümde “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” arasında düzenlemiştir. Bunlar *kanunun hükmünü yerine getirme* (TCK md. 24/1), *meşrû savunma* (TCK md. 25/1), *hakkın kullanılması* ve *ilgilinin rızasıdır* (TCK md. 26).

Hukuka uygunluk sebeplerine konumuz açısından kısaca değindikten sonra, “görevin ifası” ve “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebepleri ile “zaruret hâli”ni ve hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatayı düzenleyen “haksızlık yanılgısı”ni incelemek yerinde olacaktır.

B. “Görevin İfası”, “İlgilinin Rızası”, “Zorunluluk Hâli” Nedenlerinin Suç Yönünden Değerlendirilmesi

Yönetmelik’in 8. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde; TCK’nın 24. maddesindeki kanunun hükmünü ve âmirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşrû savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca

⁸⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 264.

bir arama emri ya da kararı aranmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, çok kısa zaman içerisinde eylem yapacağı (gerçekleşmesi muhakkak olan haksız bir saldırı) ihbarı alınan ve üzerinde bomba bulunan bir kişinin üstünün aranması, meşrû müdafaa koşulları içerisinde gerçekleştiğinden hukuka uygundur.

Haksız aramaya muhatap olanların, faile (haksız arama yapan kolluk görevlisine) yönelik eylemlerinin hukuka uygunluğunu ise iki ipoteze göre değerlendirmek gerekir. Bunlardan ilki, kolluk görevlisinin arama esnasında uyulması gereken, aramanın icrasına ilişkin yasal kurallara riayet etmemesi veya arama kararında belirtilen sınırlamalara uymaksızın aramayı icra etmesi durumudur. Bu hâlde, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlendiğinden haksız tahrik hükümlerine göre failin cezası indirilecektir. Ancak geçerli bir arama emri/kararı olmaksızın arama yapmak isteyen kolluk görevlisine yönelik işlenen fiillerden dolayı meşrû savunma hukuka uygunluk sebebinden dolayı faile ceza verilmemesi gerekir. Örneğin 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88/1. maddesine göre; “*Ağır Cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz...*”. Bu hükme rağmen herhangi bir kolluk görevlisi bir hakim veya savcının üzerini aramaya çalışması nedeniyle mukavemete maruz kalırsa, fiilde hukuka aykırılık unsuru mevcut olmadığından suç oluşmayacaktır⁹⁰. Fail burada memura mukavemet etmekle üzerinin aranmasını engelleyerek özgürlüğüne yönelen bir hareketi defetmektedir⁹¹.

Kanunun hükmünü yerine getiren de amirin emrini ifa eden de bir “görevi” ifa etmektedir. Birinde görevin kaynağı “*kanun*” diğeri ise “*amirin emri*”dir⁹².

Amirin bağlayıcı (meşrû) emrinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Mevzua-

⁹⁰ Arslan Çetin, “Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtimai Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.51, S.2, Y. 2002, s. 70-71. Yazara göre, kolluk görevlisinin “hiçbir şekilde görevine girmeyen” veya “kanun ile kendisine yasaklanan” bir hususta bir fiil ika ederken herhangi bir mukavemetle karşılaşması durumunda haksız tahrik hükmü nedeniyle ceza indirimi değil; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin (ör. meşrû savunma) varlığı nedeniyle suçun hiç oluşmaması gerekir.

⁹¹ Arslan, s. 71.

⁹² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 284.

tımızda, bu durumun kusuru kaldıran bir sebep olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu tartışmalara girmeden şu kadarını söylemek gerekirse; yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan ceza verilmez (TCK md 24/2; CMK md. 223/3-b). Hiçbir yetkili merci emri başkasının üstünün ve/veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranmasını öngörmez. Başkasını hukuka aykırı olarak aramayı öngören emrin konusu “suç”tur. Bu emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur (TCK md. 24/3). Uygulamada sıkça görüldüğü üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, sözlü emirle kolluktan arama yapmasını istemesi ve ardından yazılı emri göndermesi hâlinde kolluğu sorumlu tutmamak mümkün değildir⁹³.

CMK’ya göre (md. 119/1), hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının **yazılı emri** ile yapılabilir. Önleme araması ise, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca varsa mülkî amirin yazılı emri ile yapılabilir (Yönetmelik md. 19). Bu nedenle, kolluk amirinin emri ile üst aramasının gece konutta yapılması ayrıca haksız aramasuçu teşkil eder.

TCK’nın 24/1 hükmüne göre, “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*”. Buradaki “kanun” deyimini “yazılı hukuk kuralları” şeklinde anlamak gerekir⁹⁴. Mevzuatta, şüpheli veya sanığın kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla hâkim kararı veya savcı veya kolluk amirinin yazılı emri olmasa da kolluğun kabaca üst araması yapılabilmesi kabul edilmiştir (Yönetmelik md. 8/b). Buna göre, doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst araması, mevzuattan kaynaklandığından arama işlemi hukuka uygundur. Toparlayacak olursak, kolluk, mevzuat

⁹³ Aksi görüş için bkz. **Gülşen**, s. 15.

⁹⁴ **Koca**, s. 130.

(CMK, PVSK, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği vb.) uyarınca kişinin üstünde ve eşyalarında arama yaparsa, *kanun hükmünü* yerine getirdiğinden fiilleri hukuka uygun olacaktır.

TCK'nın 26/2 hükmüne göre; “*Kişinin ‘üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere’ açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”. Bu sebebin haksız arama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağını belirtmek gerekir. Çünkü bu hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere rızasını açıklaması gereklidir. Mağdurun aramaya rıza göstermesi, failin eylemini hukuka uygun kılmaz. Haksız arama insan haysiyetine, onuruna bir tecavüz teşkil ettiğinden, kişinin haysiyeti üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi yoktur. Diğer bir anlatımla, mağdurun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı burada bulunmamaktadır. Yönetmelikteki *rıza ile arama* yapmaya cevaz veren düzenleme Danıştay tarafından iptâl edilmiştir⁹⁵. Bu suçun ihdas edilme gerekçelerinden biri de görevin kötüye kullanılmasının önlenmesidir; suç, “*mağdurun rızası*” hukuka uygunluk nedeninden bağımsız olarak kanunda öngörülmüştür⁹⁶.

Kanuna göre *zorunluluk hâli*, bir kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve kesin bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak

⁹⁵ “...Anayasanın “*Temel Haklar ve Ödevleri*” kısmında yer verilen “*özel hayatın gizliliği*” ve “*konut dokunulmazlığı hakkı*” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken, anılan hakların “*vazgeçilmez*” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde “*ilgilinin rızası*”na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “*özel hayatın gizliliği*” ve “*konut dokunulmazlığı*” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “*rıza*” müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır...” (Danıştay 10. Dairesi, T.13.3.2007, E.2005/6392, K.2007/948, UYAP’tan alınmıştır.).

⁹⁶ **Gülşen**, s. 130.

zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlediği fiildir (TCK md. 25/2). Zorunluluk hâli, Türk öğretisinin klâsik sistematığında bir “hukuka uygunluk sebebi” olarak incelenmekte ise de; TCK, hukuka uygunluk sebepleri (*meşrû savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, kanun hükmünü yerine getirme*) ile kusurluluğu etkileyen hâlleri (*cebir, şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, hata*) aynı başlık altında düzenlemiştir. Bu nedenle, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği tartışmalı hâle gelmiştir⁹⁷. Madde gerekçesinde ise, “kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli...” denilmek suretiyle düzenlemenin “hukuka uygunluk sebebi”ne değil, “kusurluluğu kaldıran bir hâl”e işaret ettiği belirtilmiştir⁹⁸.

Yangın, deprem gibi doğal afet durumlarında ve imdat istenmesi üzerine kişinin üstünün ve eşyalarının aranması hâlinde, sanık hakkında zorunluluk hâli nedeniyle ceza tertibine gidilmeyecektir.

C. Haksızlık Yanılgısı

TCK’nın 30. maddesinin son fıkrasında, *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen* kişinin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Öğretide genel olarak “haksızlık yanılgısı” şeklinde adlandırılan bu hüküm ile failde haksızlık bilinci bulunmadığından, *kaçınılmaz hata* “kusurluluğu ortadan kaldıran bir hâl” sayılmıştır⁹⁹. Diğer bir anlatımla, haksızlık yanılgısı, kişinin, hukuka aykırı ve meşrû olmayan fiilini, *hukuka uygun ve meşrû* sanmasıdır. Burada kişinin subjektif durumu ile normlar dünyası arasında bir uyumsuzluk söz konudur¹⁰⁰. Bu hâlde kişi, işlediği fiilin maddî şartlarına ilişkin tüm hususları bilmekte olup bu konuda bir yanılgıya düşmüş değildir,

⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özbek** Veli Özer, **Doğan** Koray, “Zorunluluk Hâlinin (TCK md. 25/2) Hukukî Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, İzmir 2007, s. 195-222.

⁹⁸ **Özbek/Doğan**, s. 195.

⁹⁹ **Soyer Güleç** Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.1, İzmir 2008, s. 69.

¹⁰⁰ **Koca**, s. 118; **Koca** Mahmut/**Üzülmüş** İlhan, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, Haziran 2007, s. 43;

ya hukuka uygunluk sebebinin varlığında ya da yasaklayıcı normu gözden kaçırmada hataya düşmüştür¹⁰¹. Hukuka uygunluk sebebinin varlığında düşülen kaçınılmaz hata, kişide *haksızlık bilinci* olmaması nedeniyle kişinin *kusurluluğunu kaldırmakta* ve cezalandırılmasını engellemektedir¹⁰². Yıllarca yurt dışı görevinde bulunup yurda dönen polis memurunun, amirin sözlü emrini hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu sanması halinde hâkim, failin, durumu itibariyle kendisinden beklenebilecek olan anlayış, değer yargısı veya bilgiye rağmen failinin haksızlık teşkil ettiğini bilmediğini tespit edebiliyorsa hukukî yanılmanın varlığından söz edilebilir¹⁰³. Bu açıdan, burada vicdanî kanaât son derece önemli hâle gelmektedir.

VI. BENZER/YAKIN SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Haksız arama suçu; *konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlâl, görevi kötüye kullanma, genital muayene* ve özel hayatın gizliliğini *ihlâl* suçlarıyla zaman zaman karıştırılmaktadır. Dolayısıyla bu suçlarla arasındaki farklılıkların ortaya konulması gerekir.

Haksız arama suçu görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Ancak bu suç, görevi kötüye kullanma suçundan farklılıklar gösterir. Şöyle ki:

1- Bu suçun faili yalnızca “arama yetkisine sahip olan kamu görevlileri” olabilir iken, görevi kötüye kullanma suçunun faili “herhangi bir kamu görevlisi” olabilir. Bu bakımdan *arama yetkisine sahip olmayıp haksız arama yapan kamu görevlilerin filleri*, “görevi kötüye kullanma” olarak değerlendirilecektir.

2- Bu suç, *hukuka aykırı olarak üst ve eşya araması yapılarak* işlenirken, görevi kötüye kullanma suçu yönünden kamu görevlisi, *görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak suretiyle* bu suçu işlemektedir.

¹⁰¹ Daha ayrıntılı açıklamalar ve bu konuda ayrımlar için bkz. **Koca/Üzülmez**, Ceza Hukuku,237; **Soyer Güleç**, s. 74.

¹⁰² **Koca/Üzülmez**, Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 44.

¹⁰³ **Soyer Güleç**, s. 83.

3- Bu suç, TCK'nın kişi hürriyeti ve dokunulmazlığını koruyan hükümlerinin yer aldığı "*Hürriyete Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiş iken, görevi kötüye kullanma suçu "*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir.

Üstü ve/veya eşyası hukuka aykırı şekilde aranan kişinin, özel hayatının gizliliğine de müdahale edilmiş olur. Bu bağlamda, haksız arama suçu "*özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu*"nun da özel bir şeklidir. Aralarındaki farklılıklar ise şunlardır:

1-Özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu, diğerinden farklı olarak TCK'nın "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir.

2- Haksız arama suçu özgü bir suç iken, **özel** hayatın gizliliğini ihlâl suçunun faili herkes olabilir.

Haksız arama suçu, "*genital muayene suçu*"ndan (TCKmd.287) da farklılık gösterir. Genital muayene, "cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene" olarak değerlendirildiğinden, bir kimsenin üstünü aramak kişinin cinsel organlar veya anüs bölgesine müdahale yetkisi vermez. Vücudun genital bölgelerinde yapılacak arama/araştırma işlemleri "arama" değil, "beden muayenesi"dir. Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail, TCK'nın 287/1. maddesindeki suçu işlemiş olur. Haksız arama suçu özgü bir suç iken, genital muayene suçunun faili kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapanlardır.

Ve nihayet, haksız arama suçu ile konut dokunulmazlığının ihlâli suçu arasındaki farklılıklara değinmek gerekirse; haksız arama suçu, kişinin üstünün veya zilyetliğinde/himayesinde bulundurduğu eşyalarının aranmasıyla oluşurken, konut veya iş yerinde yapılan arama ise, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturur. Haksız arama suçu özgü bir suç iken, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun faili herkes olabilir. Haksız arama suç re'sen soruşturulması gereken bir suç iken; fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi durumları müstesna, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun takibi şikâyete bağlıdır. Üst aramasının hukuka aykırı olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, her iki suç birlikte işlenmiş olur.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI VE SORUŞTURMA YÖNTEMİ

A. Teşebbüs

Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır (TCKmd. 35). TCK'ya göre *teşebbüsün dört şartının* olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar; *belirli bir suç işleme kastı, icra hareketlerinin sonucu meydana getirmeye elverişli olması, suçun icrasına başlanması ve nihayet failin elinde olmayan nedenlerden ötürü suçun tamamlanamamasıdır.*

Bu suç *neticesi hareket bitişik* suçlardan olduğundan, hareketin yapılması ile suç tamamlanmış olur. Bu tür suçlara teşebbüs *kural olarak* mümkün değildir. Ancak, *icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda* teşebbüsten söz edilebilir. Bu çerçevede, biz, bu suç yönünden, icra hareketlerinin bölünebildiği hâllerde teşebbüsün mümkün olacağı kanaatindeyiz. Hukuka aykırı arama kararının failin elinde olmayan sebeplerle uygulanamaması hâlinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir¹⁰⁴.

İcra hareketleri aşamasında haksız arama yapan, icra hareketlerinden gönüllü vazgeçerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır (TCKmd. 36). Ancak bu durumda kararı verenin, teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Kararı verenin hareketinin nedensel değerini ortadan kaldırmasına bağlıdır. Bu ise kararın geri alınması veya hukuka uygun hâle gelmesi ile mümkün olabilir¹⁰⁵.

TCK sisteminde suç tamamlandıktan sonra *cezayı kaldırın* veya *cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî bir sebep* olarak kabul edilen “etkin pişmanlık” hükümleri, özel hükümlerde ve belli suç tipleri için düzenlenmiştir. Suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, fail kendi iradesiyle suçun haksız etkilerini (örneğin çalınan eşyanın iade edilmesi) ortadan kaldırmaktadır. Kimi durumlarda etkin pişmanlık cezada indirim sağlarken bazen de cezayı kaldırın bir hâl olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 223/4-a hükmünde; işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen etkin pişmanlık dolayısıyla-

¹⁰⁴ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 818.

¹⁰⁵ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 818.

la “fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmesi düzenlenmiştir. CMK’nın 171/1. maddesi uyarınca cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı hâlinde cumhuriyet savcısı “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verebileceğinden, dava açılması hâlinde bu hüküm çeşidi verilir¹⁰⁶.

Haksız arama yapan kamu görevlisinin, suç sonrası etkin pişmanlık gösterip arama sonucunda el koyduğu eşyaları iade etmesinin, cezasına etkisi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçme gibi genel bir düzenleme olarak değil, özel hükümlerde ve belli suç tipleri için düzenlenmiştir. Ancak böyle bir düzenleme olmazsa dahi, CMK’nın 231. maddesi kapsamında değerlendirme yapılırken, sanığın kişilik özellikleriyle ilgili koşul bakımından bu husus nazara alınabilir.

B. İştirak

Bu suç yönünden iştirak özellik arz etmez, genel hükümler uygulanır. Ancak, bu suç özgü suç niteliğinde olduğundan, özü suçlara iştirak kurallarının uygulanması gerekmektedir. Özgü suçlara iştiraki düzenleyen TCK’nın 40/2. maddesine göre; “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”. Bu düzenleme gereğince kolluk görevlisi, diğer kişiler ile birlikte hukuka aykırı olarak kişinin üstünde veya eşyasında arama yaptığında, kolluk görevlisi suçun faili, diğer kişi ise yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

Arama kararı veren ile icra edenlerin farklı kişiler olması hâlinde iştirak iradesinin araştırılması gerekir. Arama kararı hukuka uygun, icrası hukuka aykırı ise, kararı veya emir verenin sorumlu tutulması için iştirak iradesinin olması gerekir¹⁰⁷.

C. İçtima

Haksız arama tek bir davranış ile değil, birden fazla davranışla gerçekleş-

¹⁰⁶ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Kurşun**, s. 178 vd.

¹⁰⁷ **Özbek**, İzmir Şerhi, C.II, s. 818.

tirilebilecek eylemlerdir. Aynı hedefe yönelmiş hareket parçalarının(davranışların) çokluğu birden fazla suçu oluşturmaz. Dolayısıyla haksız arama sayılan bir eylemin başlangıcından sonuna kadar geçirdiği aşamalar (örneğin kişinin ceketinin aranması, ceplerinin aranması...) zincirleme suçta vücut vermez.

“Haksız arama suçu” incelendiğinde seçimlik hareketli bir suç olduğu anlaşılacaktır. Bu suç tipinde iki ayrı harekete yer verildiği anlaşılmaktadır. Haksız arama suçunun gerçekleşmesi için failin, hukuka aykırı olarak;

- a) Bir kimsenin üstünü (örneğin o an giydiği elbiselerini) araması veya
- b) Eşyasını (örneğin aracını) araması gerekir.

Bu iki hareket arasında “veya” bağlacı yer aldığından, bu hareketlerin “seçimlik hareket” olduğu anlaşılmaktadır. Bunun içindir ki, bu seçimlik hareketlerden her birinin yapılması ile suç “haksız arama” suçu oluşacağı gibi, ikisinin birden yapılması ile de tek suç oluşur.

Haksız arama fiili, birden çok mağdura karşı işlenmişse “zincirleme suçtan söz edilemez. Bu durumda suçun mağdurları farklı olup, zincirleme suç hükümünün uygulanması için “aynı mağdur” koşulu arandığından, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Diğer yandan, TCK’nın 43. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda” zincirleme suç hükümleri uygulanır.

Aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura karşı farklı zamanlarda haksız arama fiili işlenir ise, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹⁰⁸.

Haksız arama suçu, “görevi kötüye kullanma” suçunun özel bir şekli olduğundan, görevini kötüye kullanarak haksız üst ve eşya araması yapan kamu görevlisi, cezası daha az olan haksız arama suçundan sorumlu tutulacaktır¹⁰⁹.

Hukuka aykırı aramanın konut araması şeklinde gerçekleştirilmesi hâlinde,

¹⁰⁸ **Gülşen**, s. 153.

¹⁰⁹ **Gülşen**, s. 153; Türk Ceza Kanunu’nun Öntasarısında (1997) bu maddenin ayrı bir suç olarak düzenlenmesindeki esas amacın, kişi hürriyetini sadece üst aramak şeklinde ihlal eden kamu görevlisinin fiilinin daha az vahim olduğunun düşünülmesi olduğu belirtilmiştir (TC Adalet Bakanlığı, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, s. 225).

“konut dokunulmazlığını ihlâl” suçu oluşacağından, fiil haksız arama suçuna vücut vermez (TCK md. 116, 119/1-e). Üst aramasının hukuka aykırı olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca “konut dokunulmazlığını ihlâl” suçu oluşur. Bu nedenle fail, *gerçek içtima* hükümlerine göre her iki suçtan cezalandırılacaktır.

Üstü ve/veya eşyası hukuka aykırı aranan kişinin özel hayatının gizliliğine de müdahale edilmiş olur. Bu durumda hem özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu (md. 134/1) hem de haksız arama suçu gerçekleşir. Diğer bir anlatımla, tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması söz konusu olur. Haksız arama suçu, diğerine göre özel nitelikte olduğundan, fail haksız aramaya ilişkin hükümlere göre cezalandırılır¹¹⁰.

Kolluk görevlisi zor kullanma yetkisine sahip olduğundan, arama görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, “kasten yaralama” suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCKmd. 256).

D. Suç İçin Tayin Edilen Ceza ve Suçun Soruşturulması

TCK'nın 120. hükmüne göre, bu suçun yaptırımı *üç aydan bir yıla kadar hapis* cezasıdır. Bu suç, re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suçtur. Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bu suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır (TCK. md. 266).

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması madde metninde herhangi bir izne ve şarta bağlanmamıştır. Adli arama esnasında görevlerini kötüye kullanan kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK md. 161/5). Bu suça ilişkin olarak *en üst dereceli kolluk görevlileri hakkında ise* “hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usûlü” uygulanacaktır¹¹¹. *Ancak, önleme araması sırasında görevlerini kötüye kullanarak hukuka aykırı arama yapan kolluk görevlileri hakkında*

¹¹⁰ Keklik, s. 330.

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 343; Gülşen, s. 155.

4483 sayılı Kanun gereğince “soruşturma izni” talep edilmesi gerekir. Arama yetkisi bulunmayan kolluk görevlisi bakımından soruşturma izni talep edilmesi gerekmez¹¹².

Cezanın bireyselleştirilmesi bakımından hâkim, TCK’nın 61. maddesinde belirtilen hususlara uygun bir şekilde işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. Temel cezanın belirlenmesinde, kanunda belirtilmeyen gerekçelerle ile alt sınırdan uzaklaşılmalıdır. Genel, soyut ve cezanın bireyselleştirilmesi kurallarına aykırı surette (örneğin uygulamada sıkça yapıldığı üzere “nedenleri bulunmadığı” gerekçesiyle) ceza tayin edilmesi Yargıtay’ca bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir.

E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Madde itibarıyla yetki (görev) 5235 sayılı kanuna göre belirlenir. 5235 sayılı *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*’un (6545 sayılı Kanun’un 49. maddesi ile değişik) 11. maddesine göre, görevli mahkeme **asliye ceza mahkemesidir**.

Yer bakımından yetki ise, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Nitekim bu husus CMK’nın 12/1. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Fıkra hükmüne göre; “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.*” Dolayısıyla, hukuka aykırı olarak üst veya eşya aramasında bulunulan yer mahkemesi, bu suçlarda yer yönünden yetkilidir.

SONUÇ

Kişinin üst ve/veya eşyasının aranması, kişinin, temel ve vazgeçilmez haklarından olan “özel hayatın gizliliği” ve “kişi dokunulmazlığı” haklarına sınırlarından

¹¹² “...Oluşa ve dosya içeriğine göre katılanın, aracını kaymakamlık binası önüne park etmesi, almaya geldiğinde de, kaymakam şoförü olan polis memuru sanık ile park ettiği yer konusunda tartışmaları ve sanığın, bu sırada haksız arama eylemini gerçekleştirdiği anlaşılacakla, arama yapma görevi bulunmayan sanığın, atılı suçu görevi sebebiyle işlediğinden de söz edilemeyeceğinden, soruşturmanın, 4483 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamakla, 1 no’lu kanun yararına bozma isteminin REDDİNE, ...” (Yargıtay 2. C.D., 09.12.2009, E.2009/42550, K.2013/46414, UYAP’tan alınmıştır).

lama getiren ağır bir müdahaledir. Bu nedenle söz konusu haklara yapılacak müdahalelerin şartları ve sınırları Sözleşme'nin 8. maddesi ile Anayasa'nın 17., 20. ve 21. maddelerinde açık şekilde gösterilmiştir.

Ancak bütün usûl ve esasları mevzuatta gösterilmiş olmasına karşın, çeşitli saiklerle hukuka aykırı şekilde kişilerin üst veya eşyaları aranmaktadır. Gerçekleştirilen bu hukuksuzluk, kişilerin kolluğun talebi sonucu alınmış bilinçsiz ve anî rızalarıyla meşrûlaştırılmaktadır. Uygulamada, hukukî yol ve yöntemler yerine, usûl kuralları dolanılarak maddî gerçeğe ulaşılmaya çalışıldığı bilenen bir gerçektir.

Kanunkoyucu, -suçun cezasının süresi bir kenara bırakılırsa- bu suça özel bir önem vererek görevi kötüye kullanma suçundan ayırık olarak düzenlemiştir. Buna rağmen, uygulamada, haksız arama konusu sadece "hukuka aykırı delil" hususu tartışılırken gündeme getirilmiş, aramanın hukuksuzluğunun tespitiyle yetinilmiştir. Ülkemizde, haksız aramayı gerçekleştirenler hakkında çeşitli saiklerle cezaî veya idarî soruşturma açılmaması hem normun caydırıcılığını azaltmış hem de hukuka aykırı delil elde etmeyi olağan bir hâle getirmiştir. Yargıtay'ın bu uygulamalara meydan veren içtihatları ise kanayan başka bir yaradır.

Yargıtay'ın haksız arama suçunu irdelediği kararları, bir elin parmak sayısını geçmeyecek kadardır. Bu suça ilişkin bir bilgi/içtihat birikiminin oluşmaması, konuya ne kadar az önem verildiğini göstermektedir. Dileğimiz, anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükleri korumada "bireysel başvuru yolu" ile üstlendiği rol ile bu bakış açısının yanlışlığını ortaya koymasıdır. İnsan haklarına müdahale anlamına gelen haksız aramayı gerçekleştirenler hakkında işlem yapılmaması, devletin etkili bir ceza sistemi kurma yönündeki pozitif yükümlülüğünün apaçık bir ihlâlidir.

Akademik çalışma ve eserler, devletin bu konuya eğilmesine ve uygulamadaki sorunların çözüme kavuşturulmasına önemli katkılar sunacaktır. Bu çalışma ile biz de mütevazı bir katkı sunmak istedik.



KAYNAKÇA

Aksoy Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Arslan Çetin: “Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtimai Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.51, S.2, Y. 2002.

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner: 5237 sayılı Yeni TCK’ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler - I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 2006. (Özel Hükümler).

Aydın Murat: Arama ve Elkoyma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

Demirbaş Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Erem Faruk: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1985.

Gülcü Mustafa:Özel Güvenlik Görevlilerini Kimlik Sorma Arama El Koyma Yetkileri, Polis Dergisi Özel Sayı (Ocak- Şubat- Mart 2003) , Y. 9, S. 34.

Gülşen Recep,: “Haksız Arama Suçu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-17-18-19, Y. 2007-2008.

Hafizoğulları Zeki: Ceza Hukuku Ders Notları, www.zekihafizoğullari.com. (Erişim tarihi: 05.04.2007).

Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.

Hakeri Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Hakeri Hakan/Ünver Yener: Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Keklik Ramazan: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Adalet Yayınları, Ankara 2012

Koca Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S.1, Ekim 2006.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12. Baskı, İstanbul 2003.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S. 1-2, Haziran 2007. (Hukuka Uygunluk Sebepleri).

Koca Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S.1, Ekim 2006.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, Haziran 2007.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011. (Ceza Hukuku)

Kurşun Günal: Ceza Muhakemesinde Hüküm, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

Özbek Veli Özer: “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, Baki Kuru’ya Armağan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

Özbek Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

Özbek Veli Özer: CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005.

Özbek Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Özbek Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II,

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Özbek Veli Özer: “Türk Ceza Hukuku’nda Hata (md. 30)”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 7, Ağustos 2008.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray: “Zorunluluk Halinin (TCK md. 25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S. 2, İzmir 2007.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Özgeç İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2006.

Polat Levent: Haksız Arama Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.

Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1995

Saygılar Yasemin F.: “Arama”, Uğur Alacakaptan’a Armağan-1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

Soyaslan Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006.

Soyer Güleç Sesim: “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.1, İzmir 2008.

Şen Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006.

Toroslu Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008.

Ünver Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

Yalçın Sancar Türkan: Mütessesil Suç, Ankara 1995.

Yalvaç Gürsel: Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.

Yaşar Osman: Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Yenisey Feridun: Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi ve Adli Kolluk, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006.

İDARİ YARGI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA YARGISINDA YOKLUK

*The Absence in Constitutional Jurisdiction In The Framework of
Administrative justice*

Alper AYDIN *

ÖZET

Yokluk kavramı hem “maddi yokluk” hem de “hukuki yokluk” durumlarını içermektedir. Bu makalenin konusu “hukuki yokluk” olduğundan “yokluk” kavramı bu anlamda kullanılmıştır. Yokluk, hukukta çok ağır bir yaptırım türüdür. Bu yaptırım da ancak çok ağır sakatlıklar ortaya çıktığında uygulanır. Bunlar öyle ağır sakatlıklardır ki işlemin ölü doğmasına neden olurlar ve bu yüzden işlem hukuk aleminde bir etki doğurmaz. Çünkü bu sakatlıklar adete işlemin kimliğini yok etmişlerdir.

Özel hukukta ortaya çıkan yokluk kurumu kamu hukukunda da uygulanagelmektedir. Yetki gaspı, fonksiyon gaspı veya ağır, bariz yetki tecavüzü gibi durumlar idari işlemi yok hükmünde kılmaktadır. Yokluk durumunda herkes her zaman o idari işleme karşı dava açabilir. Yok hükmünde olan işlemin bu durumu Mahkeme tarafından saptandığında işlem hukuk aleminde etki doğurmuşsa bu etkiler ortadan kaldırılır. Yok hükmünde olan işleme dayanılarak yapılmış işlemler de geçersiz sayılırlar.

Anayasa yargısında yokluk tartışmalı bir durumdur. Her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesi’nin yokluk durumuna ilişkin herhangi bir kararı bulunmasa da Mahkeme bazı kararlarında bu kurumu tartışmış ve belli durumların ortaya çıkması halinde bu kurumu kullanabileceğini belirtmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yokluk, İdari Yargıda Yokluk, Anayasa Yargısında Yokluk, Anayasa Mahkemesi Kararları, Yasanın Unsurları, İdari işlemin beş unsuru.

ABSTRACT

The term of absense involves both the situations of “materialistic absense” and the situations of “nullity”. The fact that the topic of this article is about “nullity”, it has been used in this meaning. Nullity is a kind of quite serious sanction at law. It is car-

* Adana İdari Yargı Hakim Adayı

ried out only in the situation of severe tortious acts. It is so severe that this causes the operation become insufficient, therefore it has no effect at law. As these tortious acts have destroyed the modalities of the operation.

The term of nullity, which has appeared in private law, has been carried out in public law, either. The administrative act is nullified in the conditions of usurpation of a function or an authority, or obvious, harsh violation of an authority. Anyone in a case of nullity could litigate against that administrative act in any time. By the time this nullified operation is stated by the court only if the operation has an effect at law, these effects will be removed. The operations based on this nullified operation will be invalidated.

Nullity has been a divisive issue in constitutional law. Despite the fact that there is no judgment related to the nullified situations in Turkish constitutional court, the court has discussed in case of some conditions and expressed that this institution could be carried out as may be required.

Keywords: The absence, In the absence of administrative jurisdiction, In the absence of constitutional jurisdiction, Judgements of constitutional court, The elements of law, The five elements of administrative operation.



A. GİRİŞ

Özel hukukta bir hukuki işlemdeki sakatlığın yaptırımları yokluk, mutlak butlan ve kısmi butlan olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hukuki işlemlerin kurucu ve geçerlilik olmak üzere iki tür unsuru vardır. Kurucu unsurlarından biri yoksa o işlem yoklukla batıldır. Yoklukla batıl olan işlem de hukuk dünyasında hiç olmamış, ölü doğmuştur. Diğer taraftan, kurucu unsurlarda bir sakatlık olmadığı halde geçerlilik unsurlarında bir sakatlık varsa o işlem, mutlak butlanla sakattır. Mutlak butlanla sakat olan işlem hukuk dünyasında doğmuştur, ama ortadan da kaldırılabilir. Son olarak, işlemin kurucu unsurlarında da geçerlilik unsurlarında da bir sakatlık olmamasına rağmen o işlemi oluşturan iradede bir sakatlık varsa işlem nisbi butlanla sakattır. Özel hukukta kullanılan bu kavramlar, kamu hukukunun muhtevasına uygun olduğu sürece kamu hukukunda da kullanılır. Özel hukuktan farklı olarak kamu hukukunda yaptırımlar, yokluk ve iptal edilebilirlik olmak üzere ikiye ayrılır.

Yokluk kavramı ilk kez medeni hukuk öğretisinde ortaya çıkmış ve evlenme akti dolayısıyla ileri sürülerek mutlak butlan ve nisbi butlanın yanında ve onlardan daha ağır bir aykırılık sebebi olarak kullanılmıştır.¹ Teori, idare hukukunda ilk kez Fransız hukukçu Laferriere tarafından ortaya atılmıştır.² Yokluk, işlemdeki sakatlıklar yüzünden işlemin iptal edilebilirliği esasına değil, böyle bir işlem var olmayacağından bu işlemin tanınamayacağı esasına dayanır.

İdare hukukunda, idari işlemin kurucu unsurlarında “ağır”, “bariz” veya “açık” sakatlıklar varsa o işlemin, iptalini değil yokluğunu gerektirir. Çünkü böyle bir idari işlem madden olsa bile aslında hukuken ölü doğmuştur, o yüzden bu işlemin hukuki etkileri olamayacağı gibi başka bir hukuki işleme temel de olamazlar. Yokluk yaptırımını için çok bariz, ağır bir sakatlık olması gerekmektedir. İdare hukukunda fonksiyon gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü ile sakat olan işlemler yok hükmünde kabul edilmektedir.³ Ayrıca şeklen yazılı yapılması gereken işlemin sözlü yapılması ya da işlemin konu unsurundaki sakatlık o işlemin yokluğu sonucunu doğurur.⁴

Yokluk esasen maddi yokluk ve hukuki yokluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi yoklukta, yapılmış herhangi bir işlemin bulunmaması nedeniyle bir tartışma söz konusu değilken hukuki yoklukta işlem maddi alemde ortaya çıkmış olduğundan dolayı tartışma vardır. Bu tartışma hukuki yokluğun tespitinin zorluğundan kaynaklanmaktadır.

Çünkü, yokluk kurumunun uygulama alanları kesin değildir. Bu da esasen idari yargıda yokluk kurumunun içtihatlarla oluşmasından kaynaklanmaktadır. Bizim konumuz hukuki yokluk olduğundan bu konu üzerinde duracağız.

İşlemin kurucu unsurlarında noksanlık bulunduğu zaman işlem “yok” kabul edilir. “Yok” olan bir işlem için de iptal davası açılmasına gerek yoktur.

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. J.M.AUBY, “L’inexistence des actes administratifs” , Paris, 1951, s. 2 vd.; R.SARICA, “İdare hukukunda yokluk ve butlan”, Ebül’ula Mardin’e Armağan’dan ayrı bası, İst. 1944, s.1191-1192.

² Jean DE SOTO, “La Nullité des Actes administratifs”, Paris, 1942, s.49; Ayrıca bkz. AUBY, dpn: 1, s.13; Sarica, dpn: 1, s.1193.

³ Günday, Metin: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1996, İmaj Yayıncılık, s.173.

⁴ Günday, age, s.174.

Çünkü yok olan bir şey iptal edilemez. Ayrıca bu işlemin yokluğu herkesce ileri sürülebilir. Bu tür durumlarda dava, iptal davası formatında açılrsa bile Mahkeme işlemin yokluğunu saptamakla yetinir, sadece yokluk durumunu tespit edip bırakır. Bu saptama ile birlikte, işlemin hukuki etkileri yapıldıkları andan itibaren geçersiz duruma gelir ve diğer taraftan bu işleme dayanılarak yapılan işlemler de geçersiz duruma düşerler.

B. İDARİ YARGIDA YOKLUK

Bazı hallerde idari işlemlerdeki sakatlık o kadar ağır ve açık olur ki bu sakatlık yokluk durumuna neden olur. Bu sebeple burda artık bu işlemi iptale bile gerek yoktur ki Mahkemece sadece yokluk hali saptanır. Örneğin, Danıştay bir kararında, iptali istenen işlemin “yok hükmünde” olduğunu belirtmekle yetinmiştir.⁵ Yine Danıştay kararlarında, yok hükmünde olan bir işleme karşı açılan davaları, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptadıktan sonra reddediyor; bir kısmını da yetki gaspı⁶, görev gaspı nedeniyle⁷ işlemin yok hükmünde olduğunu tespit etmiş, ancak iptal davasını reddetmemiştir.⁸ Kanımızca, istikrarlı olmayan bu kararlardan, yok hükmünde olduğunu tespit ettikten sonra davanın reddi yolunda karar verilmesi doğru değildir. Çünkü idari yargıda ayrı, özel olarak tespit davası formatında bir dava şekli olmadığından yok hükmünde olan işlemlere karşı da iptal davası açılmaktadır. Ayrıca yokluğu tespitten sonra davanın reddedilmesi durumunda yargılama giderleri davacıya yükletilecek ve davacının davasında haksız olduğu yolunda bir algıya yol açılacaktır. Bu durumları önlemek için, iptal davası formatında açılan davalarda idari işlemin yokluğu Mahkeme tarafından, kararında saptandıktan sonra “karar verilmesine yer olmadığı” hükmü verilmeli ve yargılama giderleri davalı idareye yükletilmelidir.

Asıl olarak yok hükmünde olan işlemlere karşı iptal davası açılmasına gerek yoktur. Bu tür işlemler hukuken yokturlar ve hukuk alanında de bir etki

⁵ Gözübüyük, A.Ş.: İdari Yargı, Ank, 1977, s.168, dip.117, atf s.128.

⁶ Akural, Sami-Ziylan, Çetin: Danıştay 8.Daire Kararları 1963, sayı.14, sıra no:11; Dnş. 8.Daire. 23.1.1962, 1960/9564, 1962/238; 6.D., 21.2.1968. E.66/2621, 68/524.

⁷ Dnş. K.D.. Sayı:115-118, s.537'den; Dnş. 12.D.. 4.4.1967, E.1965/3706, K.1967/553.

⁸ Gözübüyük, age, s.129.

doğurmazlar. Mamafih bu idari işlemler hukuken yok hükmünde olsalar dahi maddi olarak var olduklarından idarece bu işlemler uygulamaya koyulurlar. Şahıslar idareye karşı işlemin yok hükmünde olduğunu ileri sürse de idareler genelde işlemlerinin hukuka uygun olduğunu düşündüğünden bunu göz önüne almaz ve işlemlerini icra ederler. İşte bu durumu engellemek için bu tür işlemlere karşı da dava açılmalı ve idari yargı mercilerince bu işlemlerin yok hükmünde olduğu saptanmalıdır. Yok hükmünde olan işlemlere karşı herkes her zaman dava açılabilir, herhangi bir süre sınırlaması yoktur.

İdari yargıda yok hükmünde olma ile ilgili şöyle bir tanım yapabiliriz: İdari işlemin mahiyetini ortadan kaldıracak düzeyde bulunan, işlemin unsurlarındaki noksanlık, bariz ve ağır derecede hukuka aykırılık oluşturduğunda idari işlem “yok hükmünde” kabul edilir.

Bilindiği gibi idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır. Şimdi sırası ile bu unsurların hangisinde ki sakatlıkların yokluk durumuna yol açtığını inceleyelim.

1. Yetki

İdari işlemin unsuru olarak yetki, kanun ile sınırları belirlenmiş şekilde belirli makamlar tarafından işlem yapabilme yeteneğidir. Yetki konu, yer, zaman ve kişi yönünden olmak üzere dörde ayrılır. Konu yönünden yetki, kanunla sınırları çizilmiş konularda idari işlem tesis edebilme yeteneğidir. Yer yönünden yetki, kullanılacak yetkinin etki edeceği alanın coğrafya olarak sınırlarını ifade eder. Zaman bakımından yetki, idari işlem tesis yeteneğinin zaman dilimi sınırlarını, süresini belirtir. Kişi yönünden yetki ise, idari işlemi tesis edebilme yeteneğine sahip olan kişi ve makamı belirtir. Ayrıca belirtilmelidir ki yetki kamu düzenindedir ve kanuna dayanır.

a. Konu Yönünden Yetki

Konu yönünden yetkide ortaya çıkabilen sakatlıkları dört başlık altında inceleyebiliriz.

1.a. Ast'ın Üst Yerine, Üst'ün Ast Yerine İşlem Tesis Etmesi

Kaymakamın vali yerine veya bakanın vali yerine işlem tesis etmesi örnek olarak verilebilir. Ayrıca üst astına emir verip onu yönlendirebilirse de astın yerine geçip işlem tesis edemez. Eğer ki ederse de kural olarak bu duruma “yetki tecavüzü” denir. Yetki tecavüzünün yaptırımını iptal edilebilirliktir. Mamafih bu yetki tecavüzü ağır ve bariz olursa o zaman yaptırımını yokluk olur.

1.b. Bir İdari Kurumun Başka Bir İdari Kurum Yerine İşlem Tesis Etmesi

Aralarında hiyerarşik ilişki olmayan bir kurum diğer kurum yerine işlem tesis ederse bu da yetki tecavüzü kapsamına girer. Örneğin, Sağlık bakanlığında çalışan memurun başka bir ile tayininin Ekonomi Bakanınca yapılması.

1.c. Birden Çok İradenin Katılımıyla Oluşturulması Gereken İşlemlerde Bir Veya Daha Fazla İradenin Eksik Olması

Örnek vermek gerekirse üçlü kararnamelerde (ilgili bakan, başbakan ve cumhurbaşkanı) bir irade eksik olursa işlem yetki yönünden sakat olur ve iptali gerekir.

1.d. Fonksiyon Gaspı

Bilindiği gibi devlette yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç fonksiyon vardır. İdare, yasama veya yargının görev alanına giren konuda işlem tesis ederse fonksiyon gaspı olur. Bu sakatlığın yaptırımını da yok hükmünde saymadır. Örneğin, İdarenin kanun ile düzenlenmemiş bir alanda, kanuni dayanak yokken o alanı yönetmelikle düzenlemesi.

b. Yer Yönünden Yetki

Bilindiği gibi kamu hizmeti gören kamu görevlilerinin yetki alanları coğrafik olarak önceden mevzuatta belirtilmiştir. Örnek vermek gerekirse İstanbul Valisinin yetki alanı İstanbul il sınırları ile sınırlıdır. İstanbul Valisi, Bursa İl Milli Eğitim Müdürüne disiplin cezası verirse bu idari işlem yer yönünden yetkisizlik nedeniyle sakattır ve idari yargı mercilerince iptali gerekir. Yer yönünde yetki açık olduğundan idare hukukunda çok tartışmalı bir konu değildir. Kamu görevlilerinin yer yönünden yetkileri mevzuatta açıkça yer almaktadır.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, bazı kamu görevlilerinin yetki sınırları bir il, bazılarının bölge ile sınırlı iken bazı kamu görevlileri de ülke çapında yetkilidir. Örneğin İl Emniyet müdürünün yetki sahası il ile, Karayolları Bölge Müdürünün o bölge ile sınırlıyken Milli Eğitim Bakanı ülke çapında yetkilidir.

c. Zaman Yönünden Yetki

Zaman bakımından yetki, kamu görevlilerinin görev yaptıkları süre dilimi ile ilgilidir. Kamu görevlisi atandığı veya seçildiği andan görevi sona erene veya görev süresi bitene kadarki zaman dilimi açısından yetkilidir. Elbette şunu da belirtmek gerekir ki, kamu görevlisi yıllık izne çıktığında veya mazeret izninde olduğu zamanlarda idari işlem tesis edemez. Çünkü izinli olduğu zaman aralığında yetki sahibi değildir. Tesis edeceği idari işlemler “zaman bakımından yetki” yönünden sakattır ve iptal edilebilirlik yaptırımına tabidirler. Yine kamu görevlisinin başka bir yere nakli çıktığında o yerdeki görevi sona erdiğinden zaman bakımından da yetkisi sona erer. Lakin “kamu hizmetlerinde süreklilik” ilkesi gereği yerine birisi gelene kadar “olağan” idari işlemleri yapmaya devam edebilir. Bu zaman bakımından yetkisizlik kapsamına girmez. Mamafih, örnekteki kamu görevlisi bu süreçte olağan olmayan idari işlemleri yapamaz, yapar ise zaman bakımından yetkide sakatlık olur ve iptali gerekir. Mesela vali başka bir kente atandığında eski görev yerindeki il müdürlerini giderayak görevden alamaz. Çünkü bu durum ivedi, olağan işlerden değildir.

d. Kişi Yönünden Yetki

İdari işlem yapma yetkisi her idarede belli kişi ya da kişilere verilmiştir. İşte burdaki kişi, kişi yönünden yetkilidir. Bu yetkili şahıs dışında birinin idari işlem tesis etmesi kişi yönünden yetkisizlik kapsamına girer. Kişi yönünden yetkisizliğe “yetki gaspı” iyi bir örnek oluşturur. İdareye yabancı biri yani idare adına irade açıklamaya ehil olmayan biri idare adına işlem tesis eder ise “yetki gaspı” oluşur. Bu duruma örnek vermek gerekirse, idareyle hiç ilgisi olmayan birinin kendini yeni atanan okul müdürü olarak tanıtip bir takım idari işlemler tesis etmesi halinde “yetki gaspı” oluşur. Bu durum yok hükmünde sayılma yaptırımına tabidir.

2. Şekil

Şekil de idari işlemin unsurlarından birisidir ve şekil eksiklikleri çeşitli sorunlara yol açar. Özel hukukta şekil serbestisi varken idare hukukunda şekil kuralları mevzuatla düzenlenmiştir. Hukuk metinlerinde idari işlemin yapılması için izlenecek yol ve usüller belirtilmiştir. İdare hukukunda yazılılık ilkesi esas iken istisnai durumlarda sözlü idari işlemler de tesis edilebilir. İdare hukukunda şekil kurallarının önceden belirlenmiş olunması ve bu usüle uyularak idari işlemlerin tesis edilmesi “hukuki güvenlik” ilkesi gereğidir. Kamu gücü tarafından tek taraflı olarak tesis edilen icrai idari işlemlerin tabi oldukları şekilli, usulü önceden bilmek o ülkede ki insanlara hukuki öngörülebilirlik sağlar. Ülkemizde genel bir “İdari Usul Kanunu” olmadığı için tüm idari işlemlerin şekil kurallarını düzenleyen, ilkeler koyan ortak bir düzenleme yoktur. Genelde idari işlemleri şekil kuralları kendi mevzuatlarında düzenlenmiş olmakla birlikte böyle kuralların koyulmadığı alanlarda da şekil konusundaki boşluğu yargı içtihatları doldurmaktadır. Lakin yargı kararları da çok istikrarlı olmadığından ve idarelerin idari işlem tesis ederken önünü görebilmeleri ve idari işlem tesis usulünde yeknesaklığı sağlamak, şekil sakatlıklarının önüne geçip idari yargı mercilerinin iş yükünü hafifletmek için ülkemizin acil bir “İdari Usul Kanununa” ihtiyacı vardır.

Şekil unsurları kendi içerisinde “olmazsa olmaz”, “asli” ve “tali” olmak üzere üçe ayrılır. Şimdi kısaca bunlara değinelim.

a. Olmazsa Olmaz Şekil Unsurları

İdari işlem için çok önemli olan bu tür sakatlık idari işlemin kimliğini yok ettiği için işlem yok hükmünde kabul edilir. Örneğin, yazılı yapılması gereken naklen polis atama işleminin sözlü yapılması işlemi yok hükmünde kılar. Yine Danıştay incelemesinden geçmeden çıkarılan tüzükler yok hükmünde kabul edilir. Ayrıca Resmi Gazetede yayımlanması zorunlu bir yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlanmaması onu yoklukla batıl kılar.

b. Asli Şekil Unsurları

Bu şekil unsuru idari işlemin zorunlu şekil şartlarından. Bu unsurdaki

sakatlık işlemin iptal edilebilirliğine yol açar. Örneğin idareye işlem tesis etmeden önce bir takım yerlerden görüş alma zorunluluğu getirilmişse veya bir başka mercinin teklifi doğrultusunda işlem tesis etmesi gerekmekte ise görüş almadan veya teklif gelmeden işlem tesis etmesi işlemi sakatlar ve işlemin iptali gerekir. Ayrıca, “Usulde paralellik” ilkesi gereği idari işlem tesis edilirken izlenen yöntemin o idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi, düzeltilmesi gibi hallerde de izlenmesi gerekmekte olduğundan ilkenin aksi yönünde hareket edilmesi de işlemi şekil yönünden sakatlar ve iptal yaptırımına yol açar.

c. Tali Şekil Unsurları

Bir şekil unsuru işlemin sonucunu etkilemiyorsa, kamu düzeninden değilse bu tali şekil unsurdur. Bu unsurun sakat olması işlemin iptalini gerektirmez. Örneğin Danıştay bir kararında, doçentlik sınavında jüri üyelerinin akademik giysilerini giymemiş olmalarını iptal nedeni olarak saymamıştır.⁹

3. Sebep

Sebep unsuru, idareyi işlem yapmaya sevk eden, güdüleyen fiili veya hukuki dayanaktır. Her işlemin mutlaka bir sebebi vardır, sebepsiz idari işlem olmaz. Ama idarenin işlemde her zaman sebep göstermesi zorunlu değildir. Bununla birlikte işlem dava konusu olduğunda idare sebep unsurunu Mahkeme’ye açıklamak zorundadır. Hukuk devleti açısından sebep unsuru oldukça önem arz etmektedir. Sebep unsuru keyfiliği engeller. Sebep unsurunun olmaması idarelerin keyfiliğine yol açar. Bu nedenle “hukuki güvenlik” ilkesi gereği her idari işlemin bir sebebe dayanması zorunludur. Yargı denetimi açısından da sebep denetimi mühim bir konudur, hukukilik denetiminin temel taşlarından biridir.

Her ne kadar idari işlemlerde sebep unsurunun belirtilmemesi genelde işlemi sakatlamasa da her vatandaşın hakkında tesis edilen işlemin sebebini bilmesi en temel hakkıdır. Özellikle 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun

⁹ Danıştay Dergisi, sayı 58-59, s.300, 1985; Danıştay 8.D.nin 5.11.1984 gün ve E.84/74, K.84/1345 sayılı karar.

yürürlüğe girmesinden sonra idarenin vatandaştan sebep hakkındaki bilgiyi kaçırma imkanı kalmamıştır. İlgili, bu Kanuna dayanarak yapacağı başvuru ile işlemin sebebini öğrenebilir.

Sebep unsurunu şimdi aşağıda üç başlık altında inceleyeceğiz.

a. Sebep Unsurunun Mevzuatta Gösterilmiş Olması

Bu durumlarda kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuki düzenlemelerde sebep açıkça belirtilmiştir. İdare bu sebep ortaya çıktığında işlem tesis edebilir. Sebep bazen maddi bazen de hukuki olabilir. Örneğin, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin A/b.bendinde, Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terketmek fiilinin uyarma cezasını gerektirdiği belirtilmiştir. Buradaki sebep ögesi maddidir. Diğer yandan yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'da belirtildiği gibi yüz kızartıcı suçlardan hüküm giyenlerin devlet memuru olamayacaklarına ilişkin düzenlemedeki sebep, hukuki sebep unsurudur. İdari yargı yerleri işlemin yazılı sebebe dayanıp dayanmadığını denetler. Açıkça belirtilmiş sebebe dayanmayan işlemler iptal edilir.

b. Sebep Unsurunun Mevzuatta Açık Olmayan, Genel İfadelerle Gösterilmiş Olması

Burda işlemin sebep unsuru açık, net ifadelerle değil soyut ve genel ifadelerle gösterilmiştir. Sebep unsuru mevzuatta kamu güvenliği, kamu sağlığı, genel ahlak, gerekli görüldüğünde gibi ifadelerle belirtilmiş olur bu tür durumlarda. Yahutta edebilir, yapabilir, atayabilir gibi ifadeler kullanılmış olabilir. Bu ifadeler muğlak olduğundan idareye takdir hakkı tanınmış olur. Lakin bu sebeplere dayanan işlemlerde takdir hakkı ortadan kaldırılmayacak şekilde yargı denetimine tabidir. Burada ki sakatlıklar iptal yaptırımına tabi tutulabilir. Sebep unsuruna 657 sayılı Kanununun 76. maddesi örnek verilebilir, Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.

c. Sebep Unsurunun Mevzuatta Gösterilmemiş Olması

Bazen sebep unsuru hiç gösterilmemiş, durum idarenin takdirine bırakılmış olabilir. Mamafih idarenin takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmadığından idare keyfi davranamaz. Buradaki takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından idari yargı mercilerinin denetimine açıktır. Kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullanılan takdir yetkisi ile tesis edilen işlem iptal yaptırımına tabidir. İdare, sebep unsuru konusunda somut bilgi ve belgelerle Mahkeme’yi ikna edemezse ya da gösterdiği sebep hukuka uygun değilse de iptal yaptırımı ile karşılaşır.

4. Konu

Konu unsuru idari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği durum, etki ya da sonuçtur. İdare hukuku “statü hukuku” olduğundan genelde mevzuatlar da hangi sebeplerin hangi sonuçlara yol açacağı belirtilmiştir. Bu yüzden sebep unsuru ile konu unsuru arasında sıkı bir bağ vardır. Genelde bu ikisi arasındaki ilişki hatalarından dolayı idari işlemde sakatlıklar ortaya çıkar. Çünkü sebep - konu ilişkisinin doğru kurulamaması idari işlemin iptali sonucunu doğurur. Bu da genelde ya doğru sebebe yanlış konu ya da yanlış sebebe doğru konu bağlanmasından kaynaklanır. Örnek vermek gerekirse, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125.maddesinin A/e bendinde Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak fiilinin uyarma cezasını gerektirdiği belirtildiğinden bu sebep oluştuğunda kınama cezası verilirse doğru sebep yanlış konuya bağlandığından işlemin iptali gerekir. Diğer yandan yanlış sebep doğru konu uygulamasına örnek verirsek, yine yukarıda belirttiğimiz fiilin vuku bulduğundan bahisle kişiye uyarma cezası verilir ama fiilin sabit olduğu bilgi ve belgelerle ortaya koyulamaz ise işlem iptal yaptırımına tabi olur.

Konu unsurundaki sakatlıklar çoğunlukla iptal yaptırımına tabidir. İşlemin Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine aykırı olması, mevzuat hükümlerin yanlış yorumlanarak işlem tesisi, takdir yetkisinin konu bağlamında kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun seçilmemesi gibi durumlar iptal yaptırımına tabidirler. Konunun imkansız olması ya da gayrimeşru olması ise yokluk yaptırımına tabidir. Örneğin, ölmüş bir insanın devlet memurluğuna

atanmasındaki işlemde konu unsuru imkansız olduğundan bu işlem yokluk yaptırımına tabi tutulur.

5. Maksat

İdari işlemin maksat unsuru idari işlem tesis edilirken güdülen saik olarak tanımlanmaktadır. Yani aslında idari işlemde beklenen son durumdur. Maksat unsuru, idari yargı mercilerinin denetiminde zorlandığı bir alandır. Çünkü Mahkemeler, “niyet okuyucu” olmadığından idarelerin işlem tesis ederken güttükleri amaçları tespit etmek çok kolay değildir. O yüzden Mahkemeler bu unsorda “minimum denetim” yaparlar, en azından yapmaları gerekir. Bu maksat unsuru ile takdir yetkisi arasındaki güçlü ilişkinin gereğidir. Bununla birlikte yargısal denetim hukuk devletinin bir gereği olduğundan idarenin takdir yetkisi ortadan kaldırılmayacak şekilde maksat unsurunda kamu yararına, hakkaniyete, hukuka uygunluk denetimi elbette idari yargı mercilerince yapılmalı/yapılmaktadır.

İdare hukukunda idari işlemin “genel maksat” unsuru kamu yararadır. Lakin bazen mevzuatta işlemin maksat unsuru özel olarak gösterilir. Buna da özel maksat denilir.

Maksat unsuru zaten denetimi zor bir alan olduğundan bu unsurdaki sakatlıklar iptal yaptırımına tabidir. Maksat unsurundaki sakatlıklarda yokluk yaptırımıyla karşılaşmamaktadır.

İdari işlem tesis edilirken idarenin siyasi saik, kişisel saik veya üçüncü kişileri koruma saiki gütmesi maksat unsurunu sakatlar ve iptal yaptırımını ortaya çıkar.

İdari işlemin unsurlarındaki yokluk hallerini gördükten sonra şimdi kısaca yokluk halinin sonuçlarına bakalım. Yoklukla malul olan işlem, kişilerin hukuki durumlarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Yokluk her zaman herkes tarafından ileri sürülebilir yani dava açma süresi yoktur. Yoklukla sakat işleme dayanılarak yapılan işlemler de yok hükmündedir. Yokluk ile sakat işlemler iptal edilemez, sadece yok hükmünde oldukları tespit edilir.

Son olarak şu konuya değinmek isteriz, iptal ile yokluk yaptırımının sonuç-

ları arasında iki önemli fark vardır. Bunlar iptal davası açmak için “menfaat ihlali” şarttır ve dava açma süreleri vardır. Oysa yokluk durumunda herkes her zaman dava açabilir. Bu durumda bizce, Mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıklarda süre konusu ve ehliyet konusu iptal koşullarına uymuyorsa ve eğer işlemin yok hükmünde olduğunu düşünüyorlarsa yokluk durumunu tespit edip “karar verilmesine yer olmadığına (KVYO)” hükmünü vermelidirler. Fakat iptal davası açma koşulu olarak dava açma sürelerine ve ehliyet hususuna uyulmuşsa Mahkeme işlemin yok hükmünde olduğunu görse bile iptal kararı vermelidir. Çünkü idareler, Mahkemelerin hüküm fıkrasına bakmaktadır ve yokluk hükmünün tespit edilip “KVYO” kararı verilmiş Mahkeme kararlarını anlayamamakta ve kararı uygulamakta duraksamaktadırlar. O yüzden iptal kararı vermek daha uygun olacaktır. Çünkü zaten iptal hükmü de geriye yürüyüp işlemin yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırdığı için “yokluk yaptırımı” etkisi ile aynı sonucu doğuracaktır.

C. ANAYASA YARGISINDA YOKLUK

Ülkelerin kendilerine özgü anayasa yargıları vardır. Anayasaya uygunluk denetimi için özel Mahkeme kurulabileceği gibi, Anayasa Mahkemesi veya Yüksek Mahkeme adı altında, bu denetim genel mahkemelere de bırakılabilir. Anayasa uygunluk denetiminin iki türü vardır: a priori (önceden) denetim ve a posteriori (sonradan) denetim. A priori denetimde daha kanunlar yürürlüğe girmeden Mahkemece anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulurken, a posteriori denetimde kanunlar yürürlüğe girdikten sonra denetime tutulur. Ülkemizde a posteriori denetim uygulanırken Fransa’da a priori denetim uygulanmaktadır. Bu yüzden Fransa’da Anayasa Konseyi yasaları iptal etmiyor, sadece anayasaya uygunlukları üzerinde bir karar veriyor. (Fransız Anayasası madde 61). Anayasa Konseyi önüne gelen düzenlemenin “anayasa uygun olmadığını” açıklarsa, resmen yürürlüğe konması mümkün değildir. (Fransız Anayasası madde 62). Bunlar esas konumuz olmadığından kısaca geçmekle yetiniyoruz. Biz şimdi esas konumuz olan yokluk kurumu ve Türk Anayasa Yargısındaki yeri üzerinde duralım.

Türk Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaparken de-

netlediği normun anayasaya aykırılığını tespit ederse iptal kararı verir. Fakat bu iptal kararı geriye yürümez. (Anayasa madde 153/5). Ayrıca *Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.* (Anayasa madde 153/3). Görüldüğü gibi idari yargıdan farklı olarak burda iptal kararları geriye yürümüyor. Bu yüzden denetime tabi norm yapıldığı andan itibaren değil, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren ortadan kalkar. Hatta en fazla bir yıl olmak üzere bu ortadan kalkışı Mahkeme erteleyebilir. Bu yüzden iptal edilen norm hiç doğmamış sayılamaz, iptal hükmü yürürlüğe girene kadar hukuk alanında tüm etki ve sonuçlarını doğurur. “Hukuki güvenlik” ve “kazanılmış haklara saygı” ilkeleri gereği iptal edilen norma (kanun veya kanun hükmünde kararname) dayanılarak iptal yürürlüğe girmeden önce tesis edilmiş bireysel işlemler geçersiz sayılamaz. Anayasa koyucunun bizce, iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine yönelik düzenlemesi yerindedir. Çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yaptığı bir kanun milyonlarca insanı ilgilendirmekte, etkileyebilmektedir. İnsanlar bu düzenlemelere göre hukuki konumlarını ayarlamakta ve bazı işlemlere girişmekte, haklar elde etmektedir. İptal kararını geriye yürütüp ona dayalı tüm işlemleri de geçersiz saymak hukuki soruna yol açabilir, “hukuki güvenlik” ilkesi zedelenebilir.

Anayasa koyucu ayırım yapmaksızın tüm iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini belirtmiştir. Bizce iptal edilen düzenlemenin “negatif kazanılmış hak” getiren düzenleme ve “pozitif kazanılmış hak” getiren düzenleme diye ayırım yapılarak “negatif kazanılmış hak” getiren düzenlemelerde iptal kararı geriye yürümelidir ve normu yapıldığı andan itibaren geçersiz kılmalıdır. Pozitif kazanılmış hak şahısların hukuki statüsünden doğan, hukuka uygun olarak elde edilmiş ve bireyselleşmiş bir kesin alacak niteliğindeki yetkililerdir. Negatif kazanılmış hak ise şahısların hukuki statülerini olumsuz etkileyen, yükümlülük doğuran bireysel nitelik kazanmış borçlardır. Örneğin kanunla gelir vergisi oranları artırılırsa artan bu vergi oranından şahıs adına tahakkuk

eden vergi negatif kazanılmış hak doğurur. Bu durumda bu vergi kanunundaki durum Anayasa Mahkeme'since iptal ile sonuçlandırılırsa karar geriye yürümelidir ve fazla alınan vergiler iade edilmelidir.. Çünkü olayda hukuka aykırı bir yükümlülük vardır. "Hukuki güvenlik ve istikrar" ilkesi, "Kazanılmış haklara saygı" ilkeleri gereği kazanılmış hak getiren düzenlemelerde iptal kararları geriye yürümemelidir. Oysa negatif kazanılmış hak -kişilerin hukuki durumlarını negatif etkileyen, onların aleyhine olan- getiren düzenlemelerde iptal kararı geriye yürümelidir. Örnek vermek gerekirse, yürürlüğe konulan bir kanun maddesiyle bir kurumdaki tüm şube müdürlerinin görevine son verilir ve açılan dava sonucunda kanunun bu maddesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilirse bu iptal kararı "hukuka güven" ilkesi gereği geriye yürümelidir. Çünkü bu kanun maddesi o şube müdürlerinin hukuki durumlarını negatif etkiler. Tüm bu açıklamalarımıza rağmen Anayasamızın 153/5. maddesi çok açık olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümesi mümkün değildir.

Anayasamız iptal kurumunu düzenlemesine rağmen yokluk kurumuna değinmemiştir. Biz anayasa yargısında yokluk kurumuna dair açıklamalarımızı iki başlık altında yapacağız.

1. Anayasa Mahkemesi'nce İptal Edilen Bir Hükmün Yasama Organınca Aynen Veya Benzer Şekilde Düzenlenip İkinci Kez Yürürlüğe Sokulması Açısından Değerlendirme

Anayasamızın 153/6.maddesi açıktır, *Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.* Yani Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yasama organını bağlamaktadır. Bu yüzden yasama organı iptal edilen hükmü aynen veya dolanıp benzer şekilde yasalaştıramaz. Bu olursa zaten Anayasa Mahkemesi'nin varlık sebebi ortadan kalkar. Fakat yasama organının böyle bir şey yaptığını farz edersek acaba Anayasa Mahkemesi bu ikinci düzenlemeyi de mi iptal eder yoksa onu yok mu sayar? Geçmişte bu durum yaşandığından bu sorunun cevabını vermek için örneğimize bakalım: TBMM üyeleri ve dışardan atanan bakanların T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmele-

rine ilişkin 7.5.1986 günlü 3284 sayılı Kanun'un Ek 1.maddesi ile Ek 4.maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 2.12.1986 gün ve 1986/22-28 sayılı kararıyla, bu emeklilik hakkının bir imtiyaz olduğu sebebiyle iptali üzerine, bir süre sonra aynı amaca yönelik olarak 21.4.1988 gün ve 3430 sayılı yasa çıkarılmış; ama bu yasa da 24.5.1988 gün ve 1988/11-11 sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. TBMM yine aynı amaca yönelik 28.10.1990 gün ve 3671 sayılı kanunla düzenleme getirmiş bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nce 2.2.1993 gün ve 1992/38, 1993/5 sayılı karar ile iptal edilmiştir.

TBMM, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen bir konuyu tekrar düzenleyebilir mi düzenleyemez mi? Burada Anayasa Mahkeme'since iptal edilen konunun TBMM tarafından tekrar düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmalıdır.

Elbette “Yasama yetkisinin genelliği” ilkesi gereği Anayasa tarafından yasaklanmayan her konuda TBMM düzenleme yapabilir, buna Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen düzenleme de dahildir. Mamafih iptal edilen bir hükmü TBMM yeniden düzenlerken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını, gerekçesini göz önüne almalı ona göre hareket etmelidir. Yoksa Mahkeme ile bir zıtlama içerisine girer gibi iptal edilen hükmü aynen veya benzer şekilde düzenleyemez. Çünkü Mahkeme kararı bağlayıcıdır. Yukarda görüldüğü gibi daha önceki iptal hükmüne uygun olmayan ikinci, üçüncü düzenlemeler de Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Burda şöyle bir sorun, sakınca ortaya çıkmaktadır. İptal kararı geriye yürümediği için bu yapılan her düzenleme belli bir süre hukuk alanında etki doğurmaktadır. Yani Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya aykırılığı tespit edilip iptal edilen hüküm TBMM tarafından aynı şekilde ikinci kez kanunlaştırıldığında, Mahkeme bunu da aynı sebeple iptal etse bile iptal kararı geriye yürümediği için Anayasaya aykırılığı daha önceden tespit edilen hüküm tekrar hukuk alanında etki doğurmuş olacaktır. Bizce bu durumda bu düzenleme çok ağır ve bariz sakat olduğundan yok hükmünde sayılmalıdır. Böylece yukarıda bahsettiğimiz sakınca giderilmiş olur. Nitekim TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan bakanların emeklilikleri ile ilgili yasal düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1996 gün ve E: 1996/4, K: 1996/39 sayılı kararında bir mahkeme üyesinin değişik gerekçe yazısı da bu yönde ve yokluk hükmü ile ilgi-

lidir. Bu gerekçe yazısını önemli gördüğümüzden kısaca değinmek istiyoruz.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Bu kural uyarınca Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir konuda aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmaması gerekir. Yasama organı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında açıklanan gerekçeleri gözönünde bulundurmalıdır.

Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık, Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılmaya yönelik "ağır ihlal" halini oluşturur. Bu ağır ihlal, mahkemece açıkça görülmekte ise, yasama işleminin yok sayılması gerekir.

Bu hale göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırılığı nedeniyle bir yasama işleminin yok sayılabilmesi için Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir kuralla aynı veya özdeş nitelikte başka bir kuralın yasalaştırılması ve böylece Anayasa'nın 153. maddesine aykırı biçimde Mahkeme kararının etkisiz duruma düşürüldüğünün Anayasa Mahkemesi'nce saptanması gerekir. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen bir kuralın aynınin yasalaştırılması halinde, Anayasa'ya "ağır aykırılık" ve "açıklık" koşulu birlikte gerçekleşmiş olacağından yasama işleminin "yok"luğu söz konudur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nce işlemin yokluğu saptanarak hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.

TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan bakanlara emekliliklerinde ayrıcalıklı hükümler getiren 751, 1425, 2254, 3284, 3430, 3671 ve 3855 sayılı Yasalar Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildikleri halde, dava konusu 4049 sayılı Yasa ile önceki iptal gerekçelerine aykırı biçimde iptal edilen 3671 sayılı Yasa ile sözcüğü sözcüğüne aynı hükümler getirilmiştir. Böylece Anayasa'ya aykırı davranışta direnme gösterilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nce iptal edileceğinin kesinlikle bilinmesine karşın, iptal kararının yürürlüğe gireceği güne kadar geçecek süreç içerisinde TC. Emekli Sandığı'na yapılacak farklı ödemededen yararlanılmak istenilmiştir. Böyle bir kötüye kullanmayı hukuk korumaz. Bu durumda Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca yasaklanmasına

karşın direnme sonucu ortaya çıkan yasanın “yok hükmünde” olduğu saptanarak yanlış anlaşılmasını sağlamak için iptaline (doğrusu yokluğu saptanan bir işlem aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesidir) karar verilmelidir.

Yukarıda görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi üyesine göre, TBMM iptal kararından sonra Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerini göz önüne alarak yeni bir düzenleme yapmalıdır. Aksi durum Anayasanın 153.maddesine aykırılık oluşturur ve Mahkeme kararını etkisiz kılma olarak algılanır. Bu hal açıkça ağır ihlal oluşturacağından düzenlemenin yok hükmünde sayılması gerekir. Üye her ne kadar normun yok hükmünde olduğunu düşünse de yanlış anlaşılmalara mahal vermemek için yokluğun tespiti yapılarak iptal kararı verilmesi gerektiğini düşünmüştür.

2. Öncesinde Herhangi Bir İptal Kararı Olmayan Alanda Yasama Organının Yaptığı Düzenleme Açısından Değerlendirme

Öncelikle burada Anayasa Mahkemesi'nin yok hükmünde olma konusunu nasıl tanımladığına bakalım. Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.¹⁰

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, bir normu ortaya koyan ya da onu yürürlüğe sokan iradenin bulunmaması veya normun Resmi Gazetede yayımlanmamasının zorunlu koşullarda eksiklik olacağını kabul ederek bu hallerde yokluğa hükmedeceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan bugüne kadar geçen sürede bir işlemin yok hükmünde olduğunu saptayarak yokluğa hükmettiği bir karar bulunmamaktadır. İptal davalarında öne sürülen “yok hükmünde olma” savlarını hep reddetmiştir. Mamafih bazı kararlarında yokluk kurumunu tartışmıştır.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2007 gün ve E:2007/72, K:2007/68 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir.¹¹ demıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi yetki gaspı, görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği olduğu zamanlarda yokluk kurumunu kullanabileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu durumlar ortaya çıktığı zaman “yokluğa” hükmederse işlem hukuk alanında hiç doğmamış sayılacağından yapıldığı andan itibaren hükümsüz olacaktır. Doğal olarak, bu işleme dayanılarak yapılan işlemler de geçersiz sayılacaktır.

a. Yasanın unsurları

İdari işlemin beş unsuru olduğu gibi bir yasanın da maksat, konu, sebep, şekil ve yetki olmak üzere beş unsuru vardır. Şimdi idari yargı çerçevesinde yasama işlemi olan yasaların unsurlarını inceleyip, hangi hallerin yasayı “yok hükmünde” kılacağını belirteceğiz.

2.a. Maksat

Yasanın bir unsuru olarak maksat, yasa ile hedeflenen gayedir. İdari işlemlerde olduğu gibi yasalarda da maksat, kamu yararadır. Bunun yanında bazen Anayasa yasalar için özel amaçlarda öngörmüş olabilir. Örneğin Anayasanın 23.maddesine göre, *Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.* Görüldüğü gibi burada özel amaçlar öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi amaç denetimi yaparken hem genel amaç olan kamu yararına uygunluk hem de varsa özel amaca uygunluk denetimi yapar. Daha önce belirttiğimiz gibi idari işlemlerin denetiminde yargı yerleri en çok maksat denetiminde zorlanmakta ve burada “minimum denetim” yapmaktadırlar. Yasalardaki maksat denetimi, idari işlemlerdeki maksat denetiminden zordur.

¹¹ AYM’ nin 17.9.1992 gün ve E: 1992/26, K: 1992/48 sayılı kararı.

Çünkü TBMM’de bulunan siyasi partilerin parti programları vardır. Seçimlerden önce insanlara yaptıkları seçim vaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle TBMM’ye giren partiler bu vaatleri doğrultusunda hareket ederler. Yasayı çıkartan TBMM üyeleri neyin kamu yararına neyin kamu zararına olduğunu takdir haklarına sahiptir. Çünkü çıkardıkları yasalardan kamuoyuna ve de seçimlerde halka hesap vermek zorunda oldukları ortadadır. Sorumluluk sahibi olan TBMM’dir. Tüm bunlarla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin maksat denetimi yapmadığını söyleyemeyiz. Örneğin *21 Aralık 1953 tarih ve 6203 sayılı Abana İlçe Merkezinin Bozkurt-Pazaryeri Kasabasına Nakli Hakkındaki Kanunu, Anayasa Mahkemesi “kamu yararı düşüncesine değil, bunun dışında kalan düşüncelere” dayandığı gerekçesiyle iptal etmiştir.*¹²

Anayasa Mahkemesi maksat denetimi yaparken “minimum denetim” uygulamalıdır. Çünkü kamu yararı objektif bir kavram olmadığından neyin kamunun yararına neyin kamunun zararına olduğunu Mahkeme belirlemeye kalkarsa “hakimler hükümeti” olarak adlandırılan durumun ortaya çıkma riski vardır. Ayrıca mahkeme “niyet okuyucu” olmadığından yasa çıkarken TBMM’nin ne amaç güttüğünü tespit etmesi kolay değildir. Tüm bunlarla birlikte anayasa mahkemesi, TBMM’nin kamu yararı dışında bir maksat güttüğünü çok açık, bariz bir şekilde anlarsa yasayı iptal etmeli, durum çok açık değilse maksat bakımından yasayı iptal etmemelidir. Mahkeme “hakimler hükümeti” durumuna yol açmayacak ve “minimum denetim” sınırları içinde kalacak şekilde maksat denetimi yapmalıdır.

Maksat denetimi bu kadar dar ve zor bir alan olduğundan idari yargıda olduğu gibi anayasa yargısında da maksat unsurundaki sakatlık iptal yaptırımına yol açar. Maksat unsurundaki sakatlığın bizce yokluk yaptırımına yol açması mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda bir kararı bulunmamaktadır.

2.b. Konu

Yasanın konusu, onun hukuk aleminde ortaya çıkardığı sonuçtur. “Yasama

¹² AYM’nin 27.6.1967 gün ve E: 963/145, K: 967/20 sayılı kararı

ilkesinin genelliği” ilkesi uyarınca TBMM istediği konuda kanun çıkarabilir. Anayasamızda TBMM konu bakımından sınırlandırılmamıştır. Anayasaya aykırı olmamak şartı ile TBMM istediği alanda düzenleme yapabilir. Anayasada konu unsuru belirtilmişse eğer, TBMM Anayasanın koyduğu esaslara aykırı olmayacak şekilde o konuyu düzenlemelidir. Örneğin Anayasamızın 159.maddesinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacağı belirtilmiştir. Bu durumda TBMM, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nu çıkartırken “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarını” dikkate almak zorundadır. Aksi düzenleme konu unsuru açısından Anayasaya aykırı olacağından mahkemece iptal edilir.

TBMM, Anayasada düzenlenmemiş bir konuda da yasa çıkartabilir. Çünkü TBMM’nin çıkardığı her yasanın mutlaka Anayasanın bir maddesine dayanması gerekmez, ama Anayasaya uygun olması gerekir. Anayasada özel ilke ve esaslar öngörülmemiş bir konuda da TBMM yasa çıkartırken Anayasanın esas ilkelerine uygun hareket etmelidir. Konu unsuru Anayasa Mahkeme’since denetime tabi tutulmaktadır. Bu tür sakatlıkların yaptırımını iptaldir.

Konu unsurundaki diğer durum, yukarıda belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen yasanın TBMM tarafından yeniden düzenlenirken Mahkeme’nin iptal gerekçelerine aykırı hareket edilmesidir. Anayasa Mahkemesi bu durumda Anayasanın 153/son maddesi uyarınca yasayı iptal etmektedir. Bizce yukarıda gerekçelerini açıkça belirttiğimiz şekilde Mahkeme burada yasayı “yokluk” yaptırımına tabi tutmalıdır.

2.c. Sebep

Yasanın sebep unsuru, TBMM’yi yasa çıkarmaya iten etkenlerdir. Anayasamızın çok az maddesinde çıkarılacak kanunun, yasama işlemlerinin sebep ya da sebepleri gösterilmiştir. Örneğin Anayasanın 78.maddesine göre, *Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkan görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir*. Burada görüldüğü gibi seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasının sebep unsuru olarak *Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkan görülmemesi* gösterilmiştir.

Anayasada sebep unsuru istisnai olarak belirtildiğinden bu alanda yasa koyucu geniş takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca yasanın sebep unsuru hukuki değil genelde siyasi bir durumdur. Yasaların yapılmasını gerektirecek sebep unsuru yasa koyucunun takdir yetkisindedir. Ayrıca sebep unsuru denetimi, TBMM'nin takdir yetkisini ortadan kaldırma ve yerindelik denetimine yol açma tehlikeleri taşıdığından Anayasa Mahkemesi bu unsurda “minimum denetim” yapmalıdır. Bu “minimum denetim” de Anayasanın sebep unsurunu açık bir şekilde gösterdiği durumlarla sınırlı kalmalıdır. Mamafih Anayasada açıkça gösterilen sebep unsurundaki TBMM'nin takdir yetkisini ortadan kaldıracak denetimden de kaçınılmalıdır. Sonuç olarak sebep unsurundaki denetim çok istisnai durumlarda uygulanmaktadır. Buradaki sakatlık iptal yaptırımına tabidir.

2.d. Şekil

Yasanın unsuru olarak şekil, yasa düzenlenirken ve yürürlüğe sokulurken izlenecek yol ve yöntemdir. Anayasa değişikliklerinin, yasaların, kanun hükmünde karnamelerin ve TBMM içtüzüğü gibi normların şekil ve usul kuralları Anayasa'da düzenlenmiştir. Konumuz olmadığından tek tek bu şekil kurallarının neler olduğuna değinmeyeceğiz. Şunu belirtmekle yetineceğiz ki Anayasa Mahkemesi gösterilen bu şekil ve usul kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemektedir.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Anayasanın 148/2.maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin şekil unsurundaki denetimi yasalar ve anayasa değişiklikleri bakımından sınırlandırılmıştır. Yasalar açısından şekil denetimi, son oylamanın genel kurulda öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından ibarettir. Burada öngörülen çoğunluktan kasıt Anayasanın 96.maddesindeki, “Türkiye Büyük Millet TBMMi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet TBMMi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı

hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” hükmüdür. Yani bu maddedeki hükme uyulmaması yasanın şekil unsurunu sakatlar ve iptali gerekir.

Anayasa değişikliklerinin şekil kuralları 175.maddede gösterilmiştir, *Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet TBMMi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü TBMMin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.* Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu maddedeki teklif ve oylama çoğunluğu ile iki defa görüşülme kuralına uyulup uyulmadığını denetleyebilir. Şekil denetimi bu unsurlarla sınırlıdır. Bu unsurlardaki sakatlık değişikliği iptalini gerektirir.

Anayasa TBMM İçtüzüğü ve kanun hükmünde kararnameler için bir sınırlama öngörmediğinden Anayasa Mahkemesi bunlar için gösterilmiş şekil kurallarının hepsini inceleyebilir. Şekil unsurundaki sakatlık durumunda iptal yaptırımına tabi tutulur.

Anayasanın 89.maddesinde, *“Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet TBMMince Kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar.”* hükmü yer almaktadır. Yasalar TBMM tarafından usulüne uygun olarak kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanına gönderilir ve Cumhurbaşkanınca onbeş gün içinde onaylanan yasalar Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer. Bu durumda TBMM tarafından çıkarılmasına rağmen Cumhurbaşkanınca onaylanmadan Resmi Gazetede yayımlanan veya Cumhurbaşkanınca onaylanmasına rağmen Resmi Gazetede yayımlanmadan yürürlüğe konulan yasaların akıbeti ne olacaktır? Bu belirttiklerimiz “ağır biçim eksiklikleri”dir ve yasayı yoklukla sakat kılar. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce de belirttiğimiz 5.7.2007 gün E:2007/72 ve K:2007/68 sayılı kararında, Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. demiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi TBMM iradesi, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesi-

ni ve Resmî Gazetede yayımlamayı yasanın zorunlu koşulları olarak görmüş ve bunlardan birinin eksikliğinin yasayı yoklukla malul kılacağını belirtmiştir. Biz de Mahkeme'nin bu görüşüne katılmaktayız. Çünkü bunlar çok ağır şekil eksiklikleridir.

2.e. Yetki

Yasama işlemlerini yapma açısından yasama fonksiyonunu icra etmeye TBMM yeteneklidir. Kuvvetler ayrılığının gereği olarak yasama işlemlerinde yetki, Anayasa tarafından TBMM'ye verilmiştir. Anayasanın 7.maddesindeki, “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet TBMM'ine aittir. Bu yetki devredilemez.*” hükmü uyarınca yasama yetkisi münhasıran TBMM'ye verilmiştir. Ayrıca anayasanın 6/3.maddesinde, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmü yer almaktadır. Bununla beraber Anayasadan alınmayan bir yetki kullanılırsa ne olacaktır? Bu sorunun cevabı için Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1996 gün ve E: 1996/4, K: 1996/39 sayılı kararında bir Mahkeme üyesinin değişik gerekçe yazısına göz atmakta fayda vardır.

Yasama işlemleri de idari işlemler gibi, kurucu (asli) ve tamamlayıcı (feri) unsurlardan oluşur. Kurucu (asli) unsurlardaki yasama işleminin dayanağı “temel Anayasa kuralları”dır. Temel nitelik arzetmeyen uyulması gerekli diğer Anayasa kuralları da yasama işleminin tamamlayıcı unsurlarını oluşturur. Kurucu (asli) unsurlardaki eksikliklerle Anayasa'ya açıkça aykırılık durumunda yasama işlemi de “yok” kabul edilebilir. Oysa tamamlayıcı unsurlardaki eksikliğin saptanması halinde ise Anayasa Mahkemesi'nce yasama işleminin iptaline karar verilir.

Örneğin kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanılarak TBMM'ce Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Yüksek Yargı Organları gibi Devletin temel kurumlarına son verilmesi anayasal yetki gasbının tipik bir örneği olarak gösterilebilir ve bu tür yasama tasarrufları “yok”lukla sakattır.¹³

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi üyesi, TBMM'nin kaynağını anaya-

¹³ AYM'nin 17.10.1996 gün ve E:1996/4, K:1996/39 sayılı kararı

sadan almayan bir yetki kullanmasını “yetki gaspı” olarak görmüş ve bu tür işlemlerin “yoklukla” sakat olduğunu belirtmiştir. Bizde bu görüşe katılarak, idari yargıda “yetki gaspı”nın yaptırımını yokluk olduğu gibi anayasa yargısında da “yetki gaspı”nın yaptırımını yokluk olması kanaatindeyiz.

Yasama fonksiyonu, genel, objektif ve kişisel olmayan kural koyma durumunu ifade eder. Yasama fonksiyonu kapsamında çıkarılan yasalar genel, objektif ve sürekli. Yasama organı olan TBMM, yürütme ya da yargı fonksiyonuna ait yetkileri kullanmasına görev ya da fonksiyon gaspı denir. İdari yargıda fonksiyon gaspı çok ağır bir sakatlık olarak kabul edildiğinden idari işlemi yok hükmünde kılar. Biz anayasa yargısında da böyle bir sakatlığın işlemi yok hükmünde kılması gerektiği düşüncesindeyiz. Fonksiyon gaspı durumunu Anayasa Mahkemesi’nin örnek vereceğimiz bir kararından yola çıkarak açıklamamızın daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi’nin 6.4.2006 gün ve E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararındaki örnek olay: Önüne gelen bir dava nedeniyle konuyu Ankara 7.İdare Mahkemesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne taşımıştır. 12.5.2001 günlü ve 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un geçici 3. maddesindeki, “*Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur’a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur’a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır.*” hükmünün iptali istenilmiştir. Kısacası Kanun ile kurul üyelerinin görevlerine son verilmesi dava konusu edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi davayı incelemiştir ve kararının gerekçe bölümünde öncelikle Anayasanın 2.maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesine vurgu yaparak şu açıklamaları yapmıştır:

“Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu ge-

liştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.”

“Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”

“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilmektedir.”

“Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir.”

“Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğini belirtmiştir. Oysa idari işlemler bilindiği gibi genel olarak somut, subjektif ve kişiseldirler. Bir kişinin bir kamu görevine atanması veya görevden alınması somut, subjektif ve kişisel olduğundan idari işlem ile yapılmaktadır. Çünkü bu yürütme fonksiyonunun bir alt dalı olan idari fonksiyona girer. Yasama işlemleri ile sadece kadro ihdas edilebilir veya ihdas edilmiş bir kadro kaldırılabilir. Çünkü bu işlemler genel, soyut ve objektiftir. Oysa ihdas edilmiş kadrolara atama veya görevden alma idari işlemin konusudur. Örneğin TBMM çıkaracağı bir kanun ile içişleri bakanlığının bir biriminde bir

kişilik şube müdürü kadrosu tahsis ederken, bu kadroda kimin görev alacağını bakanlık idari işlemle tesis eder. Diğer bir örnek bilindiği gibi Kaymakamlar üçlü kararname ile atanır. Kaymakam atama işlemi somut ve subjektif olduğundan idari işlemin konusuna girer. Bir kanun ile bir ilçeye kaymakam atanması fonksiyon gaspı olacağından idari yargıda yokluk yaptırımına tabi olduğu gibi bizce Anayasa yargısında da yokluk yaptırımına tabi olmalıdır.

Aslında Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında ki *“Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”* ifadesi ve diğer yukardaki açıklamalar açıkça *“fonksiyon gaspı”* nı tanımlamaktadır. Mahkeme bu tanımlamada sadece fonksiyon gaspını adlandırmamıştır. Bizce fonksiyon gaspının yaptırımı yokluk olmasına karşın Anayasa Mahkemesi kendisini sadece iptal ya da ret yetkisi sahibi olduğunu düşündüğünden hiç yokluk tartışmasına girmeden iptal kararı vermiştir.

Bu kararda diğer bir önemli nokta, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasındaki, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* hükmüne yaptığı atıftır. Bu atıfla birlikte şunu belirtmiştir Mahkeme: *Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir.*

Mahkeme kararından anlaşıldığı gibi, bu durum idari işlemle yapılsaydı -ki öyle yapılması gerekirdi- görevlerine son verilen kurul üyeleri Anayasa'nın 36.maddesi uyarınca yargı mercileri önünde dava açarak haklarını arayacaklardı. Oysa işlem yasama tasarrufu ile yapıldığından üyelerin hak arama özgürlüğü ellerinden alınmıştır. Çünkü bunların kanuna karşı dava açma hakları yoktur. Kanuna karşı dava açacaklar Anayasada sınırlı şekilde sayılmıştır. Kanunlar objektif, genel ve soyut olduğundan ülkede yaşayan herkesi ilgilendirdiği için Anayasa koyucu kanuna karşı iptal davası açma hakkını bireylere değil onların siyasi temsilcilerine vermiştir. Bu kendi içerisinde zaten mantıklı bir durumdur. Diğer yandan idari işlemlere karşı ise *“menfaat ihlali”* koşulunu

sağlayan her birey dava açabilir. Çünkü idari işlemler subjektif ve somut olduğu için bireyleri yakından ilgilendirir. Bu durumda idari işlemle yapılması gereken işlem yasama tasarrufu ile yapıldığı zaman insanların Anayasamızda 36.maddede yer alan “Hak Arama Hürriyeti”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde yer alan “Adil Yargılanma Hakkı” ve 13.maddesinde yer alan “Etkili Başvuru Hakkı” ihlal edilmiş olmaktadır. Sonuç olarak bunlar, idari işlemle yapılması gereken işlemlerin yasama tasarrufu ile yapılmasının yani fonksiyon gaspının ortaya çıkardığı sakıncalardır. Anayasa Mahkemesi de bu sakıncaları görerek iptal kararı vermiştir.

D. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yokluk, işlemin mahiyetini ortadan kaldıracak düzeyde bulunan kurucu unsurlarındaki noksanlık, bariz ve ağır derecede hukuka aykırılık durumudur. Yokluk istisnai durumlarda ortaya çıkan bir kurumdur. İdari yargı da esas olan iptal yaptırımıdır. Mamafih koşulları oluştuğunda idari yargı mercileri yokluk yaptırımını da uygulamaktadır. Yokluk yaptırımını uygulanırken uygulama şekli istikrar kazanmamıştır. Mahkemeler bazen yokluğu tespit edip iptal kararı veya dava ret kararı verirken bazen de yokluk durumunu tespit edip “karar verilmesine yer olmadığına” hükmetmektedir.

İdari yargıda tam bir içtihat oluşmasa da genel olarak şu durumlar idari işlemin kimliğini yok ettiğinden “yok hükmünde” kabul edilmektedir: Fonksiyon (görev) gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü, ağır ve bariz şekil noksanlıkları, imkansız konudur.

Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana hiç “yokluk” kararı vermese de -ki ne 1961 Anayasası ne de 1982 Anayasası Mahkeme’ye böyle bir yetki vermiştir- bazı kararlarında yokluk kurumunu tartışmış ve şartlar oluştuğunda yokluğa hükmedebileceğini belirtmiştir. Yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında Anayasa Mahkememiz yokluğa hükmedebileceğini açıklamıştır.¹⁴ Biz de bu fikre katılıyor ve ayrıca Mahkeme’nin iptal ettiği konuda Mahkeme’nin iptal gerekçelerine aykırı olarak aynı düzenleme-

¹⁴ AYM’ nin 17.9.1992 gün ve E: 1992/26, K: 1992/48 sayılı kararı

nin tekrar yapılmasını içeren normun da yok hükmünde sayılması gerektiğini düşünüyoruz.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal olarak “yok hükmünde” kararı verme yetkisi yoksa da içtihatla kendisinde yürürlüğün durdurulması yetkisini gördüğü gibi bu kurumu da içtihatla getirebilir. Mamafih yokluk kurumu çok istisnai bir kurumdur ve tehlikeli boyutları olabilir. O yüzden Mahkeme bu kurumu kullansa bile çok çok istisnai durumlarda kullanılmalıdır. Aksi bir uygulama ile Anayasa Mahkemesi kararlarında yokluk kurumu yaygınlık kazanırsa ülke açısından hukuki ve siyasi sorunlar ortaya çıkabilir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk” ya da “Yok İşlem”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 81, 2009.

Candan, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ekim 2005, Maliye ve Hukuk Yayınları.

Demirkol, Selami: “İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru”, Sayıştay Dergisi, Sayı 29, 1998.

Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukuku, 6.Baskı, 2011, Orion Kitabevi.

Erkut, Celal: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988.

Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, Ekin Kitabevi.

Gözübüyük, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara 2006, Turhan Kitabevi.

Günday, Metin: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1996, İmaj Yayıncılık.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 14.baskı, 2013, Yetkin Kitabevi.

Şahbaz, İbrahim: “Anayasa Yargısında Yokluk”, Ankara Barosu Dergisi, 1999 – 4.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2012, Beta Yayınevi.

5233 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MANEVİ ZARARLARIN TAZMİN EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ SORUNU

*The Question of Whether Compensation for Non-Pecuniary Damage
is Possible According to the Law Numbered 5233*

Berkan AYTURAN *

ÖZET

Tazminat Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilen hallerde, şartlar oluşmuşsa hem maddi tazminata hem de manevi tazminata hükmedilmekteydi. Ancak, söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, şartlar oluşmuşsa maddi tazminata hükmedilirken, manevi tazminat istemleri ise, sadece maddi zararların Tazminat Kanunu kapsamına girdiği, manevi zararların ise Kanunun kapsamı dışında olduğundan bahisle reddine karar verilmektedir. Ancak, Tazminat Kanunu kapsamında manevi zararların tazmini mümkün olmamasına rağmen, bu durum, genel hükümlere göre manevi zararların karşılanmasına bir engel teşmil etmemektedir. Aksi bir yorum, tazminat hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, sosyal risk, 5233 sayılı Kanun, manevi tazminat,

ABSTRACT

It had been possible for court to rule on compensation claims for pecuniary and non-pecuniary damages which is caused by terrorist activities and by actions of government officials for struggle with terror until the law numbered 5233 entering into force. At this time, courts ruled compensation claims on the basis of the principle of social risk if conditions laid down by law would exist. However, in the course of entering into force of law mentioned above, courts has begun to decide that claim for non-pecuniary damage is not included by law. As a result of this, claims for pecuniary damage continue to be accepted by court but claims for non-pecuniary damage have begun to be rejected.

* Ankara 10. İdare Mahkemesi Hâkimi, berkanayturan@gmail.com

Although it is not possible for courts to compensate non-pecuniary damage according to law numbered 5233, courts can apply general principles of law to compensate non-pecuniary damage. The interpretation in contradiction to this argument would be against the general principles of compensation law.

Keywords: The liability of administration, absolute liability, social risk, Law numbered 5233, compensation for non-pecuniary damage

◆◆◆◆

GİRİŞ

Ülkemizde 1980’li yıllarda ortaya çıkan ve ilerleyen dönemlerde artarak devam eden terör olayları nedeniyle kişiler maddi ve manevi yönden bir takım zararlara uğramışlardır. Bu zararlar terör eylemlerinden kaynaklandığı gibi bazen de terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanmıştır. Diğer taraftan söz konusu zararların bir kısmı idarenin eylem ve/veya işlemi ile nedensellik bağı kurulabilen zararlar, bir kısmı ise idarenin eylem ve/veya işlemi nedensellik bağı kurulamayan zararlardır¹. Uygulamada, terör eylemlerinden veya terörle mücadele kapsamında ortaya çıkan zarar ile idarenin eylem ve/veya işlemi arasında nedensellik bağı bulunan durumlarda, idarenin kusuru varsa hizmet kusuruna, kusur söz konusu değilse, sosyal risk ilkesi dışındaki diğer kusursuz sorumluluk hallerine dayanılarak idare sorumlu tutulmaktayken, zarar ile idarenin eylem ve/veya işlemi arasında nedensellik bağı bulunmayan durumlarda sosyal risk ilkesi gündeme gelmekte ve idare bu çerçevede sorumlu tutulmaktadır.

Kişilerin terör eylemlerinden veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden dolayı uğradığı zararlar; sakatlanma nedeniyle iş gücü kaybı, ölüm nedeniyle kişinin desteğinden yoksun kalma sebebine bağlı oluşan maddi zararlar olabileceği gibi, elem, acı, ızdırap şeklinde kendini gösteren manevi zararlar da olabilir. Hatta bazen terör eylemleri nedeniyle kişilerin uğramış

¹ KIRTEPE, Ahmet, “5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y:5, S:43, Ankara, 2010, s.145.

olduğu manevi zararlar, maddi zararlardan daha fazla olabilmektedir².

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 17 Temmuz 2004 tarihinde kabul edilen 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun³, 27 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tazminat Kanunu'nun 1. maddesinde; Kanunun amacının, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu ifade edilmiştir. Danıştay birçok kararında Tazminat Kanunu'nun sosyal risk ilkesinin kanunlaşmış hali olduğunu belirtmektedir.

Tazminat Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 27 Temmuz 2004 tarihine kadar terör eylemlerinden dolayı sosyal risk ilkesine göre açılan davalarda idarenin sorumluluğuna gidilen hallerde, şartlar oluşmuşsa hem maddi tazminata hem de manevi tazminata hükmedilmekteydi. Ancak söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin, açtıkları tazminat davalarında şartlar oluşmuşsa maddi tazminata hükmedilirken, manevi zararlar açısından, sadece maddi zararların Tazminat Kanunu kapsamında bulunduğu, manevi zararların ise Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmektedir.

Çalışmada Tazminat Kanunu kapsamında manevi zararların tazmin edilemeyeceği hususu tartışılacaktır. Bu kapsamda Tazminat Kanunu'nun tazmin ettiği ve etmediği zararlar ele alınacak, anılan Kanunun manevi zararları kapsam dışında bırakıp bırakmadığı, bırakmış ise bu kez manevi zararların, genel hükümlere göre, yani 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesindeki usule göre tazmin edilemeyeceği sorularına cevap aranacak, Danıştay'ın konuya bakış açısı ortaya konulacak, Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki görüşlerine de yer verilecektir. Konumuzla ilgili olması dolayısıyla idarenin sorumluluğu ve

² Türkiye Büyük Millet Meclisi, İçişleri Komisyonu Raporu, 10.06.2004 Tarih ve Esas No: 1/793 Karar No:69

³ RG., Tarih:27.07.2004, Sayı:25535. (Kanun, çalışmanın ilerleyen kısımlarında **Tazminat Kanunu** olarak anılacaktır.)

sosyal risk ilkesine de kısaca değinilecektir.

I) İDARENİN SORUMLULUĞU

A) GENEL OLARAK

Günümüzde idarenin mali sorumluluğu hukuk devletinin temel öğelerinden olduğu kabul edilmektedir⁴. Bir hukuk devletinde, devlet eylem ve işlemleri ile bireyleri zarara uğratiyorsa verdiği bu zararları mutlaka tazmin etmelidir⁵.

İdarenin sorumluluğunun temellerinin Fransız İhtilali'nde atıldığı kabul edilebilir. İhtilalden sonra yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile “Toplumun tüm kamu görevlilerinden görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkı vardır.” hükmü idarenin sorumluluğu ilkesinin tetikleyicisi olmuştur⁶.

Cumhuriyetin ilk yıllarına, Danıştay'ın 1927 yılında yeniden çalışmaya başlamasına kadar, ülkemizde genel olarak idarenin sorumsuzluğu ilkesi uygulama alanı bulmuş⁷, 1924 Anayasası döneminde yönetime karşı açılan davalar, Danıştay'ca çekingen bir şekilde karara bağlanmaya başlamıştır. Danıştay bu dönemlerde tazminata hükmedebilmek için idarenin ağır hizmet kusurunu aramıştır. 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde yer alan “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” kuralı bu alandaki en büyük gelişmelerden birini oluşturmaktadır. Bu kuralın da etkisiyle Danıştay, tam yargı davalarında ağır hizmet kusuru anlayışından uzaklaşarak hizmet kusurunu ve kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaya başlamıştır⁸.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde de “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” kuralı getirilerek 1961 Anayasası

⁴ GİRİTLİ, İsmet; BİLGİN, Pertev; AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, 2006, s.60-61., AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, s.103,

⁵ BİLGİN, Pertev; İdare Hukuku Dersleri –İdare Hukukuna Giriş, İstanbul, 1996,s.313.

⁶ AKPINAR, Mahmut; YEŞİLBAS, Mehmet, “Sosyal Risk Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S:115, Eylül 2011, s.5, www.e-akdemi.org.tr, Erişim Tarihi:22.02.2012.

⁷ YENİCE, Kazım; ESİN, Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s.81, 82,

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara, 1983, s.190.

döneminde olduğu gibi idarenin sorumluluğu ilkesine benimsenmiş, idarenin kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.

İdari bir eylem veya işlem den idarenin sorumlu için birtakım koşulların bulunması zorunludur. Bu koşulları şu şekilde sıralanabilir:

İdarenin sorumluluğunun ilk koşulu idari bir davranıştır. Bu davranış idari işlem şeklinde kendini gösterebileceği gibi, idari eylem şeklinde de olabilir⁹.

İdarenin sorumluluğunun ikinci koşulu bir zararın varlığıdır. Bu zarar maddi-manevi zarar, malvarlığı-şahıs varlığı zararları, doğrudan veya dolaylı zarar şeklinde olabilir. İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için ortada belli ve gerçek bir zarar bulunmalıdır. Henüz doğmamış zararlar idarenin sorumluluğuna yol açmaz¹⁰. Ancak doğması kesin olan zararlar idarenin sorumluluğuna yol açar. Diğer taraftan zararın parayla ölçülebilir olması da gerekmektedir¹¹.

Üçüncü şart ise, ortaya çıkan zararın idarenin davranışı neticesinde ortaya çıkmış olmasıdır. Bir başka deyişle zarar ile idari işlem ve/veya eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Sosyal risk ilkesi bu şartın istisnasını oluşturmaktadır.

Son şart ise, idarenin kusurlu olmasıdır. Bu şartın istisnası ise kusursuz sorumluluk halleridir.

B) İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

İdarenin sorumluluğu, uygulamada ve öğretilerde¹² hizmet kusuru nedeniyle sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmakta ve incelenmektedir.

⁹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2011, s.383.

¹⁰ GÜNDAY, a.g.e., s.383-384, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 26. Baskı, Ankara, 2007, s.317-319.

¹¹ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Bursa, 2008, s.758.

¹² Bkz., GÜNDAY, a.g.e., s.369, , GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **(Yönetmelik Yargı)**, s.285, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt:2, İdari Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, 2010, s.731, YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, İstanbul, 2008, s.253, GÖZLER, Kemal, **(İdare Hukuku Dersleri)**, s.717, ÇAĞLAYAN, Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara,2007, s.132-134.

1) Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluk

Hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişinde bir aksaklık ve bozukluğu ifade etmektedir. Hizmet kusuru idarenin asıl nitelikteki sorumluluğudur. Genel kabul edildiği şekilde, hizmet kusuru olarak kabul edilen haller, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olmak üzere üç farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

2) Kusursuz Sorumluluk

Kişilerin idari faaliyetlerden dolayı uğramış oldukları zararlarda, idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi, önceleri sadece hizmet kusuru varsa mümkündü. Günümüzde, özellikle sosyal devlet ilkesinin benimsenmesiyle, idarenin üstlendiği olduğu hizmetlerin artması ve karmaşık hale gelmesiyle, idarenin kişilere zarar verme olasılığı artmıştır. Bu şekilde idarenin sadece kusuru varsa sorumlu tutulabilmesi anlayışı yetersiz hale gelmiş, idarenin faaliyetiyle oluşan zarar arasında nedensellik bağı bulunması koşuluyla kusuru olmasa bile sorumlu tutulabilmesi kabul edilmiştir¹³. Böylelikle idarenin kusursuz sorumluluğu ortaya çıkmıştır.

Kusursuz sorumluluğun özellikleri ve şartları kısaca şu şekilde sıralanabilir:

Kusursuz sorumluluk ikincil niteliktedir¹⁴. Bir başka deyişle kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğu alanında kural değil, istisnadır. Dolayısıyla idarenin sorumluluğuna ilişkin bir olayda öncelikle hizmet kusuru araştırılmaktadır.

Kusursuz sorumlulukta idarenin kusurunun ispatına gerek yoktur. Bu açıdan bakıldığında kusursuz sorumluluk, davacının lehinedir.

Kusursuz sorumlulukta, hizmet kusurunda olduğu gibi, idari bir davranış, zarar ve idari davranışla zarar arasında kural olarak nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

¹³ GÜNDAY, a.g.e., s.378.

¹⁴ ÇAĞLAYAN, a.g.e., s.152.

Öğretide kusursuz sorumluluk genel olarak iki ilkeye dayandırılmaktadır. Bu ilkeler risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir.

a) Risk İlkesi

Risk ilkesi uyarınca, idarenin hiç bir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür¹⁵.

Risk ilkesinde, bazı hizmet ve faaliyetlerin, niteliği itibariyle tehlikeli olması nedeniyle, bu hizmet ve faaliyetlerin kişilere zarar vermesi halinde, faaliyet sahibinin kusuruna bakılmaksızın, zararın tazmin edilmesi düşüncesine dayanır¹⁶. Risk ilkesinin diğer bir adı da tehlike ilkesidir.

Risk ilkesi şu üç halde uygulama alanı bulmaktadır¹⁷:

aa) İdarenin Tehlikeli Faaliyetleri ve Araç Gereçleri: İdare, kamu hizmetinin yerine getirirken, niteliği gereği bir takım riskli ve tehlikeli faaliyetlerde bulunabilir. Bu riskli ve tehlike faaliyetten bir zarar doğarsa, idare bundan sorumludur. Örneğin; idare patlayıcı maddeler, silahlar, cephanelikler bulundurmak zorundadır.

bb) Mesleki Risk: Bu ilke, risk ilkesinin meslek kazalarında uygulanan halidir. Kamu görevinde çalışan bir kişi, görevi sırasında veya görevi nedeniyle bir zarara uğrarsa, ortaya çıkan zarardan, idare, bir kusuru olmasa bile sorumludur¹⁸.

cc) Sosyal Risk İlkesi: Bu ilkeye, konumuzla doğrudan ilgisi bulunması nedeniyle, makalenin ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak değineceğiz.

b) Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi

İdarenin yürüttüğü olduğu bazı kamu hizmetlerinden, toplumun geneli fayda görürken, idarenin bir kusuru olmaksızın, bazen kimileri özel zarara uğra-

¹⁵ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C:2, 2. Baskı, Bursa, 2009, s.1169.

¹⁶ ATAY, Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s. 589.

¹⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.374.

¹⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.380.

yabilir¹⁹. Hakkaniyet ve adalet gereği, bu gibi zararların kişilerin üzerinde kalmaması, topluma pay edilmesi gerekmektedir. İşte bu ilkeye kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi denilmektedir. Bu ilke, özellikle köprü, yol ve baraj gibi bayındırlık eserlerinin yapımında ortaya çıkan zararların tazmininde uygulanmaktadır.

II) SOSYAL RİSK İLKESİ

A) GENEL OLARAK

Devletlerin aktör olarak rol aldığı siyasi mücadeleler, toplumun üyesi olan bireyleri de etkilemektedir. İnsanlar yaşadıkları toplumdaki kargaşadan istemeseler de etkilenmekte ve çok ciddi zararlar görebilmektedirler²⁰.

Doğal afetler, toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ile bu hareketlerden doğan zararlar ve savaşlarda sivil halkın uğradığı zararlar, kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmamalıdır²¹.

Sosyal risk ilkesinin ortaya çıkmasının nedeni de bu zararların, kargaşanın çıkmasında hiçbir kusuru olmayan mağdurlar üzerinde bırakılmasının adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olmadığı düşüncesidir²².

Sosyal risk insanların bir arada yaşamasının sebep olduğu kaçınılmaz bir tehlike halidir²³.

Sosyal risk ilkesinin idarenin sorumluluğu içindeki yerinin ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Doktrinde sosyal risk ilkesi genel olarak kusursuz sorumluluk türü olarak kabul edilmektedir. Ancak bu ilkenin hizmet kusuruna dayandırılması gerektiğini belirten görüşler²⁴ olduğu

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s.755.

²⁰ KÖKSAL, Mustafa, “Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılama Sorunu”, **TAAD**, C:1, Y:1, S:3, Ankara, 2010, s.367.

²¹ AZRAK, Ali Ülkü, “İdarenin Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980, S.136-137.

²² KÖKSAL, a.g.e., s.367.

²³ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, C:IX, S:1-2, Y:5, s.187.

²⁴ GÜNDAY bu konuda idarenin aslında hizmet kusuruna göre sorumlu tutulması gerektiğine

gibi, bu ilkeyi dışlayan görüşler²⁵ de bulunmaktadır.

Sosyal risk ilkesi ile amaçlanan, toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal riskin gerçekleşmesiyle oluşan toplumun bireyi olmak nedeniyle uğranılan özel veya olağandışı zararların topluma pay edilerek giderilmesidir²⁶.

Ülkemizde yargı içtihatları ile gelişen sosyal risk ilkesi kanuni düzenlemelere de konu olmuştur. 6-7 Eylül 1955 yılında İstanbul ve İzmir’de meydana gelen toplumsal kargaşa olaylarında zarara uğrayan kişilerin zararlarını tazminini öngören 6684²⁷ sayılı Kanun ile Şırnak ve Çukurca’da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararlarının idarece tazmin edilmesini öngören 3838 sayılı Kanun²⁸, sosyal riskin ilk örnekleridir. Ancak, bu düzenlemeler, dar kapsamlı, tek bir olaya uygulanabilecek düzenlemeler olarak kalmıştır. Sosyal risk ilkesi çerçevesinde yapılan en genel yasal düzenleme ise makalenin konusunu oluşturan Tazminat Kanunu’dur.

B) SOSYAL RİSK İLKESİNİN DAYANAĞI

Sosyal risk ilkesi, hakkaniyet ve nesafet kuralları ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanır. Bu ilkelerin hukukumuzdaki dayanağı ise; idarenin kusursuz sorumluluğu anlayışına da imkân veren 1982 Anayasası’nın 125. maddesi ile 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi ve 2. maddesinde yer alan cumhuriyetin nitelikleri arasındaki sosyal bir hukuk devleti olma anlayışdır. 1982 Anayasası’nın Başlangıç Kısmı ve 2. maddesinin ge-

işaret etmektedir. GÜNDAY, a.g.e., s.381.

²⁵ GÖZLER ise sosyal risk ilkesinin uygulandığı durumlarda ortaya çıkan zarar ile idarenin fiili arasında nedensellik bağı bulunmadığı için idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini düşünmektedir. GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s.745-746.

²⁶ ÖZKARSLI, Oğuz, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi” T.C. Afyon Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, 2008, s.79.

²⁷ 6/7 Eylül 1955 Tarihinde İstanbul ve İzmir’de Vukubulan Hâdiselerde Zarar Görenlerin Zararlarının Ödenmesi Hakkında Kanun, R.G., Tarih: 01.03.1956, Sayı:9247.

²⁸ Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli İllerinde Vuku Bulan Deprem Afeti ile Şırnak ve Çukurca’da Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Kanun, RG, Tarih: 05.09.1992, Sayı:21336.

rekçesinde Türk vatandaşlarının hepsini milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak sayan bir anlayış şüphesiz ki toplumda meydana gelen ve bireylerin özel ve olağandışı zararlarını devlet tarafından karşılanması yolundaki sosyal risk ilkesine de imkân tanıdığı söylenebilir²⁹.

AZRAK'a göre sosyal risk ilkesinin felsefi kökeni Anayasamızın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesi, hukuki temeli ise fırsat ve imkân eşitliğidir³⁰.

C) SOSYAL RİSK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

İdarenin sorumluluğunu genişleten ve yargı içtihatlarıyla şekillenen sosyal risk ilkesi diğer sorumluluk türlerinden farklı birtakım özelliklere sahiptir. Bu özellikler şu şekilde sıralanabilir:

1) Zarar İle İdari Eylem ve/veya İşlem Arasında Nedensellik Bağı Aranmaz.

İdarenin belli bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zararlar, idari eylem veya işlem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ancak sosyal risk ilkesi bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Sosyal risk ilkesinde, meydana gelen zarar ile idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağı aranmamaktadır. Bir başka deyişle, ortaya çıkan zarara idarenin bir işlem ve/veya eyleminin sebep olması gerekmemektedir³¹. Eğer olayda hizmet kusuruna veya diğer kusursuz sorumluluk hallerine dayanılabiliyorsa, sosyal risk ilkesinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır³².

²⁹ ÖZKARSLI, a.g.e.,s.83-84.

³⁰ AZRAK, a.g.e.,s.141.

³¹ ÖZKARSLI,a.g.e.,s.85.

³² "...İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Buna karşın bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Belirtilen niteliğine göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve

2) Zarara İdare Tarafından Önlenemeyen veya Önlenmesi Daha Büyük Zararlara Yol Açacak Tehlikeler Neden Olmaktadır.

Sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin tazmin yükümlüsü kılındığı zarara neden olan risk, idarece önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlara yol açacak risktir³³.

Toplumsal olayın zarar verecek boyuta gelmemesi için gereken tedbirleri almak idare için bir yükümlülüktür. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen zararın ortaya çıkmasını engelleyememesinde idarenin kusuru yokmuş gibi görünüyorsa da bu tür tehditlere karşı her zaman hazırlıklı olması gereken idarenin tamamen kusursuz olduğu da söylenemez³⁴.

3) Zarar Birlikte Yaşamın Kaçınılmaz Sonucu Olmalıdır.

İlk çağlarda aileler halinde bir örgütlenme temeline dayalı toplumsal yaşamın, bugün devlet biçiminde bir siyasal örgütlenme temeline dayanması olgusu, iç politikada iktidarı elde etme, dış politikada ise başka uluslara karşı egemenliğini savunma ve kabul ettirme mücadelelerine yol açmaktadır. Bu sebeple ortaya çıkan siyasal bunalımlar, her geçen gün toplumu daha güçlü bir biçimde etkisi altına alarak bireyleri de zarara uğratmaktadır³⁵.

Toplum halinde yaşayan bireyler, toplumda meydana gelen savaş, saldırı, kitle hareketleri ve kargaşalardan etkilenerek zarara uğrayabilmektedirler.

zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir. Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir...” Danıştay 10. Dairesinin, 25.02.2003 tarihli ve E:2001/4795, K:2003/696 sayılı kararı. **Makalede yer alan tüm Danıştay kararları UYAP sistemi üzerinden alınmıştır.** Aynı yönde, Danıştay 10. Dairesi, 25.12.2006 tarih ve E:2004/2003, K:2006/7413 sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesinin, 26.12.2008 tarih ve E:2006/7063, K:2008/9443 sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesinin, 26.12.2008 tarih ve E:2006/7068, K:2008/9442 sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesinin 13.04.2009 tarih ve E:2007, K:2009/2792 sayılı kararı.

³³ AZRAK, a.g.e., s.138.

³⁴ AKYILMAZ, (Sosyal Risk) ,s.189.

³⁵ KÖKSAL, a.g.e., s.370.

Sosyal risk anlayışı da insanların birlikte yaşamasından doğan, hiçbir şekilde dahil olmadıkları savaş saldırı ve kitle hareketleri vs. nedeniyle var olan bir risklerin paylaşılması düşüncesinden hareketle sosyal devlet anlayışının ortaya koyduğu bir idarî sorumluluk düşüncesidir³⁶.

4) Zarar Görenin Zararın Doğumunda Kusuru Bulunmamalıdır.

Zarar görenin, zarara yol açan eylemlere katılmamış, söz konusu eylemlerin dışında kalmış olması ve zararın doğumunda kusurunun bulunmaması gerektiği hususu sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için gereken koşullardandır³⁷. Zira zarara sebep olan kişinin, sebep olduğu zararının karşılanması düşünülemez³⁸.

III) TAZMİNAT KANUNU ÇERÇEVESİNDE MANEVİ ZARARLARIN TAZMİN EDİLİP EDİLEMeyeceği Sorunu

A) TAZMİNAT KANUNU'NA GENEL BİR BAKIŞ

Terör eylemlerinden veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan zararlar için, zarar gören kişilere tazminat ödenmesi amacıyla³⁹, Bakanlar Kurulu'nun 23.06.2003 tarihinde kabul ettiği Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair 2003/5930 sayılı Karar⁴⁰'ın yarının işlevselliği ve kapasitesinin artırılması suretiyle etkin bir yargı sistemi tesis edilmesi başlığı altındaki 24.14.1.1 numaralı tablodaki 18. Sırada Terör

³⁶ AKYILMAZ, Sosyal Risk, s.190.

³⁷ KÖKSAL, a.g.e., s.370.

³⁸ "...Davacı şirketin, yasa dışı bir faaliyeti yürüttüğü sırada uğradığı zararın tazmini isteminden doğan uyumsuzlukta; yasalara uygun davranan ve zararın doğmasında hiç bir kusurlu eylemi bulunmayan masum vatandaşların, asıl hedefi toplum ya da devlet olan idareye yabancı unsurların eylemleri sonucu sadece toplumun birer bireyi olmaları nedeniyle uğradıkları özel ve istisnai zararın topluma pay edilmesini amaçlayan sosyal risk ilkesinin uygulanma olanağı bulunmadığı gibi, olayda idarenin hukuki sorumluluğunu gerektiren diğer sorumluluk sebeplerinin de uygulanma olanağı yoktur." Danıştay 10. Dairesinin 24.04.2006 tarihli ve E:2003/2808, K:2006/2620 sayılı kararı.

³⁹ KAYA, Cemil, "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun", **Uluslararası Hukuk Ve Politika**, Cilt:3, No:10, Ankara, 2007, s.26.

⁴⁰ R.G., Tarih:24.07.2003, sayı:25178 (Mükerrer).

ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun Tasarısı'nın beklenen yürürlük tarihi 2004 yılı olarak belirlenmiş⁴¹ ve Tazminat Kanunu 17.07.2004 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, terör sorunu sebebiyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içerisinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla hazırlanmıştır⁴².

Terör eylemlerinden veya terörle mücadeleden zarar gören kişiler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne birçok başvuruda bulunmuş, bu başvurular ülkemizde etkin bir iç hukuk yolu olmadığı gerekçesiyle⁴³, esastan karara bağlanarak, ülkemiz çoğu kez tazminata mahkûm edilmiştir. Tazminat Kanunu, yürürlüğe girmesiyle beraber AİHM nezdinde ilk meyvesini İçyer v. Türkiye Davasında vermiş, kararla başvuru, Tazminat Kanunu'nun, devletin hem teori- de hem de uygulamada etkili bir iç hukuk yolu oluşturarak görevini yerine getirdiği gerekçesiyle oybirliğiyle kabul edilemez bulunmuş⁴⁴, bu karardan sonrada AİHM nezdinde 1500'e yakın başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca reddedilmiştir⁴⁵. Böylelikle Tazminat Kanunu'nun AİHM nezdinde yüklü miktarlarda tazminata mahkûm olunmaması ve verilen tazminatların haksız zenginleşme aracı olarak kullanılmasının önlenmesi amacı da gerçekleşmiş ve bu şekilde ülkemizin uluslararası arenada itibarının zedelenmesinin de önüne geçilmiştir.

⁴¹ Kanunun Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Tarih:19.04.2004 Sayı:B.02.0.KKG.0.10/101-817/1797.

⁴² Kanunun Genel Gerekçesi.

⁴³ Ancak bu durum oldukça eleştirilmekteydi. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu" AÜSBFD, C:50, S:3-4, Haziran-Aralık, Ankara,1995, s.199, Yazar çalışmasında terörle ilgili 5 tane Danıştay kararına değindikten sonra şu değerlendirmeyi yapmaktadır. "... Kişilere verilen zarar; kişisel husumetten doğmamış olmak koşulu ile ister terör örgütünden, ister teröristlerle güvenlik güçlerinden çatışmasından, ister kimliği belli olmayan kimselerin eyleminden, ister güvenlik güçlerinin eylemlerinden doğmuş olsun, açılacak tazminat davalarında İdare Mahkemeler etkili bir iç hukuk yolu olarak görünmektedir. Yönetmelik yargı yerlerince olumlu bir sonuç alınamaması ya da alınan sonucun tatminkâr olmaması durumunda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurma olanağı da vardır." Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK, TAN, s.761.

⁴⁴ KAYA, a.g.e., s.27.

⁴⁵ KAYA,a.g.e., s.27.

Tazminat Kanunu ile uygulamada ve öğretide kabul edilen sosyal risk ilkesinin kanunlaştırılmasının amaçlandığını söyleyebiliriz. Kanunun genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten ve Anayasa metnine dahil olan Başlangıç Kısmında “Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu...” belirtilmiş; Cumhuriyetin niteliklerini gösteren Anayasanın 2 nci maddesinde ise Türkiye Cumhuriyetinin “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı ... sosyal bir hukuk devleti” olduğu vurgulanmıştır.*

Kural olarak idarenin hukukî sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır. Sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanması gerekmektedir. Objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.

Temelde Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinin zarar gören kişilere karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmektedir. Terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. Devleti ve toplumu hedef alan fiillerden doğan zararın mağdur kişinin üzerinde bırakılması, hak ve nasafet kurallarıyla bağdaşmaz. Ortaya çıkan zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir....⁴⁶” Tazminat Kanunu yürürlüğe girdiği 27.07.2004 tarihinden sonra 5442 sayılı Kanun⁴⁷, 5562 sayılı Kanun⁴⁸ ve 5666 sayılı Kanun⁴⁹’la olmak üzere üç kez değişikliğe uğramıştır. Tazminat Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin Yönetmelik⁵⁰ ise 20.10.2004 ta-

⁴⁶ Kanunun Genel Gerekçesi.

⁴⁷ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., Tarih: 03.01.2006, sayı:26042.

⁴⁸ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., Tarih: 16.12.2006, sayı:26378.

⁴⁹ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., Tarih: 30.05.2007, Sayı:26537.

⁵⁰ Bakanlar Kurulu, Karar Sayısı:2004/7955, R.G., Tarih: 20.10.2004, Sayı:25619.

rihinde yürürlüğe girmiştir.

Tazminat Kanunu'na göre zarar görenin veya mirasçılarının başvurusu hâlinde bu kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit etmek, nakdî veya aynî ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlamak, sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya 12. maddenin ikinci fıkrasına göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenleyerek birer örneğini ilgiliye tebliğ etmek ve Bakanlığa göndermek, başvuranın, bu Kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde, buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek birer örneğini ilgiliye tebliğ etmek ve Bakanlığa göndermek görevlerini ifa etmek üzere illerde bir başkan ve altı üyeden oluşan zarar tespit komisyonları kurulmuştur.

Tazminat Kanunu kural olarak yürürlüğünden sonraki olaylara uygulanacaktır. Ancak Kanunun Geçici 1. ve 2. maddeleri ile bu hususa istisna getirilmiştir. 19.07.1987 tarihi ile Kanunun yürürlüğe girdiği 27.07.2004 tarihleri arasındaki zararlara da bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun zararların tazmini istemiyle yapılan başvuruları ikiye ayırmış, Kanunun yürürlüğünden sonraki olaylar için farklı, eski olaylar için farklı bir prosedür getirmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi başvuruların incelenmesi, zararların araştırılması görevi zarar tespit komisyonlarına verilmiştir. Zarar tespit komisyonları, başvuruları haklı görmesi halinde sulhname imzalanmak üzere ilgilileri davet edecek, tarafların anlaşması durumunda sulhname imzalanarak uyuşmazlık sonlandırılacaktır. Zarar tespit komisyonlarının başvuruları reddi veya başvurunun sulh yoluyla sonlandırılmaması durumunda ilgililerin 60 gün içinde idare mahkemelerinde dava açabilecektir.

B) TAZMİNAT KANUNU KAPSAMINDAKİ ZARARLAR

Tazminat Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde genel olarak maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanacağı belirtilmiştir. Yine Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının karşılanacağı belirtilmiştir. "Karşılanacak Zararlar" başlıklı 7.

maddesinde Kanun kapsamında sulh yoluyla karşılanacak zararlar özel olarak 3 bent halinde sayılmıştır. Düzenlemeye göre sulh yoluyla karşılanacak zararlar şunlardır:

a) Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar,

b) Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri,

c) Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar.

Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendindeki “diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar” ibaresiyle düzenlemenin kapsamı geniş tutulmuştur. Bu bent kapsamındaki zararlara bağ, bahçe, ahır, yem, yakacak, hayvanlar, traktör gibi taşınır ve taşınmazlara verilen zararlar girmektedir. Düzenlemenin (b) bendinde; yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderlerinin tazmin edilmesi öngörülmüştür. Kanunun 9. maddesinde ise, yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde tazminatın nasıl hesaplanacağı özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi, terör nedeniyle boşalmış veya boşaltılmış köylerdeki malvarlıklarına ulaşamamasından kaynaklanan zararlar açısından önem arz etmektedir.

C) TAZMİNAT KANUNU KAPSAMI DIŞINDAKİ ZARARLAR

Tazminat Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında Kanunun kapsamı dışındaki zararlar özel olarak belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre Kanunun kapsamı dışındaki zararlar şunlardır:

a) Devletçe arazi veya konut tahsisi suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar,

b) Bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında

Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanununun 30. ve 31. maddeleri gereğince karşılanan zararlar,

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılan tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararlar,

d) Terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar⁵¹,

e) Kişilerin kendi kasıtları sonucunda oluşan zararlar,

f) 3713 sayılı Kanununun 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlar⁵².

⁵¹ Meydana gelen terör eylemleri sebebiyle göç etmek zorunda kaldığından bahisle uğradığı zararın Tazminat Kanunu kapsamında tazmini istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine dair işlemin iptali ve 40.000 TL maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının köyü terk nedeninin terör olayları değil kan davası olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Anılan karar davacı tarafından temyiz edilmiş. temyiz istemi reddedilerek, Mahkeme kararı onanmıştır. Danıştay 10. Dairesinin 29.05.2009 tarihli ve E:2009/1923, K:2009/5208 sayılı kararı.

⁵² Meydana gelen terör eylemleri sebebiyle göç etmek zorunda kaldığından bahisle uğradığı zararın Tazminat Kanunu kapsamında tazmini istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine dair işlemin iptali ve uğradığını maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının başvurusunun, eşinin Yasa maddesinde sayılı suçtan mahkûm olduğu gerekçesiyle reddedildiği; oysa suç ve cezaların şahsiliği ilkesi ile aktarılan Yasa hükmünün açık metni karşısında, yalnızca mahkûm olan kişilerin (davacının eşinin) 5233 Sayılı Yasadan yararlanamayacağı; bu nedenle, zararın oluştuğu tarihte davacıya ait malvarlığı bulunup bulunmadığının, varsa köyün boş kaldığı süreçte bu malvarlığını kullanıp kullanmadığının idarece araştırılması ve 5233 sayılı Kanun kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının saptanması gerekirken, eksik inceleme sonucu başvurusunun reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali; davacının maddi tazminat isteminin ise, Mahkemelerince verilen iptal kararı üzerine, idarece 5233 sayılı Yasa uyarınca davacının uğradığı zararın yeniden hesaplanması gerekeceğinden, bu aşamada tazminata hükmetme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda verilen Mahkeme kararı davalı idare tarafından temyiz edilmiş, anılan karar Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 10. Dairesinin 29.05.2009 tarihli ve E:2009/3970, K:2009/5295 sayılı kararı.

D) MANEVİ TAZMİNAT SORUNU

1) Genel Olarak

Tazminat Kanunu Tasarısı Bakanlar Kurulu'nca 19.04.2004. tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuş, Başkanlıkça 24.04.2004 tarihinde tali komisyon olarak İçişleri Komisyonu ile Adalet Komisyonuna, esas komisyon olarak da Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmiştir.

Tazminat Kanunu'nun, manevi tazminatları karşılama gerekip, gerekmediği ile ilgili olarak söz konusu komisyonlarda ve Meclis Genel Kurulunda bir takım görüşler dile getirilmiştir.

İçişleri Komisyonunun Tazminat Kanunu Tasarısı ile ilgili raporunda⁵³, tasarıya çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Zararın türüyle ilgili eleştiride *“Tasarıda sadece uğranılan maddi zararların karşılanmasından söz edilmektedir. Oysa kimi zaman kişilerin uğradığı manevi zararlar çok daha büyüktür. Dolayısıyla sadece maddi zararların değil manevi zararların da karşılanması gerekir...”* ifadelerine yer verilmiştir.

Yine, Plan ve Bütçe Komisyonunun Tazminat Kanunu Tasarısıyla ilgili raporunda⁵⁴ *“Tasarının geneli üzerinde yapılan müzakerelerde; ... Kişilerin uğradıkları zararlardan sadece maddi olanların karşılanmasının hakkaniyete uygun olmayacağı...”* vurgulanmıştır. Komisyon raporundaki ayrışik oyda; *“Kişilerin uğradıkları zararlardan sadece maddi olanların karşılanıp manevî zararların karşılanmaması doğru değildir.”* ifadesine yer verilmiştir.

Tazminat Kanununun TBMM Genel Kurulu'nda yapılan müzakerelerinde⁵⁵, Tasarının 1. maddesine manevi zararların da madde kapsamına alınması yolunda önerge⁵⁶ verilmiş, ancak bu önerge kabul edilmemiştir.

⁵³ TBMM İçişleri Komisyonu Raporu, 10.06.2004, Esas No:1/793, Karar No:69.

⁵⁴ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, 13.07.2004, Esas No:1/793, Karar No:101.

⁵⁵ 22.Yasama Yılı, 2. Dönem, 117. Birleşim.

⁵⁶ 1. maddedeki önergenin tam metni şu şekildedir: “Madde 1- Bu kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler veya bu koşullarda oluşan çatışma veya güvensizlik ortamından kaynaklanan nedenlerle maddî ve manevî zarara uğrayan özel veya tüzelkişilerin, bu zararlarının karşılanması, mağduriyetlerinin giderilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.”

Görüldüğü üzere manevi tazminat sorunu, Tazminat Kanunu'nun yasalaşması aşamasında, hem komisyonlarda, hem de Genel Kurul'da tartışılmıştır. Hatta Kanuna manevi tazminatla ilgili hüküm konulması hususunda önerge verilmiş, ancak bu önerge kabul görmemiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu, Tazminat Kanunu ile manevi zararların tazmin edilmesini istememiş, iradesini aksi yönde kullanmıştır.

5233 sayılı Kanun kapsamında manevi tazminatın, meclis çalışmalarında nasıl ele alındığını, hangi görüşlere yer verildiğini böylelikle belirtmiş olduk. Şimdi, manevi tazminatın yargı organlarınınca nasıl değerlendirildiği, nasıl yorumlandığı ortaya konulacaktır.

2) Danıştay'ın Yaklaşımı

Bilindiği üzere, Tazminat Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönemde sosyal risk ilkesine göre manevi zararlar ile ilgili içtihatlar ile Tazminat Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan içtihatlar arasında fark bulunmaktadır. Bu nedenle konunun ikiye ayrılarak incelenmesinde fayda vardır.

a) Danıştay'ın Tazminat Kanunu'nun Yürürlüğünden Önce, Sosyal Risk İlkesine Göre Vermiş Olduğu Kararlarda Manevi Zarara Yaklaşımı

Yola konulan mayına çarpan minibüsün tahrip olması ve aynı olayda kardeşinin ölümü nedeniyle davacının uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, Malatya İdare Mahkemesince, maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, manevi tazminat ödenmesini gerektirecek bir halin bulunmadığı gerekçesiyle de manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiş, anılan karar, davacı ve davalı idare tarafından temyiz edilmesi sonucunda Danıştay 10. Dairesi şu kararı vermiştir: “...*Olayda da, Devletin ve Ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerinin bir sonucu olarak davacının kardeşinin öldüğü ve aracının tahrip olduğu, elde edebileceği gelirden yoksun kaldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla uyumsuzluk konusu olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmasa bile niteliği belirtilen terör eylemi nedeniyle ortaya çıkan olağandışı bireysel zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekmektedir... Davacı, söz konusu*

olay nedeniyle uğradığı zararı, kardeşinin ölümü nedeniyle duyduğu acı ve elem, aracının tahrip olması nedeniyle uğradığı maddi zarar ile ticari amaçla kullandığı aracı kullanamaması nedeniyle elde edemediği gelir olarak tanımlanmaktadır. İdare Hukukuna özgü tazmin, telafi ve geri alma davalarını kapsayan tazminat davalarında, idari eylem ve işlem nedeniyle bir kimsenin çektiği bedeni acılarla ruhsal elem ve üzüntülerin manevi zarar, kişinin mal varlığında meydana gelen eksilme veya çoğalma olanağından yoksunluk ise maddi zarar olarak tanımlanmaktadır. Dava konusu olayda ise, davacının kardeşinin kaybettiği, ölene yakından bağlı olması nedeniyle ruhsal elem ve acı duyduğu tartışmasız olup, Mahkemece söz konusu acıyı kısmen de olsa hafifletecek miktarda manevi tazminatın takdir edilmesi gerekirken davacının bu yoldaki isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir...⁵⁷”

Görüldüğü üzere, Danıştay, Tazminat Kanunu'nun yürürlüğünden önceki içtihatlarında, tazminat hukukunun genel prensiplerine de uygun olarak, ortaya çıkan zarar arasında maddi-manevi ayrımı yapmamakta, eğer ortada gerek maddi zarar gerekse manevi zarar var ise, sosyal risk ilkesi gereğince söz konusu zararların idarece tazminine karar vermektedir.

b) Tazminat Kanunu Kapsamındaki İçtihatlar

İstanbul İli, Güngören İlçesi, Menderes Caddesi üzerinde 27.07.2008 tarihinde meydana gelen bombalı saldırı sonucu davacıların oğlu/kardeşi Furkan Şentürk'ün ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 145.000 TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda İstanbul 9. İdare Mahkemesi'nce “*davacılar yakınının, toplumun*

⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi, 24.10.1996 tarih, E:1995/4309, K:1996/6400, İdarenin sosyal risk ilkesi gereğince sorumlu olduğu durumlarda manevi zarar oluşmuşsa, manevi zarara hükmedileceği hakkındaki diğer kararlar için bkz., Danıştay 10. Dairesi, 09.11.1995 tarih, E:1994/4246, K:1995/5468, Danıştay 10. Dairesi, 11.12.1995 tarih, E:1994/6404, K:1995/6411, Danıştay 10. Dairesi, 04.10.1996 tarih, E:1995/1026, K:1996/5775, Danıştay 10. Dairesi, 04.10.1996 tarih, E:1995/970, K:1996/5777, Danıştay 10. Dairesi, 15.10.1996 tarih, E:1995/1583, K:1996/5993, Danıştay 10. Dairesi, 07.05.1998 tarih, E:1997/1643, K:1998/1943, Danıştay 10. Dairesi, 11.10.2000 tarih, E:1994/2164, K:2000/5121, Danıştay 10. Dairesi, 22.03.2001 tarih, E:2000/1003, K:2001/1060, Danıştay 10. Dairesi 13.02.2004 tarih, E:2002/6836, K:2004/1605, Danıştay 10. Dairesi, 22.5.2007 tarih, E:2004/13104, K:2007/2906.

bir bireyi olduğu için hedef alındığı terör eylemi sonucu yaşamını yitirdiği; bu nedenle, davacıların uğradığı zararın sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği gerekçesiyle manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile toplam 100.000 TL manevi tazminatın davacılaraya ödenmesine, fazlaya ilişkin istemin ise reddine karar verilmiştir.” Anılan kararın davalı idare tarafından temyiz edilmesi sonucunda Danıştay 15. Dairesince; “İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Bununla birlikte; bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır.

Belirtilen niteliğine göre, sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında; olay ve zararın, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir.

... 5233 sayılı Kanun, yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen “sosyal risk” ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, “sosyal risk ilkesi” uyarınca tazmini gereken uyuşmazlıklarda adı geçen Kanunun uygulanması zorunlu bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle; 5233 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılan davalarda, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının bulunmadığı, fakat kişilerin salt toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar gördükleri ve bu nedenle ortaya çıkan bu zararın paylaşılması gerektiği hallerde, idari yargı yerince 5233 sayılı Kanunun uygulanması suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacıların oğlu/kardeşi Furkan Şen-

türk'ün, İstanbul İli, Güngören İlçesi, Menderes Caddesi üzerinde 27.07.2008 tarihinde terör örgütü tarafından gerçekleştirilen bombalı saldırı sonucu hayatını kaybettiği; davacıların başvurusu üzerine zarar tespit komisyonu tarafından olayın 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilerek Furkan Şentürk'ün kanuni mirasçılarına 20.000 TL ödenmesine karar verildiği ve söz konusu tutara ilişkin sulhname imzalandığı; davacılar tarafından, Furkan Şentürk'ün ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararların tazminine karar verilmesi istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayın, bir terör eylemi olduğu açıktır. Nitekim bu hususda taraflar arasında da herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bakılan davanın, 5233 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra açıldığı dikkate alındığında, 5233 sayılı Kanun kapsamında çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

*Buna göre; 5233 sayılı Kanunun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu uğranılan **maddi zararların** tazminini öngörmesi, diğer bir deyişle, manevi zararların tazminini kapsamaması karşısında; 5233 sayılı Kanun kapsamında çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkta, davacıların manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmesi gerekirken, kısmen kabulü yolunda verilen kararda yasal isabet bulunmamaktadır.” gerekçelerine yer verilerek kararı bozmuştur.⁵⁸*

Söz konusu kararda, ilk derece mahkemesi, sosyal risk ilkesine göre idareyi sorumlu tutarak manevi tazminata hükmetmiştir. Ancak karar Danıştay tarafından bozulmuştur. Danıştay'ın bozma gerekçesi ise özetle şudur: Terör olayları ile ilgili sosyal risk ilkesine göre açılan davalarda Tazminat Kanunu uygulanır. Tazminat Kanununa göre ise manevi tazminata hükmedilemez.

⁵⁸ Danıştay 15. Dairesi,13.12.2011 tarih, E:2011/1047, K:2011/5401, Aynı yöndeki diğer kararlar Danıştay 15. Dairesi, 11.07.2011 tarih, E:2011/7113, K:2011/767, Danıştay 15. Dairesi, 25.10.2011 tarih, E:2011/9980, K:2011/3041, Danıştay 15. Dairesi, 18.11.2011 tarih, E:2011/3540, K:2011/3904, Danıştay 15. Dairesi, 18.11.2011 tarih, E:2011/3536, K:2011/3900, Danıştay 15. Dairesi, 26.10.2011 tarih, E:2011/3069, K:2011/3096, Danıştay 10. Dairesi, 24.09.2010 tarih, E:2010/11266, K:2010/6556, Danıştay 10. Dairesi, 12.04.2010 tarih, E:2006/7807, K:2010/2707, Danıştay 10. Dairesi, 27.09.2010 tarih, E:2010/1565, K:2010/6822, Danıştay 10. Dairesi, 26.10.2009 tarih, E:2009/7423, K:2009/9167.

c) Değerlendirme

Yukarıda Danıştay'ın, Tazminat Kanunu öncesindeki içtihadıyla, anılan Kanun dönemindeki içtihadını ortaya koyduk. Danıştay, Tazminat Kanunu dönemi öncesinde, tazminat hukukunun genel prensiplerine uygun olarak, terör olaylarından, manevi zarara uğrayan kişilerin, sosyal risk ilkesi gereğince manevi zararlarının tazminine karar vermekteydi. Ancak, Tazminat Kanunu'nun yürürlüğüyle birlikte, Danıştay'ın manevi zararlar ilgili içtihadında değişiklik olmuştur. Danıştay'ın yukarıda aktardığımız 13.12.2011 tarihli, E.2011/1047 ve K:2011/5401 sayılı kararından şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın konuya yaklaşımı, kanun koyucunun iradesiyle örtüşmektedir.

Danıştay'a göre, Tazminat Kanunu, sosyal risk ilkesinin yasalaşmış halidir.

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu uğranılan zararlar nedeniyle açılan davalarda, sosyal risk ilkesi uygulanacak ise, Tazminat Kanunundaki usul izlenerek olaya, söz konusu Kanunun uygulanması gerekmektedir. Genel hükümler uygulanarak, uyuşmazlığın bu şekilde çözümlenmesi mümkün değildir. Uyuşmazlık ancak ve ancak Tazminat Kanunu uygulanarak çözüme kavuşturulabilir.

Tazminat Kanunu, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu uğranılan maddi zararların tazminini öngörmektedir. Kanun, manevi zararların tazminini kapsamamakta, bunu dışlamaktadır. Tazminat Kanun kapsamında çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkta, manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Bizce de terör olaylarından dolayı uğranılan manevi zararların, Tazminat Kanunu'na göre tazmin edilmesi mümkün değildir. Çünkü bir kere Kanunun 1. ve 2. maddelerinde ancak maddi zararların bu kanun kapsamında karşılanacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan, Kanunun, "Karşılanacak Zararlar" başlıklı 7. maddesinde manevi zararlar sayılmamıştır. Nitekim kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğunu belirtmiştik.

Ancak, manevi zararların, Tazminat Kanununca karşılanamayacak olması,

bu zararların genel hükümlere göre, yani İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesindeki usule göre tazmin edilmesine bir engel oluşturmamaktadır. Çünkü öncelikle Tazminat Kanunu, terör olaylarından kaynaklanan maddi zararların, anılan Kanun kapsamında tazmin edilmesini öngörmektedir. Kanunda, manevi zararların hiçbir hal ve şartta karşılanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Anılan Kanunun genel amacından ve sistematik yorum yoluyla, sadece bu Kanun kapsamında manevi zararların tazmin edilmeyeceğinin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Bir başka deyişle, Tazminat Kanunu, manevi zararlar açısından genel hükümlere gidilmesi yolunu kapatmamıştır. Aksi bir yorum tazminat hukukunun genel ilkelerine de aykırılık teşkil eder. Eğer bir olayda, sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğuna gidilmişse, burada maddi-manevi zarar ayrımı yapılamaz. Sorumluluk varsa, sadece maddi zararlar açısından vardır denilemez. Şartlar oluşmuşsa genel hükümlere göre, manevi zararların tazminine de hükmetmek gerekmektedir.

3) Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Elazığ İdare Mahkemesi, Tazminat Kanunu gereğince zarar tespit komisyonu tarafından terör saldırısı sonucu ölenin yakınlarına yapılan sulhname teklifinin kabul edilmemesi nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında, 17.7.2004 günlü 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunu'nun; 1. maddesinde yer alan “... **maddi...**” sözcüğünün; 2. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...**maddi...**” sözcüğünün; 7. maddesinin (c) bendinde yer alan “...**maddi...**” sözcüğünün; 9. maddesinin, birinci fıkrasında yer alan “**Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın**” biçimindeki ilk paragrafı ile (e) bendinin ve aynı maddenin ikinci fıkrasının; Geçici 1. maddesinde yer alan “... **maddi...**” sözcüğünün, Anayasa'nın 2., 5., 11., 36., 90. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak söz konusu hükümlerin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Elazığ İdare Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık gerekçeleri şu şekildedir: “*Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti ol-*

duğu, devletin bu niteliğinin gereği olarak idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerektiği, ancak 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanununun 1. maddesi, 2. maddesinin birinci fıkrası, 7. maddenin (c) bendi ve geçici 1. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme nedeniyle terör ve terörle mücadeleden doğan manevi zararların yargı denetimi dışında kaldığı, bu nedenle itiraz konusu ‘‘maddi’’ ibaresinin hukuk devleti ilkesine; devletin önlemekle yükümlü olduğu terör olaylarından, toplumun sadece belli bir kesiminin etkilenmesinin sosyal adaletsizliğe yol açtığı bu nedenle devletin, zarara uğrayanların maddi zararlarının yanında manevi zararlarını da karşılamasının, Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan hükmün gereği olduğu; herkesin yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğü ile davacı veya davalı olmak suretiyle adil yargılanma hakkı bulunduğu, ancak itiraz konusu kuralların, terör ve terörle mücadeleden dolayı manevi zarara uğrayanların dava açma hakkını, dolayısıyla hak arama hürriyetini engellediği; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu, bu konuda manevi zararlarla ilgili Anayasa’da bir sınırlamanın bulunmadığı, bu nedenle kuralın Anayasa’nın 2., 5., 36. ve 125. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.’’

Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazla ilgili şu kararı vermiştir: ‘‘...5233 sayılı Yasa, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının özellikle yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla hazırlanmış bir yasadır. Yasa bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkta yargı yoluna gidilmeden alternatif bir czm yöntemi getirmiştir. Yasa koyucu bu amaca uygun olarak yargılama hukuku kurallarından farklı hükümler öngörerek buna ilişkin esasları Yasa’da ayrıntılı olarak kurala bağlamıştır.

İdare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurula-bilen zararları kusur sorumluluğu ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Ancak bazen idare, kusur koşulu ve nedensellik bağı aranmadan da meydana gelen bazı zararlardan sorumlu olabilmektedir. Bunlar, idarenin kendi faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği zararlardır. 5233

sayılı Yasa'da yer alan sorumluluğun dayanağını da kusursuz sorumluluğun bir türü olan ve bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen "sosyal risk ilkesi" oluşturmaktadır.

Terör ve terörle mücadelede doğan ancak idari bir eylem veya işlemle nedensellik bağı bulunmayan maddi zararların karşılanmasına ilişkin 5233 sayılı Yasa'daki düzenlemeler, yasa koyucunun sosyal hukuk devletinin gereği olarak sorumluluk hukukunun genel ilkelerine yasayla getirdiği bir istisnadır. İdarenin kusurunun bulunmadığı ancak "sosyal risk ilkesi" gereği sulh yoluyla karşılanması gereken zararların nelerden ibaret olduğunun tespiti, yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir. İtiraz konusu kurallarda yer alan maddi zararların öncelikle sulh yoluyla karşılanmasına ilişkin hükümlerin bulunmasını bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

5233 sayılı Yasa, idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan, ancak terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararların da tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir yasadır. Bu Yasa idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte, aynı zamanda terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece "maddi" olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa'da bu zararlardan "manevi" olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede "sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır" denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu ibare, idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 5., 36. ve 125. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir."

Anayasa Mahkemesi Tazminat Kanunu'nun manevi zararları kapsamamasını Anayasamıza aykırı görmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, 5233 sayılı Kanun, zarara uğrayan vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkta yargı yoluna

gidilmeden alternatif bir çözüm yöntemi getirilmiştir. 5233 sayılı Kanun, idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan, ancak terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararların da tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir yasadır. Bu Yasa terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece “maddi” olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa’da bu zararlardan “manevi” olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede “sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır” denilerek Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

4) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *İçyer v. Turkey* davasında verdiği kabul edilmezlik kararının 81. Paragrafında konumuzla ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “..*Dahası, Tazminat Yasası sadece maddi zararların karşılanmasının talep edilmesini öngörmekle birlikte, Yasanın 12. maddesi manevi zararlar için idare mahkemelerinde tazminat isteme olasılığına yol açar görünmektedir...*”

Tazminat Kanunu’nun 12. maddesinin son fıkrasında “Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır.” hükmü bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hükümden hareket ederek, Tazminat Kanunundaki usule göre manevi zararlarını tazmin edemeyen kişilerin, bu zararlarının tazminini yargı mercilerinden isteyebileceği değerlendirmesini yapmıştır.

SONUÇ

Tazminat Kanunu, terör eylemlerinden veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden meydana gelen maddi zararların tazmini amacıyla çıkarılmıştır. Kanun, yürürlüğe girmesiyle beraber, ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki davalarına olumlu etkilerde bulunmuştur. Bu konudaki ilk gelişme *İçyer v. Turkey* davasında görülmüştür.

Ancak, Tazminat Kanunu'nun sadece maddi zararların karşılanacağını öngörmesi yerinde olmamıştır. Bilindiği üzere, Tazminat Kanunu, yürürlüğünden önceki olaylar ve sonraki olaylar açısından bir ayırım yapmıştır. Kanunun yürürlüğünden önceki, genel hükümlere göre dava açma süresi geçmiş olaylarda⁵⁹ sadece maddi tazminata hükmedilmesi, Kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde olduğu düşünülebilir. Fakat özellikle, Kanunun yürürlüğünden sonra gerçekleşen terör olayları nedeniyle, kişinin duymuş olduğu elem ve acıyla orantılı, hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Bu açıdan Tazminat Kanunu'na da bu yönde bir hüküm eklenmesi faydalı olacaktır. Arzu edilir ki, yakın bir zamanda Kanuna böyle bir hüküm eklenir.

Diğer taraftan, mevcut durum itibarıyla Tazminat Kanunu kapsamında manevi zararların tazmin edilememesine rağmen, bu durum, genel hükümlere göre manevi zararların karşılanmasına bir engel oluşturmamaktadır. Çünkü Tazminat Kanununda, manevi zararlar açısından genel hükümler yolunu kapatan bir ifade bulunmamaktadır. Aksi bir yorum tazminat hukukunun genel ilkelerine de uygun olmaz. Eğer bir olayda, sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğuna gidilmişse, burada maddi-manevi zarar ayırımı yapılması, sorumluluğun, sadece maddi zararlar açısından olduğu düşüncesi kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' de benzer yönde yorum yapmıştır.



⁵⁹ Bize göre, Kanunun, 1987 ile Kanunun yürürlüğü arasında terör olayları nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının, Kanun kapsamında karşılanmasına yönelik Geçici 1. Maddesi, genel hükümlere göre dava açma süresi geçmiş olaylarda dahi, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi yolunu getirdiğinden, idarenin sorumluluğunu genişleten hükümlerdir.

KAYNAKÇA

AKPINAR, Mahmut; YEŞİLBAŞ Mehmet,”Sosyal Risk Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği,” **e- akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S:115, Eylül 2011, www.e-akademi.org, Erişim Tarihi: 22.02.2012.

AKYILMAZ, Bahtiyar,”Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, C:IX, S:1-2, Y:5.

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011.

ATAY, Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006.

AZRAK, Ali Ülkü, “İdarenin Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980.

BİLGEN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri –İdare Hukukuna Giriş, İstanbul, 1996.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, 2007.

GİRİTLİ, İsmet; BİLGEN, Pertev; AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2006.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa, 2008.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C:2, 2.Baskı, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara,1983.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt:2, İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, C:50, S:3-4, Haziran-Aralık, Ankara, 1995.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2011.

KAYA, Cemil, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C:3, No:10, Ankara, 2007

KIRTEPE, Ahmet, “5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y:5, S:43, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Mustafa, “Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılanması Sorunu”, **TAAD**, C:1, Y:1, S:3, Ankara, 2010.

ÖZKARSLI, Oğuz, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi” T.C. Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, 2008.

YENİCE, Kazım; ESİN, Yüksel, Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s.81, 82,

YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, İstanbul, 2008.

YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Judicial Review of Decisions of the Supreme Military Council

Av. Bilal CAN *

ÖZET

Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetim haricinde olması, hukuk devleti açısından sürekli eleştiri konusu edilmiştir. Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişikliklerle bu işlemler yargı denetimi kapsamına alınmıştır. Ancak bu değişikliklerle, birtakım işlemler yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Esasen denetim dışı bırakılan kararlar, dava konusu edilemeyecek nitelikte kararlardır ve bir kısmı takdir yetkisine ilişkindir. Bu işlemler bakımından ise kararların oluşumu ve yetki konusunda kısıtlı bir denetim alanı mevcuttur. Yüksek Askeri Şura kararlarına ilişkin yapılan değişiklik sonrasında, bu kararların yargı denetimi dışında tutulmasından dolayı hakları ihlal edilenlerin hakları iade edilmiştir. Ancak bu hakların iade edilmesi, ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerin telafi edildiği anlamına da gelmemektedir. Ayrıca yargısal denetimin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yapılması da ayrı bir sorun olarak varlığını devam ettirmektedir.

Bu çalışmada, Yüksek Askeri Şura’nın yapısı, görevleri, çalışma ve karar alma usulü ele alındıktan sonra, Anayasa değişikliği öncesi ve sonrasında yargısal denetimin kapsamı ve uygulaması ve yoksun kalınan hakların iadesi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: yargısal denetim, Yüksek Askeri Şura, Anayasa, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler.

ABSTRACT

The being outside of judicial review of decisions of the Supreme Military Council, in terms of the rule of law has been constantly subject to criticism. By the amendments made in the Constitution in 2010, that decisions were included in judicial review. However, by that amendment some decisions are still outside of judicial review. Essentially, decisions which are outside of judicial review are decisions that can not be sued and some of these decisions are related to discretion. These decisions are inside

* Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora öğrencisi, av.bilalcan@gmail.com

of judicial review about process and authority. After amendent which had been made about decisions of the Supreme Military Council, rights of whose rights were violated by being outside of judicial review of these decisions have been returned. However it does'nt mean that fundamental rights and freedoms which were violated, are compensated. Also, it is a different problem that judicial review is being made by High Military Administrative Court.

In this study, first Supreme Military Council's structure, duties, operation and decision-making procedure will be duscussed, thereafter scope and application of judicial review before and after amendment of the Constitution and rights have been returned will be examined.

Keywords: judicial review, Supreme Military Council, High Military Administrative Court, rule of law, fundamental rights and freedoms.



Giriş

Hukuk devletinin varlığının olmazsa olmaz nitelikteki temel ilkelerinden birisi, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı yoluyla denetimidir. Bu temel ilke Anayasa tarafından da kabul edilmiştir. Ancak bu ilkeye ilişkin bazı istisnalar da öngörülmüştür. Söz konusu istisnalar içerisinde Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararları büyük bir önem taşımaktadır. Söz konusu istisna, hukuk devleti ilkesiyle çatışmaktadır. Bununla birlikte YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının kapsamı, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile daraltılmıştır. Söz konusu değişiklik sonrasında YAŞ kararlarına karşı yargı yolu açılmış; ancak terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu değişiklik sonrası, daha önce YAŞ kararları ile haklarından yoksun bırakılanların haklarının iadesine yönelik yasal düzenleme yapılmıştır. Ancak söz konusu değişiklik ve düzenlemeler, YAŞ kararlarının yargısal denetimine ilişkin hukuk devletine aykırılıkları tam anlamıyla gidermiş bulunmamaktadır.

Konu incelenirken 2010 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası arasında ve 2010 Anayasa değişikliği sonrası bakımından da terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri ve diğer işlemler arasında ayırım yapılması yoluna gidilmiştir.

1. Genel Olarak İdarenin Yargısal Denetimi

Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme “*hukuk devleti*” kavramı ile yakından ilgilidir. Nitekim bu maddenin gerekçesinde “*idarenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir. Dolayısıyla, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi getirilmek suretiyle Hukuk Devleti anlayışının zorunlu unsuru vurgulanmaktadır.*” denilmektedir¹. Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılmaktadır. Bu ilke, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir². Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması; bunların yargı denetimine açık olmasıyla sağlanır³. Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini tanımlarken yargı denetimine açık olma unsurunu belirtmektedir⁴. Mahkeme bazı kararlarında ise yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin öteki unsurlarının güvencesini oluşturan temel öge olduğunu belirtmiştir⁵. İdarenin yargısal denetimi hak arama özgürlüğüyle de yakından ilgilidir. Anayasa'nın 36. maddesinde “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek, hak arama özgürlüğü düzenlenmiştir.

Hak arama özgürlüğü ve idarenin yargısal denetimine yönelik düzenlemelere rağmen, bazı işlemler yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Yasama organı tarafından bazı işlemlerin yargı denetimi dışı tutulması yasama kısıntısı olarak adlandırılmakta⁶ ve bu durumun anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini

¹ Burhan KUZU, Hukuk Devleti ve Re'sen Emeklilik, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LIV, 1994, s. 103. Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, 2004, s. 109.

² Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004, s. 113.

³ Ramazan ÇAĞLAYAN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1, 1998, s. 42.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarih ve 2012/102 E. 2012/207 K. sayılı kararı.

⁵ ÇAĞLAYAN, s. 52.

⁶ Gökhan DÖNMEZ, Türk Hukukunda Yasama Kısıntıları, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans**

gösterdiği ifade edilmektedir. Nitekim; Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve YAŞ kararları, uyarma ve kınama cezaları ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri yargı denetimi dışında tutulmuştur⁷. Bu işlemlerden Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlere, Cumhurbaşkanı'nın devlet başkanı olması bu işlemlerin esas itibarıyla idari işlem niteliğinde olmaması bakımından biraz anlayış gösterilebilir. Diğer işlemler bakımından yargı denetimi dışında bırakılmanın ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır⁸.

2. Yüksek Askeri Şura

İdari işlemlerin yargı denetimine tabi olmasının istisnalarından biri olan YAŞ kararları, bu özellikleri nedeniyle büyük bir önem taşımaktadırlar. Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasına göre, YAŞ kararları yargı denetimi dışındadır. Bu fıkra 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle bir cümle ilave edilmiş ve YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme nedeniyle, YAŞ'ın kararlarının denetiminin zaman ve işlem bakımından ayrıma tabi tutulabileceği söylenebilir.

YAŞ; 26.07.1972 tarih ve 14257 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1612 sayılı Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la, yalnız barış zamanında görev yapmak üzere kurulmuştur. YAŞ; yapısı, görevleri ve kararları bakımından birtakım özellikler taşımaktadır.

2.1 Yüksek Askeri Şura'nın Yapısı

1612 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre YAŞ'ın üyeleri; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Ordu Komutan-

Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 106. Ümit ALİM, Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 39.

⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.2007 tarih ve 2002/169 E. 2007/88 K. sayılı kararı. TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU, s. 110.

⁸ KUZU, s. 107. DÖNMEZ, s. 119. ALİM, s. 55. ÖZBUDUN, s. 116.

ları, Jandarma Genel Komutanı, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramirallerdir. YAŞ'ın başkanı Başbakan'dır. Başbakan bulunmadığında Genelkurmay Başkanı YAŞ'a başkanlık eder. YAŞ üyelerinin terfi işlemleri ile ilgili konulardaki oy hakkı ve değerlendirme notu eş değerdedir.

YAŞ'ın üye sayısı, yılına göre değişmektedir. YAŞ, o yılki orgeneral ve oramiral sayısına bağlı olarak 14-15 asker (Orgeneral ve Oramiral) ve 2 sivil (Başbakan ve Milli Savunma Bakanı) olmak üzere toplam 16-17 üyeden oluşmaktadır⁹. YAŞ'ın yapısı demokratik ilkelere aykırı bir şekilde oluşmaktadır. Söz konusu durum, askeri gerekçelerle açıklanabilirse de en azından kararlarının yargısal denetimi olanaklı olmalıdır. Mevcut yapılanmanın ne hükümete, ne yargıya ne de kamuoyuna demokratik denetim imkânı tanımamakta¹⁰ olması, hukuk devletinin gereklerine aykırılık oluşturmaktadır.

2.2 Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri

1612 sayılı Kanun'un 3. maddesinde YAŞ'nın görevleri düzenlenmiştir. Buna göre YAŞ'nın görevleri şunlardır:

1. Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik anafikrin (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek;
2. Silahlı Kuvvetlerin anaprogram ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek;
3. Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek;
4. Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek;

⁹ Stratejik Düşünce Enstitüsü, **Yüksek Askeri Şura ve Hükümet-TSK İlişkileri, Tespitler-Öneriler**, Yüksek Askeri Şura ve Hükümet-TSK İlişkileri Çalıştay (13 Temmuz 2011) Ankara, s. 13

¹⁰ Biriz BERKSOY, **Türkiye'de Ordu, Polis ve İstihbarat Teşkilatları: Yakın Dönem Gelişmeler ve Reform İhtiyaçları**, İstanbul, Tesev Yayınları, 2013, s. 19.

5. Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak.

YAŞ'ın temel görevleri istisnai niteliktedir. YAŞ'a diğer kanunlarla verilen görevlerin büyük bir kısmı ise 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda yer almaktadır¹¹. Bu Kanun'un ilgili maddelerinde yapılan atıflar sonucunda YAŞ; terfi, tayin, atama ve meslekten çıkarmalar konusunda idari ve hukuki düzenlemeler yapmaktadır¹².

926 sayılı Kanun'la verilen görevler; *Her yıl albay kadro miktarını belirlemek (m. 41/b), Albaylardan o yıl için hizmet kadrosu fazlası olduğu tespit edilenleri kadrosuzluktan emekliye sevk etmek (m.41/c, 50), Gerektiğinde Genelkurmay Başkanının teklifi ile tuğgeneral-tuğamiral, tümgeneral-tümamiral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak (m. 49/c), Her terfi yılı için yıllık kontenjan verilmesi mümkün olmayan orgeneral-oramirallerin yıllık kontenjanlarının, kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak hangi yıllarda kullanılacağını saptamak (md. 49/c), Düzenlenen bu miktarlara göre terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral-tuğamiral olacakların yıl kontenjanının kara, deniz ve hava kuvvetlerindeki sınıflara ve Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığındaki dağılımını, Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak tespit etmek (m. 49/c), Hizmet ve görev ihtiyacı sebebiyle buldukları rütbede hizmete devam etmelerinde zaruret görülen general ve amirallerden her yıl en fazla 36 general ve amiralin (Zaruri hallerde hizmetin gereklerine göre Genelkurmay Başkanının teklifi ile bu miktar 4'ye kadar arttırılabilir.) Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine üçte iki çoğunlukla alınacak karar ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam etmelerine karar vermek (m. 49/d), Haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmalarının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem baslatılan subay ve astsubaylardan, durumlarının Yüksek Askeri Şura'da incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına karar vermek (m. 50,*

¹¹ Halime HACIOĞLU, Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 42.

¹² Stratejik Düşünce Enstitüsü, s. 14.

94; 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 45. maddesiyle 16.02.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kaldırılmıştır.), *General ve Amiral terfilerini karara bağlamak (m. 47, 54)*” şeklinde sayılabilir¹³.

1612 sayılı Kanun uyarınca, YAŞ görevlerinin görevlerinin önemli bir kısmı, Silahlı Kuvvetlerin iç hizmetlerine ilişkin sorunlarla ilgili olmak üzere “görüş bildirme” şeklinde gerçekleşmektedir. 1612 sayılı Kanun’la diğer kanunlara yapılan atıfla da Silahlı Kuvvetler mensubu subay, astsubay ve generallerin terfi ve emeklilik işlemleri konusunda karar verme yetkisi de YAŞ’a verilmiştir¹⁴. Bu nedenle YAŞ’ın görevleri, istişari nitelikli görevler ve personele yönelik görevler olarak gruplandırılabilir. YAŞ kararlarının yargı denetimi dışı bırakılması, asıl etkisini personele yönelik görevlerden kaynaklanan kararlar bakımından göstermektedir.

2.3 Yüksek Askeri Şura’nın Çalışma ve Karar Alma Usulü

1612 sayılı Kanun’un 4. maddesi YAŞ’ın toplantı zaman ve yerini düzenlemektedir. Buna göre YAŞ, her yıl olağan olarak iki defa toplanır. Olağan toplantılardan biri Ağustos ayının ilk haftasında, diğeri Genelkurmay Başkanınca belirlenecek zamanda yapılır. Ayrıca Genelkurmay Başkanının istemi üzerine de o yıl içerisinde ayrıca toplanabilir.

YAŞ toplantı ve karar sayısı Kanun’un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre YAŞ, bütün üyelerin katılması ile toplanır. Ancak özürü olanlar toplantıya katılamayacaklarını (toplantı gününden önce) YAŞ Genel Sekreterine bildirirler. Genel Sekreter, Genelkurmay ikinci Başkanı’dır. Kararlar, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile alınır. Oylarda eşitlik halinde Başkan’ın katıldığı tarafın oyları geçerli sayılır. Oylama işlemi aksine bir karar alınmadıkça açık olarak yapılır. Toplantıya katılmayan üyeler, gündemdeki konular hakkında, görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler. Kanun’un 5. fıkrasına 6496 sayılı Kanun’un¹⁵ 24. maddesiyle eklenen son fıkra ile YAŞ kararlarının Cumhurbaşkanı’nın onayı ile tekemmül edeceği düzenlenmiştir.

¹³ ALİM, s. 56 v.d.

¹⁴ KUZU, s. 110.

¹⁵ 31.07.2013 tarih ve 28724 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un 7. maddesine göre YAŞ üyeleri; kendileri, kendilerinden kıdemli veya eşidi olan general ve amirallerin yükselme veya emeklilikleri ile ilgili konularda toplantılara katılamazlar.

Kanun'un 8. maddesi YAŞ toplantılarının gizli olarak yapılmasını düzenlemektedir. Görüşmelerin ve alınan kararların açıklanması veya yayınlanması yasaktır. Ancak açıklanmasına YAŞ kararıyla müsaade edilen konular, Genel Sekreterlik aracılığı ile yayınlanır. Görüşülen kanun, tüzük ve yönetmelik tasarıları ile alınan kararların gizliliğinin ne şekilde ve ne zaman kaldırılacağı içtüzükte gösterilir. YAŞ'ın yönetimi, çalışma usulleri, Genel Sekreterliğin her türlü iş ve işlemlerinin, YAŞ tarafından kabul edilecek bir içtüzükle düzenleneceği Kanun'un 9. maddesinde belirlenmiştir. Söz konusu içtüzük 10.02.1975 tarihinde kabul edilmiştir¹⁶.

YAŞ'ın karar alma süreci saydamlık, hesap verebilirlik ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Ordunun komuta kademesinin YAŞ kararları üzerinde mutlak bir belirleyiciliği vardır¹⁷. YAŞ kararlarının Cumhurbaşkanı'nın onayı ile tekemmül edeceğine yönelik yapılan yasal düzenleme, ordu komuta kademesinin belirleyiciliğini sınırlasa da YAŞ kararlarının yargısal denetiminin sınırlı olması hukuk devletine aykırılığın sürmesine neden olmaktadır. Bu durum Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında eleştiri konusu olmaya devam etmektedir¹⁸.

3. Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargısal Denetimi

Yaş kararlarının yargısal denetimi 2010 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası bakımından farklılık göstermektedir. 2010 Anayasa değişikliği sonrası bakımından da denetim bakımından işlemlere göre farklılıklar mevcuttur.

3.1 2010 Anayasa Değişikliği Öncesi Yargısal Denetim

Hukuk devletinde devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gereğine aykırı olarak 1982 Anayasası; YAŞ kararları, Hakimler ve

¹⁶ HACIOĞLU, s. 41.

¹⁷ BERKSOY, s. 19.

¹⁸ Avrupa Komisyonu, **Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu**, Brüksel, 2011, s. 13.

Savcılar Yüksek Kurulu kararları, uyarma ve kınama cezaları, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelelerini yargı denetimi dışında bırakmıştır¹⁹.

Anayasa'nın YAŞ kararlarına yönelik istisnası, Danışma Meclisi Anayasa metninde mevcut değilken, ilgili maddeye Millî Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konseyin gerekçesi “*Yüksek Askerî Şûranın, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özelliği ve önemi dikkate alınarak, bunların idari yargı denetimi dışında kalmasını ... sağlamak amacıyla...*” şeklindedir. Bu istisnanın düzenlenmesinin altında yatan düşünce, Silahlı Kuvvetler mensuplarının emeklilik ve terfi ile ilgili işlemlerinin yargı denetimine tâbi olmasının askeri disiplini zayıflatacağıdır²⁰. Ancak bu düşünce; söz konusu işlemlerin yargı denetimine tabi olmalarının sadece “*hukuka uygunluk*” denetimi ile sınırlı olacağı, bunun “*yerindelik denetimine*” kaymasının mümkün olamayacağı, hukuka uygun olmayan bir idarî işlemin hangi gerekçe ile olursa olsun yargı dışı tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi gerekçelerle eleştirilmiş; YAŞ kararlarının mutlaka yargı denetimine tabi olması gerektiği yönünde doktrinde ittifaka yakın bir birlik oluşmuştur²¹.

Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrası, “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.*” şeklindeyken; 5982 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle fıkranın ilk cümlesi değiştirilerek “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” şeklini almıştır. Esasen söz konusu değişiklik öncesinde de yerindelik denetimi yapılması mümkün değildi. 1602 sayılı Askeri

¹⁹ İsmail KÖKÜSARI, Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, 2011, Sayı: 1, s. 181.

²⁰ KUZU, s. 111. ÖZBUDUN, s. 116. ÇAĞLAYAN, s. 44. HACIOĞLU, s. 41.

²¹ KUZU, s. 111. ALİM, s. 60. ÇAĞLAYAN, s. 44. Mehmet ALTUNDİŞ, Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?, **Yasama Dergisi**, Sayı:2, 2006, s. 75.

Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında da “İdari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yerindelik denetimi yapılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlıyacak tarzda kullanılamaz ve idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez” hükmü²² yer almaktadır. Bu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda; YAŞ kararlarının yargı denetimine açılmasının sadece hukukilik denetimine imkan vereceği söylenebilir. Bu tür bir denetim, YAŞ'a tanınan yetkilerin yargı makamlarınca kullanılmasını değil; kanunlar tarafından YAŞ'a verilen yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesini sağlar. Yargı denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, idarenin yerindelik ve takdir yetkisi konularını kapsamamaktadır²³. Hukuka uygunluk; bir idari eylem veya işlemin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleriyle yargısal içtihatlarla uygunluğu şeklinde ifade edilmektedir. Yerindelik; idari işlem veya eylemin yapılmasında zaman, mekan, hal ve şartların icaplarına göre, idari gerekler uyarınca davranmaktır. Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan kısmıdır²⁴. Hukuka uygunluk denetimi sonucunda yetki zaten hukuka uygun kullanılmışsa, bu durum YAŞ'ın kendisini hukukla bağlı sayması nedeniyle askeri disipline katkı sağlayacaktır. Yetki hukuka aykırı kullanılmışsa da bu durumda hukuka aykırı bir işlemin hukuk düzeninde varlık göstermesinin anlamı bulunmamaktadır. Hukuki denetimi yapılamayan YAŞ kararları, personele ilişkin karar süreçleri bakımından, ilgililerini sürekli bir tedirginlik içerisinde bırakacak ve üzerlerinde olumsuz bir hava estirecektir. Bu da ordu komuta kademesine olan bağlılığın ve dolayısıyla askeri disiplinin zayıflamasına yol açar.

YAŞ kararlarının tümü bakımından yargı yolunun kapalı olduğu dönemde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), açılan davaları incelemeksizin

²² Benzer düzenleme İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de yer almaktadır.

²³ ÖZBUDUN, s. 116. ALİM, s. 60.

²⁴ İbrahim TOPUZ ve Kadir ÖZKAYA, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002, s. 29.

reddetmiştir²⁵. Bu kararlarda; Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrası ile 1602 sayılı Kanun'un 21. maddesinin son fıkrası gerekçe gösterilerek açılan davaların incelenme kabiliyeti olmadığına karar verilmiştir²⁶. Nitekim söz konusu düzenlemeler karşısında, AYİM tarafından yapılacak başka da bir şey bulunmamaktadır.

YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutulması, hem iptal hem de tam yargı davaları yönündendir. Nitekim açılan tam yargı davaları da AYİM tarafından reddedilmiştir²⁷. Bununla birlikte AYİM²⁸, hakkında sağlık nedeniyle emeklilik işlemleri yürütülmekteyken, artık asker kişi statüsü hukuken sona eren davacının, disiplinsizlik nedenine dayalı olarak YAŞ kararı ile ayırma işlemine tabi tutulmasını yok hükmünde kabul etmiştir. YAŞ kararının yargı denetimi dışında olması için, kanunda öngörülen şartlara uygun olarak oluşan bir yapı ve kanunun yetkili kıldığı alanda verilmiş bir kararın varlığı gereklidir²⁹. Bu iki koşulun birlikte olmaması halinde, ortada bir YAŞ kararı da bulunmamaktadır³⁰. Yok hükmünde olan bir karara karşı iptal davası açılması durumunda, yargı merciinin bunu saptaması gerekmektedir. Bu da hukuki bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır³¹. Söz konusu karar ile YAŞ kararlarına yönelik çok dar alanda kalmakla birlikte bir hukukilik denetimi yapılmıştır. Nitekim AYİM 1. Dairesi'nin 22.01.1998 tarih ve 1997/147 E. 1998/200 K. sayılı kararında da *"...Hal böyle olduğuna ve kamu adına tasarrufta bulunsa da insanların (ve oluşturdukları kurulların) tümüyle hatadan ve hata iddialarını karşılama ihtiyacından masun olmadıkları gerçeği karşısında, Yüksek Askerî Şura kararlarının hukuka uygunluk yönünden denetimi fiili bir zorunluluktur da. Zira kimi eksik değerlendirme ve bilgilendirmelerden kay-*

²⁵ AYİM 1. Dairesi'nin 07.03.1995 tarih ve 1995/308 E. 1995/233 K., 23.01.1996 tarih ve 1996/21 E. 1996/119 K. sayılı kararları; AYİM Daireler Kurulu'nun 06.01.2000 tarih ve 1999/51 E. 2000/21 K., 25.03.1999 tarih ve 1999/43 E. 1999/25 K. sayılı kararları örnek olarak verilebilir.

²⁶ DÖNMEZ, s. 312.

²⁷ AYİM 1. Dairesi'nin 08.12.1998 tarih ve 1998/240 E. 1998/1028 K. sayılı kararı. AYİM Daireler Kurulunun 22.06.2000 tarih ve 1999/121 E. 2000/56 K. sayılı kararı.

²⁸ AYİM 1. Dairesi'nin 22.01.1998 tarih ve 1997/147 E. 1998/200 K. sayılı kararı.

²⁹ AYİM Daireler Kurulunun 22.06.2000 tarih ve 1999/121 E. 2000/56 K. sayılı kararı.

³⁰ DÖNMEZ, s. 311.

³¹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 17. Bası, 2003, s. 153.

naklı olarak anılan yüksek kurul kararlarına da bazı hatalar yansiyabilir...” denilmekle, YAŞ kararlarının hukuka uygunluk denetimine tabi olduğu vurgulanmıştır³². Aynı kararda yok hükmünde olan kararların süre aşımı olmaksızın yargı denetimine tabi oldukları da belirtilmiştir.

Bu dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) yapılan başvurularla da herhangi bir denetim imkanı elde edilememiştir. Yapılan başvurular da; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8., düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9., ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddelerini ihlal edildiği yönündeki iddialar ile ilgili olarak, söz konusu maddelerle güvence altına alınan haklara müdahale olmadığına karar verilmiştir.

AİHS’nin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine göre, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasını makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir”. Adil yargılanma konusunda AİHM, YAŞ kararları hakkındaki başvuruları madde itibarıyla yetkisizlik sebebiyle, yani 6. madde kapsamına giren uyuşmazlık türü olmadığından bahisle kabul edilmezlik açısından reddetmiştir³³.

AİHM’nin YAŞ kararlarına yönelik bu yaklaşımı; polislik ve askerlik mesleğinde uygulanan disiplin cezaları, barolar, meslek odası veya birlikleri gibi kurumlar tarafından üyelerinin meslek kuralarına aykırı davranışları, mesleğin saygınlığına zarar veren fiilleri nedeniyle uygulanan disiplin cezalarına ilişkin yaklaşımına paralellik taşımaktadır. AİHM, söz konusu disiplin cezalarını medeni hak ihlali veya suç isnadı kapsamında görmediğinden, bu tür şikayetleri 6. madde içinde değerlendirmemektedir³⁴.

³² DÖNMEZ, s. 314.

³³ Ayhan DÖNER, Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:1-2, 2007, s. 156 v.d.

³⁴ Sercan Coşkun KULAK, Anayasa m. 90/5 ve AİHS m. 6/1 Karşısında Uyarma-Kınama Cezaları ve Yargısal Denetimi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:65, 2006, s. 149. DÖNMEZ, s. 182.

AİHM 05.12.2000 tarihli *Hasan Sert/Türkiye* kararında, itaatsiz ve ahlaka aykırı davranışlar nedeniyle YAŞ kararıyla ordudan atılmayla ilgili olarak; AİHS'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddelerin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kararda; “*devletlerin, orduları için bazı davranışları yasaklayan disiplin kurallarını benimseyebilecekleri, silahlı kuvvetlerin üyelerinin askeri hayatın gereklerinin belirlediği sınırlar içinde dini görevlerini yerine getirebileceklerinin tartışmasız olduğu, dokuz kişiden oluşan bir komitenin başvuranın işlediği disiplin suçlarını ve tarikat üyesi olduğunu belirten sicil dosyasını incelemiş ve bir astsubay veya subay profiline uygun olmadığı sonucuna varmış olduğunu, komitenin başvuranın askeri disiplini bozduğuna ve ordudan azledilmesine karar verdiğini, Yüksek Askeri Şura'nın kararının başvuranın dini görüşlerine, eşinin veya akrabalarının türban takmasına değil, askeri disiplini bozan davranışlarına ve laiklik ilkesine dayalı olduğunu*” belirtmiştir. AİHS başvuru reddederken, askeri disipline atıf yapmıştır. Bu durumun, YAŞ kararlarını yargı denetimi dışında bırakan Milli Güvenlik Konseyi'nin askeri disiplin düşüncesine yakınlığı çok ilginç bir durumdur. Nitekim AİHM daha sonraki bir kararında³⁵ başvuruyu reddederken, daha da fazla bir şekilde askeri gerekliliklere vurgu yapmış, neredeyse tersinden bir yerindelik değerlendirmesi ve denetimi yapmıştır.

AİHM 08.07.2003 tarihli *Sedat Şen ve diğerleri/Türkiye* kararında; “*ita-*

³⁵ 06.02.2003 tarihli *Ramazan Akbulut/Türkiye* kararı: ... *Mahkeme, Sözleşmenin ilke olarak sadece sivillere değil, askeri kuvvetler mensuplarına da uygulanmasının yerleşik bir kural olduğunu gözlemlemektedir. Bununla birlikte, bu davadaki gibi olaylarda Sözleşme kurallarını yorumlarken ve uygularken Mahkeme askeri yaşamın özel niteliklerini ve bu yaşamın silahlı kuvvetler mensupları üzerindeki etkilerini göz önünde bulundurması gerektiğini düşünmektedir.*

Bu davada anılan hükmün ihlal edilip edilmediğini belirlemek için öncelikle sözkonusu önlemin, başvuranın dini kanaat ve inançlarını sergileme özgürlüklerini kullanma hakkına bir müdahale teşkil edip etmediği belirlenmelidir.

Mahkeme, başvuranın, askeri bir kariyer yapmayı seçerek kendi isteğiyle, hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanması mümkün olmayan bazı sınırlamalar getirilebileceğini kabul ettiklerini düşünmektedir. Devletler, özellikle askeri hizmetin zorunluluklarını yansıtan yerleşik düzene ters düşen özellikle bu ve bunun gibi davranışları yasaklayan askeri disiplin yönetmelikleri çıkarabilirler. Bu sınırlamalar askeri personelin İslami köktendinci hareketlere katılmaktan kaçınma zorunluluğunu da içerebilir...

atsizlik ve görevle bağdaşmayan” hareketlerden dolayı YAŞ kararıyla, orduyla ilişkileri kesilen başvuranların; AİHS’nin özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8., düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddelerini ihlal edildiği yönündeki iddiaları ile ilgili olarak söz konusu maddelerle güvence altına alınan haklara müdahale olmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararda AİHS’nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı yönünden ihlal olduğu yönündeki şikayetin, AİHS bakımından “makul” olmadığını belirterek bu konuda da red kararı vermiştir.

AİHM tarafından YAŞ kararlarının medeni hak ihlali veya suç isnadı kapsamında görülmemesi; emekliye ayırma işleminin nitelik gereği çok ağır bir işlem olması durumu karşısında eleştirilmelidir. Her ne kadar bu işlemde bir suç isnadı yer almamaktaysa, bu tür bir işleme maruz kalan kişiyle ilgili olarak toplumda suç isnadına yönelik bir algı oluşmakta ve kişiye aklanma fırsatı da verilmemektedir. YAŞ kararı sonucu oluşan algı, bir mahkeme tarafından değerlendirme konusu edilerek çözümlenememektedir. Bu nedenle bu kararların da Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereklidir. Ayrıca YAŞ kararına dayanak oluşturan raporların; özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8., düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddelerini ihlal etmediğini kabul etmenin savunulur bir yanı da bulunmamaktadır. Nihayetinde bu raporları ve bunlara dayanılarak tesis edilen işlemleri denetleyecek bir yargı denetimin yokluğu, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddeye de aykırılık taşımaktadır.

YAŞ kararlarının tümü bakımından yargı denetimi dışında olduğu dönemde; Anayasa’nın 90. maddesinde 5170 sayılı Kanun’la³⁶ yapılan değişiklik ile maddenin son fıkrasına, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” cümlesi eklenmiştir. Değişiklik ile insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi

³⁶ 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

halinde, ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın çözümü için milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik tanınması sağlanmıştır³⁷. Söz konusu değişiklik sonrası YAŞ kararlarının da içerisinde bulunduğu yargı denetimi dışındaki işlemlerin, bu madde kapsamında yargı denetimine açılıp açılmayacağı tartışması ortaya çıkmıştır³⁸. Bu hususla ilgili olarak AYİM, söz konusu değişiklik öncesinde çeşitli kararlarında değerlendirmeler yapmıştır³⁹. AYİM. 1. Dairesi'nin 15.12.1998 tarih ve 1998/1041 E. 1998/105 K. sayılı kararında; AIHS'nin iç hukukta Anayasa üstü kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle, disiplinsizlik nedeniyle YAŞ kararı ile ayırma işleminin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

AYİM 1. Dairesi'nin 05.11.2002 tarih ve 2002/1643 E. 2002/1506 K. sayılı kararında ise, “... *Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılmayacağı gibi, uluslararası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek antlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası antlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler Anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar. Bu nedenle, görülmekte olan davada Anayasanın “...Yüksek Askeri Şura'nın kararları yargı denetimi dışındadır.”(m.125/2) hükmü ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı ve 13 ncü maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askeri Şura kararının yargı denetimine tabi kılınması mümkün değildir*” denilerek; YAŞ kararları bakımından uluslararası anlaşmalar yoluyla yargı denetiminin mümkün olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu kararda *Türk hukuk düzeninde; uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hükmün Anayasa'da yer almış olmadığı* da belirtilmiştir. Ancak 90. madde değişikliği sonrasında, mahkemenin benimsediği gerekçe değerini yitirmiştir⁴⁰. Söz konusu değişiklik sonrası AYİM⁴¹, uluslararası anlaşmalar yönünden değerlendirme yapmaksızın, *pozitif hukuk yönünden YAŞ kararlarının yargı*

³⁷ DÖNER, s. 42.

³⁸ ALTUNDİŞ, s. 76.

³⁹ ALTUNDİŞ, s. 85.

⁴⁰ ALTUNDİŞ, s. 87.

⁴¹ AYİM 1. Dairesi'nin 25.12.2007 tarih ve E. 2007/1171 E. 2007/1224 K. sayılı kararı.

denetimi dışında tutulduğu görüşünü sürdürmektedir.

3.3 2010 Anayasa Değişikliği Sonrası Yargısal Denetim

YAŞ kararlarını yargı denetimi dışında bırakan Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasına 5982 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan ekleme sonrasında; YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açık hale gelmiştir. Bu değişiklik sonrasında birtakım işlemler yargı denetimine tabi kılınırken, birtakım işlemler bakımından yargı denetimi dışında olma durumu devam etmektedir.

3.2.1. Denetime Tabi Olmayan İşlemler

YAŞ'ın istişari nitelikli görevlerinden kaynaklanan işlemleri yargı denetimine tabi değildir. İstişari nitelikteki görevlerden kaynaklanan işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Nitekim bu tür işlemler, genel olarak dava konusu edilebilecek türde işlemler değildir. İstişari nitelikteki işlemler, bireyler açısından bir hak ve yükümlülük doğurmadıklarından iptal davasına konu edilemezler⁴². AYİM de istişari nitelikte görüşlerin, dava konusu olabilecek yürütülmesi gereken kesin icrai idari bir işlem olmadığı ve inceleme kabiliyeti olmadığı görüşündedir⁴³. YAŞ'ın görüş bildirmek, danışma, istişare görevleriyle ilgili kararları, kişilerin fiili ve hukuki durumlarını etkilemediği ve menfaatlerini ihlal etmediğinden, bu kararlar doğası gereği yargı denetimine elverişli değildir⁴⁴. Dolayısıyla idari işlem niteliği taşımayan⁴⁵, istişari nitelikli YAŞ kararlarının yargı denetimi dışı bırakılmasının anlamı yoktur. Bu tür kararlara karşı iptal davası açılma olasılığı çok düşük olacaktır. Bu tür bir dava açılabilse bile mahkemece yargı denetimi dışılık gerekçesiyle değil, yargılamaya elverişli bir karar olmaması nedeniyle dava reddedilebilecektir. Bu konuda yapılacak bir değişiklik YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutmaya yönelik eleştirileri ortadan kaldıracaktır ve mevcut

⁴² TOPUZ ve ÖZKAYA, s. 13. Zehra ODYAKMAZ, Ümit KAYMAK ve İsmail ERCAN, **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 13. Baskı, 2011, s. 246.

⁴³ AYİM 2. Dairesi'nin 01.04.2009 tarih ve 2008/708 E. 2009/409 K. sayılı kararı.

⁴⁴ HACIOĞLU, s. 45.

⁴⁵ ALİM, s. 56.

düzenleme ile amaçlanan duruma da herhangi bir zarar vermeyecektir.

YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri de yargı denetimi kapsamında değildir. Bu durum YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasına yönelik eleştirilerin sürmesine neden olmaktadır⁴⁶. Terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri bünyesinde takdir hakkını barındıran işlemlerdir. Dolayısıyla bu tür işlemlere karşı yargı yolunun açılması, bu tür işlemlerin yerindeliliğini değil, hukukiliğini denetleyecektir. Nitekim 5982 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değişen Anayasa'nın 125. maddesinde bir yandan yargı yetkisinin yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağı özellikle vurgulanırken bir yandan da yargıya güvensizlik duyararak bir takım işlemlerde yargının yerindelik denetimi yapacağı varsayımıyla bunları yargı denetimi dışında tutmak anlaşılır değildir. Zaten söz konusu maddede *“Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”* düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenleme nedeniyle, yargısal denetim yapılması mümkün olsaydı dahi terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri bakımından, yargı makamları tarafından YAŞ yerine geçilerek veya onun takdir hakkını sınırlayacak nitelikte karar verilmesi mümkün olmayacaktı.

YAŞ'ın yargı denetimine tabi olmayan işlemleri bakımından personele yönelik işlemleri, görüş belirten işlemlerinden farklı olarak yürütülmesi gereken kesin idari işlemler niteliğindedir ve bu işlemler, yargı denetimi dışında tutulmaya yönelik özel düzenleme olmasaydı, yargılamaya konu olabilecek işlemlerdir. Bu tür işlemleri belirlemek için terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemlerinin neler olduğunun belirlenmesi gereklidir.

YAŞ, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin terfi ile ilgili esasları belirleyen ve değerlendirmeleri yapan en yetkili kuruldur⁴⁷. Terfi işlemi, 926 sayılı Kanun'un 38. ve 47. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde, rütbe terfi şartları sayılmış bulunmaktadır. Sayılan şartları taşıyan subayların YAŞ tarafından bir

⁴⁶ Avrupa Komisyonu, s. 13.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 31.12.1992 tarih ve 1992/40 E. 1992/55 K. sayılı kararı.

üst rütbeye terfi ettirilmesine karar verilmesi, terfi kararı ile olur. 38. maddenin d bendi ile 47. maddenin c bendinde, üst rütbe kadrosunda açık bulunması da terfi şartları içerisinde sayılmıştır. Üst rütbe kadrosunda açık bulunmaması durumunda Kanun'un 50. maddesi gereğince kadrosuzluk nedeniyle ayırma söz konusu olmaktadır. Kadrosuzluk nedeniyle ayırmaya tabi tutulan personel emekliye sevk edilir⁴⁸. 50. maddede yer alan diğer emekliliğe ayırma nedenleri ise yetersizlik ve d bendinde sayılan suçlardan hükümlülük nedeniyle ayırmadır. Söz konusu maddede daha önce yer almakta olan *disiplinsizlik ve ahlaki durum* nedeniyle emekliye ayırma 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun⁴⁹ 45. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

YAŞ kararlarının yargı dışı tutulması, özellikle emekliliğe ayırma işlemlerinde birtakım sorunlar ortaya çıkarmıştır. Mevzuatta emekliliğe ayırma nedenleri; yaş haddi, maluliyet sebebiyle ve re'sen emekliye ayırma olarak belirtilmiştir. Bu durumlar normal bir emekliliğin sonucunu doğurur. Ancak, "*disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle*" emekliye ayırma hali, normal emeklilik durumundan farklı değerlendirilmiştir. 926 sayılı Kanun'un 50/c maddesinin, Subay Sicil Yönetmeliği'ne yaptığı atıf nedeniyle bu durumda hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılacağı belirtilmiş ve sebeplerin neler olduğu sayılmıştır⁵⁰. Bu nedenden dolayı emekliye ayırmaya yönelik alınan karar, YAŞ kararı ise yargı denetimine tabi değildir.

Disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle emekliye ayırmaya yönelik hükmün yürürlükte olduğu dönemde AYİM⁵¹; *emekliliğe ayırma işlemlerine karşı menfaatleri ihlal edilen asker kişiler tarafından, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21. maddesi gereğince idari dava açılabileceği ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, disiplinsizlik veya ahlâkî durum nedeniyle ayırmanın YAŞ tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminin YAŞ kararı ile yapılacağı esasının getirildiği, Anayasa'nın*

⁴⁸ KÖKÜSARI, s. 186.

⁴⁹ 16.02.2013 tarih ve 28561 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁰ KUZU, s. 112.

⁵¹ AYİM Daireler Kurulu'nun 24.12.1987 tarih ve 1987/1633 E. K. sayılı kararı.

125. maddesinin 2. fıkrası ile 1602 sayılı Kanun'un 21. maddesi son fıkrasında Yüksek Askeri Şura Kararlarının yargı denetimi dışında olduğu hükmünün vazedildiği değerlendirilmesi yapılmıştır. 926 sayılı Kanun'un 50/c maddesinin, 6413 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olması, bu nedenden dolayı verilen YAŞ kararları nedeniyle yaşanabilecek olumsuzluklara son vermiş bulunmaktadır. Söz konusu emekliye ayırmanın geçerli olduğu ve YAŞ kararı olması nedeniyle yargı denetimine tabi tutulmadığı dönem bakımından ise 6191 sayılı Kanun'dan yararlanılarak hakların ilgisine iadesi mümkündür.

AYİM⁵² emekliye ayırma işlemi bakımından, işlemin mesnedini ve sebep unsurunu teşkil eden olumsuz sicil işlemini ise emekliye ayırmadan ayrı bir işlem olarak kabul etmemekte ve sicil işlemini, emekliliğe ayırma işleminden ayrı olarak yargı denetimine tabi tutmanın mümkün olmadığı görüşündedir⁵³. AYİM Daireler Kurulu'nun 26.05.1994 tarih ve 1993/10 E. 1994/175 K. sayılı kararında da; YAŞ kararı ile kadrosuzluktan emekli edilme işleminin zincir işlem niteliğinde olduğu, zincirin ilk halkasının YAŞ kararının oluşturması nedeniyle sonuç işlemin yargı denetimi dışında olduğuna karar vermiştir.

AYİM daha sonraki bir kararında ise YAŞ kararı ile sonuç işlem arasında ayırma gitmiş ve sonuç işlemin yargı denetimine tabi olduğu yönünde karar vermiştir. Nitekim AYİM Daireler Kurulu'nun 24.12.2010 tarih ve 2010/47 E. 2010/56 K. sayılı kararında; *YAŞ'ın terfi ilişkin kararlarının istisnâi değil, icrai nitelikte olduğu, YAŞ tarafından liyakaten terfiine karar verilen bir personelin, terfi layık olup olmadığı konusunda müşterek kararname makamlarınca ayrı bir değerlendirme yapılmasına imkan bulunmadığı; YAŞ'ın terfi konusundaki kararlarına karşı yargı yolu kapalı ise de; davacı YAŞ tarafından terfi ettirilmiş (terfi için seçilmiş) olmasına rağmen hakkında müşterek kararname düzenlenmemesiyle, YAŞ kararından farklı bir hukuki sonuç oluştuğundan, müşterek kararname düzenlenmemesinin işlemi yargısal denetime açık olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır.* Mahkemece sonuç olarak, "YAŞ

⁵² AYİM Daireler Kurulu'nun 24.12.1987 tarih ve 1987/1633 E. K. sayılı kararı. AYİM 1. Dairesi'nin 03.01.1989 tarih ve 1988/218 E. 1989/9 K. sayılı kararı

⁵³ ALİM, s. 58.

toplantılarında, terfine karar verilmiş olan davacının, bir üst rütbeye terfine kanunen bir engel bulunmadığından, Genelkurmay Başkanlığı tarafından Milli Savunma Bakanlığı makamına teklif edilen terfi kararnamesinin imzalanmaması ve bunun zorunlu sonucu olan korgeneralliğe terfi ettirilmemesi işleminin hukuka aykırı olduğu” değerlendirilmiştir. Terfiye ilişkin müşterek kararnamenin YAŞ kararından ayrı, icrai ve iptale konu olabilecek bir işlem olduğu doktrinde de savunulmuştur⁵⁴. Müşterek kararnameye dava açılabilmesiyle ilgili olarak; Anayasa düzenlemesinin, YAŞ tarafından yapılan değerlendirmenin, notlandırma işlemindeki takdirin denetlenmesini engellediği, bu değerlendirmeden bağımsız olarak, kanunda terfi için öngörülmüş bulunan diğer şartlar bakımından da yargısal denetim yapılmasının her zaman mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Yargı denetimi dışında tutulan YAŞ kararlarında kanunun aradığı oluşum ve yetkilere aykırılık söz konusu olduğunda; bu kararlar bakımından sınırlı bir denetim söz konusu olmaktadır. Nitekim böyle bir durumda yok hükmünde bir karar vardır ve bu kararın hukuk alanında geçerlik kazanması mümkün değildir. Nitekim AYİM 1. Dairesi’nin 22.01.1998 tarih ve 1997/147 E. 1998/200 K. sayılı kararında yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında, YAŞ’ın oluşum ve yetkileri yönünden hukuka uygunluk denetiminin yapılmasının bir zorunluluk olduğu ortaya çıkmaktadır. 2010 Anayasa değişikliği sonrasında, yargı denetimi dışında tutulan kararlar bakımından da oluşum ve yetki bakımından hukuka uygunluk denetiminin varlığının devam etmekte olduğu söylenebilir.

3.2.2. Denetime Tabi Olan İşlemler

YAŞ’ın yargı denetimine tabi işlemleri sadece ilişik kesmeye yönelik olanlardır. Nitekim Anayasa’nın söz konusu değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; “... Yüksek Askeri Şuranın silahlı kuvvetlerden ilişik kesme kararları kamuoyunda çok tartışılmış ve değişik eleştirilere konu olmuştur. Diğer askeri merciler (kuvvet komutanlıkları) tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ilişik

⁵⁴ KÖKÜSARI, s. 186.

⁵⁵ Murat SEZGİNER, İdari İşlem-İcrailik-Ayrılabilir İşlem-Yargısal Denetim, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011, s. 249.

kesme kararları Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yargı denetimine tabi tutulurken, Yüksek Askeri Şura tarafından verilen ilişik kesme kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu eşitsizliğin giderilmesi amacıyla, mukayeseli hukuk uygulamaları ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler göz önüne alınarak, maddeyle, Yüksek Askeri Şuranın Silahlı Kuvvetlerden ilişik kesme niteliğindeki kararları yargı denetimine açılmakta ve bu sayede hukuk devleti ilkesinin daha da güçlendirilmesi amaçlanmaktadır... ” denilmektedir.

2010 Anayasa değişikliği öncesinde, 926 sayılı Kanun’un 50. maddesinin c bendi ile 94. maddesinin b bendi kapsamında, silahlı kuvvetlerin iç işleyişi kapsamında bir personelin disiplinsizlik veya ahlaka aykırı hareket nedeniyle yetkili üstlerince görevden alınmasına karşı dava imkanı varken, bu yöndeki bir görevden alma Genelkurmayın talebi ile YAŞ tarafından yapılmışsa dava imkanı yoktu. Böylece Genelkurmay’ın hak arama özgürlüğünü sınırlamada geniş bir takdir yetkisi vardı⁵⁶. Yapılan Anayasa değişikliği sonrasında ilişik kesmeye yönelik tüm kararlar yargı denetimine tabi kılınarak eşitlik sağlanmış ve hak arama özgürlüğü önünde yer alan önemli bir engel ortadan kaldırılmıştır.

Yapılan değişiklikler sonrası eleştiriler devam etmektedir. Özellikle YAŞ’ın oluşumu ve YAŞ kararlarını denetleyecek olan AYİM’in yeniden yapılandırılmamış oluşu; yargısal denetim yapılırken bu konuda yapılacak değerlendirmelerin salt hukuki mülâhazalara dayalı olmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷.

4. 2010 Anayasa Değişikliğinin Uygulanması ve Yoksun Kalınan Hakların İadesi

2010 Anayasa değişikliği sonrasında, daha önce YAŞ kararıyla silahlı kuvvetlerden ayrılmış olan personele geçmişe etkili olarak herhangi bir hak arama yolu tanınıp tanınmayacağı; tanınacaksa bunların nelerden ibaret olacağı ve

⁵⁶ KÖKÜSARI, s. 182.

⁵⁷ Ahmet ALPER, YAŞ Mağdurları Çözüm Bekliyor, **Adaleti Savunanlar Derneği Bülteni**, Sayı:17 Kasım-Aralık, 2010, s. 23.

hangi statülerin verileceği konusunda bir takım sorunlar ortaya çıkmıştır⁵⁸. Söz konusu sorunların giderilmesi bakımından yasal düzenleme yapılması zorunluluğu nedeniyle 926 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmıştır. Kanun'a 6191 sayılı Kanun'un⁵⁹ 10. maddesinin 7. fıkrasının c bendi ile geçici 32. madde eklenmiştir. Değişikliğin gerekçesinde; “*YAŞ kararı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilip, bu kararların yargı denetimine kapalı olması nedeniyle hukuken haklarını arayamayan kişilerin yoksun bırakıldığı hakların geri verilmesine yönelik bir düzenleme yapıldığı*” belirtilmektedir. Bu değişiklik Avrupa Birliği 2011 İlerleme Raporu'nda olumlu karşılanmıştır⁶⁰.

Söz konusu değişiklik ile 12 Mart 1971 tarihinden bu Kanunun yayımı tarihi olan 22.03.2011 tarihine kadar, yargı denetimine kapalı idari işlemler veya YAŞ kararları ile Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenler veya vefatları hâlinde hak sahiplerine yoksun bırakıldıkları haklarının iadesi için Milli Savunma Bakanlığı'na başvuru hakkı öngörülmüştür. Başvuru süresi Kanun'un yayım tarihinden itibaren altmış gün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla başvuru süresi 23.05.2011 tarihinde sona ermiştir.

Kanun'a göre Milli Savunma Bakanı, başvurunun kabulüne veya reddine en geç altı ay içinde karar verir. Milli Savunma Bakanı, hazırlık amacıyla sadece gerekli yazışmaların yapılması hususunda yardımcı olmak üzere gerektiğinde komisyonlar kurabilir ve bu komisyonlara, ilgili bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarından temsilci çağırabilir. İlgililerin, Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiklerinin kesilmesine esas bilgi ve belgeler Genelkurmay Başkanlığınca en geç altmış gün içinde Milli Savunma Bakanlığına gönderilir.

Milli Savunma Bakanlığı yapılan başvuruyu reddederse; bu ret işlemine karşı ilgililer altmış gün içinde AYİM'de dava açabilirler. Başvurunun kabulü durumunda ise üç kategori ortaya çıkmaktadır⁶¹. Birinci kategoride “*emsallerinin tamamı emekli olanlar*” yer almaktadır. Bunlar emsallerinin hak ve ayrıcalıkları tanınarak emekli olabilecek ve emekli ikramiyesine hak kazana-

⁵⁸ KÖKÜSARI, s. 183.

⁵⁹ 22.03.2011 tarih ve 27882 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁰ Avrupa Komisyonu, s. 12.

⁶¹ KÖKÜSARI, s. 184 v.d.

çaklardır. İkinci grupta “*emsallerinin tamamı emekli olmayanlar*” bulunmaktadır. Bunlar araştırmacı kadrosuna başvurarak kamuda çalışabilecekler veya halen kamuda çalışıyorlarsa emsallerinin hak ve ayrıcalıklarıyla orada devam edebilecek ya da emeklilik isteyebileceklerdir. Üçüncü grupta yer alanlar ise “*emsalleri halen emeklilik hakkı kazanmamış*” olanlardır. Bunlarsa araştırma kadrosuna başvurarak kamuda çalışabilecekler⁶² ya da kamuda çalışmakta iseler emsallerinin hak ve ayrıcalıklarıyla çalışmalarına devam edebileceklerdir.

Kanun’da YAŞ kararları neticesinde ilişiği kesilen personel ile ilgili birkaç ayrıcalığa daha yer verilmiştir⁶³; Bunlar; madde kapsamında yapılacak ödemelerin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak maddenin yürürlüğe giriş tarihinin belirlenmesi; kanundan faydalananların öğrenim giderleri borcunun tahsil edilmeyeceği; emekli TSK mensubu kimlik kartı verilerek her türlü haklardan faydalanabileceği ve Ordu Yardımlaşma Kurumu’na güncel tutarlar üzerinden aidatlarını ödeyerek her türlü haklardan faydalanabileceğidir. Ayrıca bu kişilerin sicil dosyalarında yer alan, ilişkilerinin kesilmesine esas tüm bilgi ve belgeler, herhangi bir müracaat aranmaksızın hükümsüz sayılarak dosyalarından çıkarılacak ve herhangi bir işleme esas alınmayacaklardır.

6191 sayılı Kanun’un tanıdığı müracaat hakkından yararlanmak üzere Milli Savunma Bakanlığı’na 4606 başvuru yapılmıştır. Başvurulardan 1542’si kabul edilirken, 3064 başvuru reddedilmiştir. Başvurusu reddedilenlerden 226’sının, haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunduğu ya da haklarında yapılan işleme dayanak teşkil eden olayların vasıf ve mahiyeti gerekçe gösterilmiştir. 847 kişinin başvurusu askeri öğrenci iken ordudan atıldıkları ya da 12 Mart 1971 tarihinden önce ordudan atıldıkları gerekçesi ile reddedilmiştir. 1991 kişinin başvurusu ise, haklarında yapılan işleme karşı yargı yolunun açık olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir⁶⁴. 6191 sayılı Kanun kapsamında olmayan bu kişilerin, (geçici 32. madde çerçevesinde) haklarının iadesiyle ilgili olarak 926

⁶² Araştırmacı kadrosuna atama teklifi yapılan personele ilişkin olarak, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Devlet Personel Başkanlığı tarafından 3 Seri No’lu Kamu Personeli Genel Tebliği yayımlanmıştır.

⁶³ KÖKÜSARI, s. 185 v.d.

⁶⁴ Selim ÖZKAR, **6191 Sayılı Kanun Hakkında Rapor**, <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=2346> (01.11.2013).

sayılı Kanun'a geçici 33. madde eklenmesine yönelik olarak CHP tarafından kanun teklifi hazırlanarak 25.10.2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur⁶⁵. Bu teklif kapsamında olan kişilerin YAŞ kararları ile ilişkisi kesilenlerden farklı olduğunu belirtmek de gereklidir. Söz konusu teklif maddenin yayımlandığı tarihe kadar, kesinleşmiş yargı kararına dayanmayan idari işlemlerle ilişkisi kesilenleri kapsamaktadır.

Yasal değişiklik sonrasında; değişiklik kapsamında olmayan personel tarafından yapılan başvuruların reddi işlemleri Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile taşınmıştır. Milli Savunma Bakanlığı'na yapılan başvuru ile ilgili olarak dilekçenin reddi işleminin talebiyle açılan davada AYİM 3. Dairesi 13.09.2012 tarih ve 2011/3095 E. 2012/1726 K. sayılı kararı ile davayı reddetmiştir. Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya ilişkin olarak da Anayasa Mahkemesi 12.02.2013 tarih ve 2012/947 Başvuru numaralı kararıyla; *başvuru konusu kararın Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olduğu gerekçesiyle, "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir*⁶⁶.

AYİM 3. Dairesi'nce yapılan yargılama sonucunda *"davaya konu edilen hakkın getirilmiş olan kanuni düzenleme kapsamında bulunmadığı"* gerekçesiyle 12.04.2012 tarih ve 2011/2816 E. 2012/740 K. sayılı karar ile reddedilen davayla ilgili olarak da Anayasa Mahkemesi 16.04.2013 tarih ve 2012/649 Başvuru numaralı kararıyla; zaman bakımından yetkisizliğin yanında, anayasal haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarına ilişkin bölümünün de *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Sonuç

YAŞ kararlarına karşı kısmen de olsa yargı denetiminin açılmış olması önemli bir gelişme olmakla beraber; Şura'nın yapısı ve karar alma usulüne

⁶⁵ Teklif metni ve gerekçeleri için: <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/253290.pdf> (01.11.2013).

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 12.02.2013 tarih ve 2012/1071, 26.03.2013 tarih ve 2012/1177 Başvuru numaralı kararları da bu yöndedir.

ilişkin başkaca değişiklikler yapılması ihtiyacı halen sürmektedir. YAŞ oluşumu ve kararların alınması bakımından ordu komuta kademesinin neredeyse izdüşümünü yansıtmaktadır. İçerisinde bulundurduğu iki sivil üyenin kararların alınması bakımından etkisinin düşük olması, demokratik ilkelere aykırılık taşımaktadır. Söz konusu yapılanma ve karar alma şekli askeri gerekçelerle ifade edilemez. Özellikle YAŞ toplantılarının, görüşmelerin ve alınan kararların gizliliği de YAŞ kararlarını kamuoyu denetimi dışında tutmaya yöneliktir.

2010 Anayasa değişikliği sonrasında bazı YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasının savunulabilir yönü bulunmamaktadır. Özellikle yargı dışı tutulan istişari nitelikteki kararlar, esasen davaya konu edilemeyecek niteliktedir ve bunlar için bir yasama kısıntısı öngörmenin anlamı bulunmamaktadır. Aynı şekilde terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle ilişik kesme bakımından; yargısal denetimin sadece hukuka uygunluk denetimine ilişkin olduğu, yerindelik denetimini kapsamadığı, idarenin takdir yetkisini kaldıramayacağı da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu yasama kısıntısı anlamını yitirmektedir. Nitekim aynı değişikliklerle hem yerindelik denetimi yapılamayacağına vurgu yapılırken, bir yandan da yasama kısıntısı oluşturmanın nedeninin, bu konuda yargı makamlarına güven duyulmamakta olduğunu akla getirmektedir.

Yargı denetimine açık olan işlemler bakımından denetimin YAŞ ile aynı dönemde kurulan AYİM’de olması ise ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Ordu hiyerarşisi içerisinde yer alan bir mahkemenin, bu hiyerarşinin en tepesinde yer alan kişilerce verilen kararları denetlemesi mümkün değildir. AYİM’in varlığı birçok açıdan eleştiri konusu edilebilir. YAŞ kararlarının denetiminin sivil yargıya bırakılması, hukuk devleti yönünde atılmış önemli bir adım olacaktır. Ayrıca mevcut yargı dışı tutmaya yönelik düzenlemelerin kaldırılması da ilkesel anlamda hukuk devleti ilkesine bağlılığı ve yargı makamlarına güvenin sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

2010 değişikliği sonrasında yapılan yasal düzenlemeyle, YAŞ kararlarıyla ordudan ilişigi kesilenlerin haklarının iade edilmiş olması çok önemlidir. Ancak söz konusu kararlarla; kişilerin özel hayatlarına müdahale edildiği, adil yargılanma haklarının, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün

ihlal edildiği de unutulmamalıdır. Nitekim gelinen son nokta da bunu göstermektedir. Bununla birlikte, bu kapsamda olan kişilerin yaşadıkları çeşitli olumsuzlukların telafisi mümkün değildir. Bir hukuk devleti vatandaşlarına bu tür telafisi mümkün olmayan olumsuzluklar yaşatamaz. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir devlette, vatandaşların yargısal yollara başvurusu engellenmesi hiçbir gerekçe ile açıklanamaz.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ALİM, Ümit. Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

ALPER, Ahmet. YAŞ Mağdurları Çözüm Bekliyor, **Adaleti Savunanlar Derneği Bülteni**, Sayı:17 Kasım-Aralık, 2010.

ALTUNDİŞ, Mehmet. Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?, **Yasama Dergisi**, Sayı:2, 2006.

Avrupa Komisyonu, **Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu**, Brüksel, 2011.

BERKSOY, Biriz. **Türkiye’de Ordu, Polis ve İstihbarat Teşkilatları: Yakın Dönem Gelişmeler ve Reform İhtiyaçları**, İstanbul, Tesev Yayınları, 2013.

ÇAĞLAYAN, Ramazan. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1, 1998.

DÖNER, Ayhan. Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:1-2, 2007.

DÖNMEZ, Gökhan. Türk Hukukunda Yasama Kısıntıları, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 17. Bası, 2003.

HACIOĞLU, Halime. Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

KÖKÜSARI, İsmail. Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, 2011, Sayı: 1.

KULAK, Sercan Coşkun. Anayasa m. 90/5 ve AİHS m. 6/1 Karşısında Uyar-

ma-Kınama Cezaları ve Yargısal Denetimi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:65, 2006.

KUZU, Burhan. Hukuk Devleti ve Re'sen Emeklilik, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LIV, 1994.

ODYAKMAZ, Zehra Ümit KAYMAK ve İsmail ERCAN. **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 13. Baskı, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004.

ÖZKAR, Selim. **6191 Sayılı Kanun Hakkında Rapor**, <http://www.yeniyaklasimlar.org/m.aspx?id=2346> (01.11.2013).

SEZGİNER, Murat İdari İşlem-İcraîlik-Ayrılabilir İşlem-Yargısal Denetim, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011.

Stratejik Düşünce Enstitüsü, **Yüksek Askeri Şura ve Hükümet-TSK İlişkileri, Tespitler-Öneriler**, Yüksek Askeri Şura ve Hükümet-TSK İlişkileri Çalıştayı (13 Temmuz 2011) Ankara.

TANÖR, Bülent ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, 2004.

TOPUZ, İbrahim ve Kadir ÖZKAYA. **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

Invalidity of the Employment Contract

Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU*

ÖZET

Geçersizlik, hukuki işlemde kurucu unsurların tamam olması ancak geçerlilik koşullarından birinin bulunmaması sebebiyle hukuki işlemin kesin olarak hükümsüz olmasıdır. Geçersiz bir iş sözleşmesinin sonucu TBK. m. 394/f.3 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu konuda 818 sayılı eski Borçlar Kanununda ve 4857 sayılı İş Kanununda bir hüküm bulunmadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce bu konu ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar doktrin görüşü ve yargı kararları çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Çalışmamızda iş sözleşmesinin geçersizliği ile geçersizliğin hukuki sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Geçersizlik, Geçersizlik Türleri, İş Sözleşmesinin Kesin Geçersizliği, İş Sözleşmesinin İptal Edilebilirliği, Geçersizliğin Hukuki Sonuçları

ABSTRACT

Invalidity is the absolute voidness of a legal transaction, possessing all the constituents, due to the lack or defect of one of the essential elements. The legal consequences of a void employment contract are regulated in Article 394/3 of the Turkish Obligation Code. As there was no applicable rule on the matter either in the Obligation Code No. 818 or in the Labour Code No. 4857, all the disputes arising from the matter were resolved in the enlightenment of doctrine and judicial precedents. In this study, invalidity of an employment contract and its legal consequences have been examined.

Keywords: Invalidity, Types of Invalidity, Invalidity of the Employment Contract, Cancellation of the Employment Contract, The Legal Consequences of Invalidity

◆◆◆◆

* Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı), Araştırma Görevlisi, cndn_35@hotmail.com

GİRİŞ

İş sözleşmesi, özel hukuk sözleşmesidir. Özel hukuk sözleşmesi olmasının sonucu olarak iş sözleşmesi, hukuki ehliyete ve eşit haklara sahip olan iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelir. İş sözleşmesi, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 26'daki hükme uygun olarak yapılır. Sözleşme özgürlüğünün sınırları da TBK. m. 27'de belirtilmiştir. TBK. m. 27'de belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığın yaptırımı geçersizliktir. Geçersiz bir iş sözleşmesinin sonucu TBK. m. 394/f.3 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm yeni bir düzenlemedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce 818 sayılı eski Borçlar Kanununda ve 4857 sayılı İş Kanununda geçersiz bir iş sözleşmesinin sonucu düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, bugüne kadar uygulamada bu konu ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar doktrin görüşü ve yargı kararları çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Türk Borçlar Kanunundaki bu yeni düzenleme, İş Kanununda bu konu ile ilgili mevcut bir hükmün bulunmaması sebebiyle, İş Kanununa tabi olan işçilere de uygulanacaktır. Bu hüküm, hem Borçlar Kanununa hem de İş Kanununa tabi olan işçiler için uygulanacak bir hüküm olduğundan, tüm işçiler bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak geçersizlik kavramı açıklanmıştır. Borçlar hukukundaki geçersizlik türleri ve sebepleri, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan iş sözleşmeleri için de uygulanacağından iş sözleşmesinin geçersizliği başlığı altında geçersizlik türleri ve sebepleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Son olarak iş sözleşmesinin geçersizliğinin hukuki sonuçları açıklanarak çalışma tamamlanmıştır.

1. Geçersizlik (Hükümsüzlük) Kavramı

Geçersizlik (hükümsüzlük), sözleşmenin kurucu unsurları ile değil, geçerlilik unsurları ile ilgilidir. Kurucu unsurlar, sözleşmeyi kurmakta; geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir sözleşmenin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlamaktadır. Hukuki işlemde kurucu unsurlar yoksa hukuki işlem yoktur yani hukuki işlem hiç doğmamıştır. Bu durumda sözleşme hiç kurulmamış kabul edildiği için geçersizlik yaptırımı değil, yokluk yaptırımı söz konusu olur.

Geçersizlik ancak sözleşme kurulduktan sonra söz konusu olmaktadır. Geçersizlik türleri butlan, iptal edilebilirlik ve eksikliklerdir¹.

2. İş Sözleşmesinin Geçersizlik Türleri

Borçlar hukukunun geçersizlik türleri ve sebepleri, borçlar hukuku sözleşmesi olan iş sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Aşağıda borçlar hukukuna özgü olan ve iş sözleşmeleri için de uygulanacak olan geçersizlik türleri ve sebepleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2.1. Butlan

2.1.1. Butlan Kavramı

Hukuki işlemde kurucu unsurlar tamam olmakla yani irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmakla birlikte, geçerlilik koşullarından biri yoksa hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür yani butlanla sakattır². Bir diğer ifadeyle, kurucu unsurların mevcut olması nedeniyle işlemin meydana gelmesi ancak TBK. m. 27’de belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığı nedeniyle sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaması halinde butlan (kesin hükümsüzlük/geçersizlik) söz konusu olur³.

Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olduğu için hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz⁴.

¹ Geçersizlik türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 332 vd.; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s. 580 vd.; **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 179 vd.; **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukuku 1-2, Çeviren Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983, s. 220 vd.; Doktrinde hukuki işlemlerin geçersizliği konusunda başka ayrımlar da yapılmıştır. Bu ayrımlar için bkz. **Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 375 vd.

² **Eren**, s. 120, 122-123, 331 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 581 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 179 vd.; **O. Gökhan Antalya**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 96; **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 84 vd.

³ **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 318; benzer tanım için bkz. **Ercan Akyiğit**, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 453-454..

⁴ **Eren**, s. 334; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 376; **Safa Reisoğlu**, Türk Borçlar Hu-

Butlanla sakat olan bir sözleşme geçmişe yönelik olarak ortadan kalkacağından, taraflar yapılan hukuki işlemi istiyorlarsa, tarafların bu hukuki işlemi yeniden yapmaları gerekecektir⁵. Butlan, herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'sen dikkate alınır⁶.

2.1.2. Butlan Sebepleri

Butlan sebepleri TBK. m. 27'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Ayrıca doktrinde belirtildiği üzere, taraflardan birinin fiil ehliyetine sahip olmaması, kanunda öngörülen şekle uyulmaması, işlemin muvazaalı olması gibi hallerde de hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür⁷.

2.1.2.1. Emredici Hükümlere Aykırılık

Emredici hükümler, tarafların uymak zorunda olduğu ve aralarında anlaşarak değişiklik yapamayacağı hükümlerdir. Bir hükmün emredici olup olmadığı, hükmün lafzından anlaşılır. Emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını geçersizliktir. Yargıtay'ın bir kararına göre⁸, “... *Kupon karşılığı verilmesi taahhüt edilen cep telefonunun teslim edilebilmesi için tek başına “Telefon sözleşmesi” gazetesini almak yetmemekte aynı zamanda kampanya süresince “Star” gazetesinin her gün alınması ve bu gazetenin içinde yayınlanan “Telefon sözleşmesi” kuponunun da kesilmesi ve biriktirilmesi gerekmektedir. Şu durumda, hukukça yasaklanan amaca dolambaçlı yollardan ulaşılmış ve kanuna karşı hile yapılmıştır. Davalı tarafından değil de başka yayın tarafından yapılmış gibi gösterilerek gazetenin satışı arttırılmak suretiyle kar elde edilmiştir.*

kuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 145; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 581; **Antalya**, s. 97; **von Tuhr**, s. 222, 225.

⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 376-377; **Reisoğlu**, s. 146.

⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 375-376; **Reisoğlu**, s. 146; **von Tuhr**, s. 222; **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 135.

⁷ **Eren**, s. 332 vd.; **Reisoğlu**, s. 146; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 383 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 581; **Oğuzman/Öz**, s. 81 vd., 180-181; **Antalya**, s. 101 vd.; **von Tuhr**, s. 221-222; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 501-502; Süzek, s. 323.

⁸ Yarg. 4. HD. 25.10.2001 T., 2001/5536 E., 2001/10173 K. (www.kararevi.com, erişim tarihi: 16.07.2014).

Bu durum MK. 'nun 2. maddesine aykırılık teşkil eder”.

İş Kanununda yer alan düzenlemelerin çoğu emredici niteliktedir. Emredici hukuk kuralları, mutlak emredici ve nispi emredici olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hukuk kuralları, hiçbir şekilde aksi kararlaştırılmayan hukuk kurallarıdır. Yani taraflar bu tür kurallara kesinlikle uymak zorundadır ve işçi lehine dahi olsa bu kuralların aksini kararlaştıramazlar. Nispi emredici hukuk kuralları ise işçi lehine olmak koşuluyla aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Yani nispi emredici niteliği olan kurallar konusunda taraflar sözleşmelerle kararlaştırma yapabilirler⁹. Örneğin kıdem tazminatının üst sınırını düzenleyen hüküm mutlak emredici niteliktedir¹⁰. Bu mutlak emredici hükümlerin aksine yapılacak iş sözleşmeleri geçersizdir. İş Kanunundaki bildirim sürelerine ilişkin hüküm, iş güvencesine ilişkin hükümler, yıllık izin sürelerine ilişkin hüküm, işin düzenlenmesine ilişkin hükümler nispi emredici niteliktedir¹¹. Bu nispi emredici hükümlerin işçi lehine aksi kararlaştırıldığında geçersizliği söz konusu olmayacaktır.

Yukarıdaki örnekleri arttırmak mümkündür. Doktrinde, emredici hükümler ve yasaklayıcı hükümler olarak ayırım yapılmış; tarafların hukuken yapılabilirliğini sınırlayan dar anlamda emredici kurallarla, yapılmaması gereken davranışları düzenleyen yasaklayıcı hükümlerin birbirinden ayrılması gerektiği be-

⁹ **Süzek**, s. 30-31, 319; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 13; **Çelik**, s. 20, 352; **Akyiğit**, Şerh, s. 454; **Erdem Özdemir**, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 96 vd..

¹⁰ **Süzek**, s. 747-748; **Çelik**, s. 65, 352; **Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen Kaplan**, İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012, s. 220; **Müjdat Şakar**, İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 195; **Müjdat Şakar**, “İş Kanununa Göre Kıdem Tazminatı ve Sorunları”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, Özel Sayı 5, s. 4; **Özdemir**, s. 102, 117; **M. Anıl Arslanoğlu**, “İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, C. 3, S. 10, s. 544; 14. maddenin tüm hükümlerini nispi emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul etmek doğru olmaz (**Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 980); Kıdem tazminatının kamu düzeni ile ilgili mutlak emredici nitelikteki hükümleri hariç (örneğin kıdem tazminatına üst sınır getiren fıkra), diğer hükümlerinde sözleşmelerle işçi lehine düzenlemeler yapılabilecektir (**Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan**, s. 220); doktrindeki bir görüşe göre, kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmün de mutlak emredici nitelikte olmadığı kabul edilmelidir (**Özdemir**, s. 118).

¹¹ **Özdemir**, s. 112 vd.

lirtilmiştir¹². Yasaklayıcı hükümlere aykırılığın, emredici kurallara aykırılıktan farklı olarak iş sözleşmesinin (hukuki işlemin) her zaman geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, bir diğer ifadeyle yasaklayıcı hükümlerin bir kısmına idari veya cezai yaptırımlar yanında geçersizlik yaptırımını uygulanırken, bazı hallerde hukuki işlemin geçerliliğini koruduğu sadece kamusal yaptırımların uygulandığı belirtilmiştir. Ancak yasaklayıcı hükme aykırı bir sözleşmenin yapılması, kamu yararını ihlal edecek nitelikte ise idari yaptırımın yanında geçersizlik yaptırımının da uygulanacağı ifade edilmiştir¹³. Bu görüş yukarıdaki örnekleri yasaklayıcı hükümler olarak kabul etmiş, bu hükümlere aykırılığın kamu yararını ihlal ettiği takdirde sözleşmenin geçersizliğine karar vermek gerektiğini belirtmiştir. Yukarıdaki örneklerin emredici hüküm olarak mı yoksa yasaklayıcı hüküm olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılabilir niteliktedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁴ m. 36/f.1 gereğince, *“Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır.”* Bu hüküm ile normatif hükümlere aykırı iş sözleşmesi hükümlerinin, iş sözleşmesinin tümünün kesin geçersizliği sonucunu doğurması önlenmek istenmiş ve iş sözleşmesindeki toplu sözleşmesine aykırı hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesi hükümlerinin alacağı belirtilmiştir¹⁵. TBK. m. 27/f.2 gereğince, *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* Böylece, doktrinde STİSK. m. 36/f.2 ile getirilen düzenlemenin kısmi butlan esasını kabul ettiği belirtilmiştir¹⁶.

¹² **Süzek**, s. 319.

¹³ **Süzek**, s. 320.

¹⁴ Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG. 28460 sayı ve 07.11.2012 tarih.

¹⁵ Çelik, s. 545; **Akyiğit**, Şerh, s. 455.

¹⁶ Çelik, s. 545; **Aktaş/Arıcı/Senyen Kaplan**, s. 469.

2.1.2.2. Ahlaka Aykırılık

Ahlaka aykırılık tarafların iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü sınırlayan diğer bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlaka aykırılık, sadece sözleşme taraflarından birinin veya ait olduğu kesimin ahlak anlayışı değil, toplumun geneline ait ahlak anlayışı olarak ele alınmaktadır¹⁷. Bir sözleşme, aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularını inciten taahhütler içeriyorsa, ahlaka aykırıdır¹⁸.

TBK. m. 26 gereğince, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde belirleyebileceklerdir. Bu sınır TBK. m. 27’de belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince, ahlaka aykırı olan sözleşmeler kesin geçersiz olacaktır, iş sözleşmesinin konusu ve amacı ahlaka aykırı ise bu iş sözleşmeleri geçersizdir. Ahlaka aykırılık konusunda dikkat edilmesi gereken nokta, ahlakın ancak hukukun boş bıraktığı ve herhangi bir düzenleme öngörülmemiş alanlarda rol oynayabileceğidir. Yani bir hukuk kuralı bir konuyu düzenlemişse, o şey ahlak duygularımızı ne kadar rahatsız ederse etsin, yapılan sözleşme geçersiz olmaz. Örneğin, devlet genelev açılmasına ve orada kadın çalıştırılmasına imkan tanıdığından, bir kadınla genelevde çalıştırılmak üzere iş sözleşmesi yapılması halinde, yapılan bu sözleşme geçerli olur. Ancak resmi genelevde kadın çalıştırmak yerine fuhuş yaptırmak ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olur¹⁹. Bu nedenle iş sözleşmesinin konusu fuhuş, kaçakçılık veya kalpazanlıkgibi ahlaka aykırı haller ise bu haller kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğinden yapılan iş sözleşmesi geçersizdir²⁰.

Yargıtay’ın bir kararına göre²¹, “... A’nin R’ye iki parça tarla vermesi ve

¹⁷ Akyiğit, Şerh, s. 455.

¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398.

¹⁹ Akyiğit, Şerh, s. 455.

²⁰ Mollamahmut oğlu/Astarlı, s. 504; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 88; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 91-92; Süzek, s. 328; Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Madde 237-649, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 1963; Akyiğit, Şerh, s. 454; Ercan Akyiğit, “Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1991, C. 5, S. 5, s. 15.

²¹ Yarg. 4. HD. 27.12.1966 T., 1966/10257 E., 1966/11091 K. (www.kararevi.com, erişim tarihi: 16.07.2014).

bunun karşılığında R. 'nin de A'nin oğlu ile birarada karı koca gibi yaşamasından ibarettir. Böylece asıl var olan sözleşmenin konusu (mevzuu) ahlaka aykırı bulunmaktadır”.

2.1.2.3. Kamu Düzenine Aykırılık

İş K. m. 71 gereğince, onbeş yaşını doldurmamış çocukların; m. 72 gereğince, yer altında ve su altında yapılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların; m. 73 gereğince, sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Görüldüğü gibi, İş Kanunu tarafından yaş ve cinsiyet açısından sınırlamalar getirilmiş ve bu kişilerin bazı işlerde çalışması emredici düzenlemeyle yasaklanmıştır. Kamu yararı amacıyla kamu düzenine ilişkin olan kadın ve çocuk işçiler için getirilmiş olan koruma amaçlı hükümler aynı zamanda işverenin işçiyi gözetme borcunun da içinde yer almaktadır²². Doktrinde belirtildiği gibi, bu hükümler söz konusu işçilerin hayatları ve sağlıkları gibi en temel yaşam haklarını ilgilendirdiğinden²³ TMK. m. 23/f.2 gereğince, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” Yani taraflar bu hükümlerin uygulanmasından kendi rızaları olsa bile vazgeçemeyeceklerdir²⁴. Kamu düzenine ilişkin olan hükümlere aykırı olarak yapılan iş sözleşmeleri TBK. m. 26 ve m. 27 gereğince geçersiz olacaktır. Ayrıca yine yukarıda belirttiğimiz gibi ahlaka aykırı haller kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğinden bu hallerden birini konu edinen iş sözleşmelerinin yaptırımını da geçersizliklerdir.

2.1.2.4. Kişilik Haklarına Aykırılık

Sözleşme özgürlüğünün diğer sınırı, kişilik haklarıdır. Kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümüne, tüzel kişilerin hak ehliyetlerini kazanmalarından sona ermelerine kadar devam eden süre boyunca sahip oldukları, vaz-

²² İbrahim Aydın, İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)’ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1-2, s. 318; aynı yazı Çimento İşveren Dergisi, Mart 1998, C. 12, S. 2, s. 18-26.

²³ Aydın, Geçersizlik, s. 318.

²⁴ Aydın, Geçersizlik, s. 318.

geçmelerinin mümkün olmadığı, devredemedikleri bir hak olup, kişiliği oluşturan bütün değerleri içerir²⁵. Kişilik haklarının konuları, hak ve fiil ehliyeti ile bireysel özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlük olmak üzere üç grupta toplanmaktadır²⁶. Kişiliğin korunması ile ilgili TMK. m. 23 “*Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı*”, m. 24 “*Saldırıya karşı*”, m. 25 “*davalar*” kenar başlığıyla düzenlemeler içermektedir. TMK. m. 23 ile, hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlüğün hukuki işlemlerden zarar görmesi önlenmek istenmiştir²⁷.

Taraflar kişilik haklarına aykırı olan, birbirlerinin kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler yapamazlar. TBK. m. 27’de kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı belirtilmiştir. Ayrıca hükümde, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtildiğinden, bu durumda kişilik haklarına aykırı olan sözleşme hükümleri geçersiz olacak ve kısmi butlan söz konusu olacaktır.

Yargıtay’ın bir kararına göre²⁸, “*Kollektif şirketlerde ortakların şirketten ayrılmasıyla ilgili bölümde ölüm halini düzenleyen TTK. ’nun 195. maddesinin ilk fıkrasında, ana sözleşmede ölen ortağın mirasçılarıyla şirketin devam edeceğine dair bir hüküm bulunmadığı ve mirasçıların da şirkette kalmak istemedikleri takdirde, diğer ortaklarca ne gibi işlem yapılacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Ölen ortağın mirasçılarıyla şirketin devam edeceğine ilişkin ana sözleşmede açıklık bulunmasıyla ilgili aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kollektif şirket ana sözleşmesinde yer alan böyle bir hükmün yani şirketi mirasçılarıyla devam ettirmeye ilişkin yükümlülüğün ölen ortağın mirasçıları değil, ana sözleşmeye bu konuda imzasını koymuş sağ kalan ortakları bağlaması gerektiğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır. Zira murisin sağlığında yaptığı bir şirket mukavelesiy-*

²⁵ **Başak Görgeç**, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 429.

²⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 388 vd.

²⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 390.

²⁸ Yarg. 11. HD. 11.02.1985 T., 1985/525 E., 1985/2340 K. (www.kararevi.com, erişim tarihi: 16.07.2014).

le, mirasçılarının kendi iradeleri dışında bir şirkete ortak olmaya, tacir olmaya zorlamasının mümkün olduğunun kabulü, Medeni Kanunda yer almış bulunan şahsiyet haklarına aykırı düşer”.

Kişilik haklarına ilişkin diğer düzenleme, TBK. m. 417’dir. Bu hüküm, “İşçinin kişiliğinin korunması” kenar başlığıyla düzenlenen özel bir hükümdür. Bu maddeye göre, “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür” (m. 417/f.1). “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür” (m. 417/f.2). “İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir” (m. 417/f.3). Görüldüğü üzere, bu hüküm ile işçinin kişiliğinin korunması için işverene düşen yükümlülükler belirtildikten sonra, işverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranışı veya ihlali halinin yaptırımının da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk olarak olduğu belirtilmiştir.

İş mevzuatında da işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. İşçinin kişiliğinin korunması, yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunmasıdır²⁹.

2.1.2.5. İmkansızlık

Sözleşmenin konusunun imkansız olması, sözleşmenin içeriğinin yani içerdiği edim veya edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmasıdır. Edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması, sözleşmenin

²⁹ Süzek, s. 322.

yapıldığı anda yerine getirilmesinin mümkün olmaması demektir³⁰. Örneğin kiralanmış bir ev, kira sözleşmesi yapılmadan önce yanmış ise, borçlunun kira sözleşmesinin içeriğini oluşturan edimlerinin ifası, başlangıçtaki imkansızlıktır. Başlangıçtaki imkansızlık, sonraki imkansızlıktan farklıdır. Sonraki imkansızlık, bir ifa imkansızlığıdır ve sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkmaktadır³¹. Edimin objektif yani mutlak anlamda imkansız olması, edimin sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmasıdır. Örneğin, daha önce yanmış bir evin satışının taahhüt edilmesi, başlangıçtaki objektif imkansızlıktır³².

İmkansızlık bir geçersizlik sebebidir. Yukarıdaki açıklamalar neticesinde, iş sözleşmesinin konusunun sözleşmenin yapıldığı sırada imkansız olması halinde iş sözleşmesi geçersiz olacaktır. İş sözleşmesinin imkansızlık sebebiyle geçersiz olması için imkansızlığın başlangıçta yani sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut ve herkes için (objektif imkansızlık) söz konusu olması gerekir. İş hukukunda imkansızlık kusur olmaksızın ortaya çıkmışsa ve geçici ise iş sözleşmesi askıya alınır³³.

2.1.2.6. Muvazaa

Muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı konusunda anlaşmalarıdır³⁴.

Muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak muvazaa, üçüncü kişileri aldatmak için görünürde bir hukuki işlem yapan tarafların gerçek iradelerine uyan gizli bir işlem mevcut olmamasıdır. Örneğin, bir kişinin icra takibinden kurtulmak için mallarını muvazaalı olarak bir başka kişiye devretmesi, fakat bu devrin hukuki bir sonucu olmayacağı konusunda tarafların anlaşması halinde ya da tarafların gerçekte iş sözleşmesi

³⁰ Eren, s. 327; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 404; Oğuzman/Öz, s. 90; von Tuhr, s. 252.

³¹ Eren, s. 329.

³² Eren, s. 329; Oğuzman/Öz, s. 89, 91; von Tuhr, s. 253.

³³ Süzek, s. 323.

³⁴ Reisoğlu, s. 104-105; Eren, s. 349-350; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 407-408.

yapmadıkları halde sırf üçüncü kişileri aldatmak için aralarında iş sözleşmesi yapılmış gibi göstermeleri halinde mutlak muvazaa söz konusu olur³⁵. Nisbi muvazaa, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde muvazaalı bir işlem yapan tarafların, bu işlem ile gerçek iradelerine uyan başka bir işlemi gizlemek istemeleridir³⁶. Örneğin satış sözleşmesinin arkasında bağlı vadinin yer alması halinde ya da dışarıya ücretsiz bir yardım çalışması gibi gösterilmesine rağmen gerçekte bir iş sözleşmesinin yapılması halinde nisbi muvazaadan söz edilir³⁷. Konuyla ilgili olarak, Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere³⁸, “... Muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa). Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nisbi muvazaa). Yanlar, ister salt bir görünüş yaratmak için, ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla, sözleşme yapsınlar görünüşteki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, tabandaki sözleşme de tapulu taşınmazlarda şekil koşullarını taşımadığından geçersizdir”.

İş hukukunda muvazaa özellikle iş sözleşmesinin taraflarında karşımıza çıkmaktadır. İş hukukunda ucuz işçi çalıştırmak ya da toplu iş sözleşmesinin yükümlülüklerinden kurtulmak için ya da sendikanın yetkisini kırmak amacıyla işverenler arasında kurulan alt işveren ilişkisinde nisbi muvazaa söz konusudur³⁹. Bir başka ifadeyle, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan muvazaalı işlemlerde, asıl işveren işçileri aslında kendisi işe aldığı halde, işveren toplu iş sözleşmesinin yükümlülüklerinden kurtulmak ya da sendikanın işyerinde yetki almasını engellenmek için, işin bir bölümünü görünüşte bir başkasına

³⁵ **Reisoğlu**, s. 105; **Akyiğit**, Şerh, s. 456; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 49.

³⁶ **Reisoğlu**, s. 105, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 410; **Aydınlı**, Muvazaa, s. 50-51.

³⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 410; **Akyiğit**, Şerh, s. 456.

³⁸ Yarg. 1. HD. 12.06.2003 T., 2003/6131 E., 2003/7109 K. (www.kararevi.com, erişim tarihi: 16.07.2014).

³⁹ **Aydınlı**, Muvazaa, s. 54; **Akyiğit**, Şerh, s. 456-457.

devretmekte ve işçiler alt işverenin işçileri gibi gösterilmeye çalışılmaktadır⁴⁰.

Muvazaalı işlemin yaptırımı geçersizliktir. Bu nedenle hem mutlak muvazaa hem de nisbi muvazaada görünürdeki işlem geçersizdir⁴¹.

2.1.2.7. Ehliyetsizlik

Ehliyetsizlik, bir geçersizlik sebebidir. İş sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan iş sözleşmesinin yapılması için genel ehliyet kuralları geçerlidir. Buna göre, sözleşmede taraf olabilmek için hak ehliyetine yani gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak şarttır. Ayrıca tarafların fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekir⁴². Fiil ehliyetinin koşulları TMK. m. 10 ile m. 13 arasında düzenlenmiştir. Fiil ehliyeti için tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları, ergin olmaları ve kısıtlı olmamaları gerekir. TMK. m. 14 gereğince, *“Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.”* Eğer taraflardan biri veya her ikisi fiil ehliyetine sahip değil ise ve buna rağmen iş sözleşmesi yapmışlarsa, yaptıkları iş sözleşmesi geçersiz (hükümsüz/batıl) olur⁴³. TMK. m. 15’te belirtildiği üzere, *“Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.”* Yani bu kişilerin yaptıkları hukuki işlemler ve sözleşmeler hukuki sonuç doğurmamaktadır. Bu kişileri temsilen yasal temsilcileri iş sözleşmesi yapabilir (TMK. m. 343, m. 448, m. 462). TMK. m. 16/f.1 gereğince, *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler...”* Yani bu kişiler yasal temsilcilerinin rızası varsa iş sözleşmesi yapabilirler ve yaptıkları bu iş sözleşmesi geçerli olur (TMK. m. 16/f.1, m. 343, m. 451).

2.1.2.8. Şekle Aykırılık

Bir sözleşme kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmalıdır (TBK. m.

⁴⁰ Nisbi muvazaanın türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydınlı**, Muvazaa, s. 53 vd.; **Akyiğit**, Şerh, s. 456-457.

⁴¹ Muvazaanın hüküm ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydınlı**, Muvazaa, s. 63 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 411 vd.; **Reisoğlu**, s. 106 vd.

⁴² **Eren**, s. 228; ayrıca bkz. **Akyiğit**, Hükümsüzlük, s. 11-12; **Akyiğit**, Şerh, s. 438; **Süzek**, s. 297; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 431; **Çelik**, s. 124.

⁴³ **Eren**, s. 229; **Çelik**, s. 124; **Şakar**, İş Hukuku, s. 55.

13). TBK. m. 12'ye göre, “Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. TBK. m. 12'de geçersizliğin türü bakımından bir düzenleme yapılmamıştır; ancak sözleşmelerin kanunda öngörülen şekle aykırı olması halinde kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Ancak iş hukukunda durum farklıdır ve kanundaki şekil şartına uymayan iş sözleşmeleri, ileriye dönük geçersiz sayılır⁴⁵.

2.2. İptal Edilebilirlik

2.2.1. İptal Edilebilirlik Kavramı

İptal edilebilirlik, kendi içinde geçersizlik sebebinin barındıran, ancak kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmamış olan hukuki işlemlerin bu konuda yetkili olan kişilerin tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran irade açıklaması ile yapıldığı andan itibaren geçersiz kılınmasıdır⁴⁶. Burada kurucu unsurlar yani tarafların irade beyanları vardır. Ancak bütün hukuki işlemler için aranan geçerlilik koşullarından biri olan, hukuki işlemi kuran irade beyanının sıhhatli olması koşulu yani irade beyanının yanılma, aldatma ve korkutma ile sakatlanmamış olması koşulu olmadığı için hukuki işlem sakat doğmuştur. Butlandan farklı olarak iptal edilebilir bir hukuki işlem, geçerlilik şartının eksikliğine rağmen başlangıçtan itibaren hüküm doğurur. Yani iptal hakkı kullanılıncaya kadar sözleşme ilişkisi geçerlidir⁴⁷. Bu hallerde sözleşmeye devam edip etmeme

⁴⁴ **Tufan Ögüz**, “Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 104; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 100 vd.; **Reisoğlu**, s. 81; **Ahmet Cemal Ruhi**, Sözleşmeler Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 27; **Oğuzman/Öz**, s.157, 180-181; **Antalya**, s. 103, 325, 350; **von Tuhr**, s. 232; **Kılıçoğlu**, s. 85, 137; **Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutcu/Murat Aydoğdu/Emre Cumaloğlu**, Borçlar Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 154; bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. **Eren**, s. 289 vd.

⁴⁵ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 473.

⁴⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 586.

⁴⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 452; **Eren**, s. 412; **Özkaya**, s. 449-450; **Ruhi**, s. 31; **Oğuzman/Öz**, s. 115; **von Tuhr**, s. 226-227.

tarafların iradesine bırakılmıştır⁴⁸. Eğer sakat işlemi istemiyorsak hükümsüz hale getirmek mümkündür. Bu durumda bozulabilir geçerlilik söz konusudur. İptal hakkının kullanılması ile birlikte yani sözleşme iptali edildiğinde, sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelecek ve geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁴⁹. Ancak, iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyi bir yıl içinde iptal etmezse, sözleşmeye onama vermiş sayılacak ve sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir⁵⁰. Ya da iradesi sakatlanan taraf, bu sakatlığa rağmen sözleşme ile bağlı kalmak istiyorsa, bu isteğini karşı tarafa açıkça beyan eder ve sözleşmenin geçerliliğine onam verebilir. Bu takdirde sözleşme yapıldığı andan itibaren her iki taraf için de bağlayıcı olur⁵¹. Yani kurucu unsurlar tamam olmasına rağmen, geçerlilik koşullarından birisi olmadığı için sakat doğmuş olan hukuki işlemde sakatlığı giderip işlemi yaşatmak mümkündür. Bu durumda düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur⁵². Bu durum, *“İrade bozukluğunun giderilmesi”* başlıklı TBK. m. 39/f.1’de de belirtilmiştir: *“Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır”*. İptal hakkı, herkes tarafından değil, sadece hukuki işlemin lehine böyle bir hak tanınmış olan tarafça yani ilgilisi tarafından ileri sürülebilir⁵³.

Sözleşmenin iptaline karar verilmesi halinde, borçlar hukuku kurallarına

⁴⁸ **Ali Güzel**, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987, s. 334; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 461; Çelik, s. 137; **Akyiğit**, Şerh, s. 454; İpek Kocagil, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, s. 46; **Nihat Yavuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 52.

⁴⁹ **Eraslan Özkaya**, Hata-Hile-İkrah Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 449-450, 457-458; **Eren**, s. 343-344, 414; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 586; **Oğuzman/Öz**, s. 120, 122, 184; **von Tuhr**, s. 227.

⁵⁰ **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 41; **Reisoğlu**, s. 131-132; **Eren**, s. 415; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 587; **Ruhi**, s. 31; **Oğuzman/Öz**, s.115, 183; **Antalya**, s. 74, 241; **von Tuhr**, s. 227, 302, 305.

⁵¹ **Eren**, s. 415-416; **Ruhi**, s. 32; **von Tuhr**, s. 303.

⁵² Düzelebilir hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya**, s. 108 vd.; ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 183.

⁵³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 587; **Özkaya**, s. 451;

göre sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacak yani ortadan kalkmış olacaktır⁵⁴; ancak iş sözleşmesinin geçersizliğinde olduğu gibi iptali de ileriye etkili olacaktır⁵⁵. Çünkü iş sözleşmesinin iptali halinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması işçi aleyhine bir sonuç yaratacaktır.

2.2.2. İptal Edilebilirlik Sebepleri

İş sözleşmesinin yapılması sırasında iradeyi sakatlayan hallerden (yanılma, aldatma, korkutma) birinin bulunması halinde, iptal davası ile sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. Aşırı yararlanma, iş hukuku mevzuatının nispi emredici nitelikteki düzenlemeleri nedeniyle iş sözleşmesi bakımından üzerinde fazla durulmayan bir irade sakatlığı halidir⁵⁶. Aşırı yararlanma halinde, sömürülen taraf belli bir sürede iş sözleşmesini iptal ederek kesin geçersiz kılabilir. Ancak sözleşme iptal edilmediği takdirde sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğu kabul edilir⁵⁷.

2.2.2.1. Yanılma

Yanılma, tarafların karşılıklı beyanları birbirine uyduğu halde, beyanlarıyla iç iradeleri arasında istenilmeyerek meydana gelmiş bir uygunsuzluk halidir⁵⁸. Yanılma, TBK. m. 30'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.*” Yani bu halde sözleşme iptal edilebilir (feshedilebilir). Bu maddede belirtildiği üzere, yanıl-

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 376; Reisoğlu, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, s. 586; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 502-503; Süzek, s. 323; Tunçomağ/Centel, s. 90; Güzel, s. 334; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 394; Başak Güneş/Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/3, S. 30, s. 237.

⁵⁵ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 502; Süzek, s. 323-324, 330; Çelik, s. 136; Tunçomağ/Centel, s. 91; Güzel, s. 333-334; Münir Ekonomi/Öner Eyrenci, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2001, s. 1215; Gümüş, s. 394; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 854; Güneş/Mutlay, s. 237; Kocagil, s. 51.

⁵⁶ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 461.

⁵⁷ Akyiğit, Şerh, s. 454.

⁵⁸ Reisoğlu, s. 118.

ma sebebiyle bir sözleşmenin iptal edilebilmesi için yanılmanın esaslı olması gerekir. Yanılmanın esaslı sayılmayacağı hallerde, irade ile beyan arasında istenmeyerek meydana gelmiş bir fark olsa da, beyanda bulunan sözleşme ile bağlı olacaktır⁵⁹. Yanılmanın esaslı sayılacağı haller, TBK. m. 31’de belirtilmiştir. Örneğin işçinin kişiliği veya mesleki niteliği üzerindeki yanılma ya da sözleşmenin konusunda işçinin sebebiyet verdiği bir yanılma, esaslı yanılma değildir. İşçinin kimliğinde düşülen yanılma, eğer sözleşmenin yapılmasında kimliği etkili olmuşsa esaslı yanılma kabul edilebilir⁶⁰.

2.2.2.2. Aldatma

Aldatma, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda bile bile yanlış bir kanaat uyandırılması veya mevcut yanlış kanaatin devam ettirilmesidir. Aldatma, iradenin oluşması sırasındaki bir sakatlıktır. Taraflardan birinin, karşı taraf veya üçüncü bir kişinin davranışı sonucunda saikte yanılma halidir. Örneğin, A’nın B’ye gerçek gümüş çerçeve diyerek gümüş kaplama çerçeve satması halinde aldatma söz konusudur⁶¹. TBK. m. 36 gereğince, “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*” Saikte yanılma, TBK. m. 32 anlamında “*esaslı yanılma*” niteliğinde olmasa dahi, karşı tarafın aldatmasıyla sözleşme yapan kimse, sözleşme ile bağlı değildir, sözleşmeyi feshedebilir⁶².

İş sözleşmesinin yapılması sırasında taraflardan birinin karşı tarafı sözleşmenin esaslı noktalarında aldatması İşK. m. 24/II/a ve İş K. m. 25/II/a gereğince haklı fesih sebebidir. “*İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı*” kenar başlıklı İş K. m. 24’e göre, “İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi

⁵⁹ **Reisoğlu**, s. 119.

⁶⁰ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 462.

⁶¹ **Reisoğlu**, s. 124; **Nomer**, s. 44; **Eren**, s. 397; **Özkaya**, s. 186-187; **Ruhi**, s. 30; ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 428 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.111; **Antalya**, s. 236; **Kılıçoğlu**, s. 197. Bir kimseyi belli bir sözleşmeyi yapmaya iten sebeplere saik denir (**Nomer**, s. 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 428-429; **Antalya**, s. 224.

⁶² **Reisoğlu**, s. 125.

yanılırsa” işçi iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir (m. 24/II/a). “İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” kenar başlıklı İş K. m. 25’e göre, “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” halinde işveren iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir (m. 25/II/a).

İş hukukunda aldatma özellikle işçi açısından söz konusu olmaktadır. İşçinin, işveren tarafından hukuka uygun olarak yöneltilen soruları gerçeğe aykırı şekilde cevaplaması; cevaplarırken gerçeği saklaması aldatmayı oluşturur. Ancak işveren tarafından hukuken uygun olmayan sorulara gerçek dışı cevaplar vermesi aldatma kabul edilemez⁶³. İşçinin kimlik bilgilerini saklaması, on sekiz yaşını doldurmadığı halde doldurduğunu söyleyerek sahte nüfus cüzdanı getirmesi halinde aldatma söz konusu olur⁶⁴.

TBK. m. 39/f.2 gereğince, “Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.” Bu hüküm nedeniyle, aldatma maruz kalan taraf iş sözleşmesinin iptal etmemiş olsa da tazminat hakkı saklı kalacaktır.

2.2.2.3. Korkutma

Korkutma, bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işleme, zarara uğrayacağı tehdidi ile razı olmasını sağlamaktır. Örneğin, bir kimseye razı olmadığı takdirde öldürüleceği veya evinin ateşe verileceği tehdidi ile sözleşme yaptırılması halinde korkutma söz konusudur⁶⁵. TBK. m. 37 gereğince, “Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.” Korkutmanın koşulları yani korkutmanın hangi hallerde dikkate alınacağı TBK. m. 38’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendi-

⁶³ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 464.

⁶⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 465.

⁶⁵ Reisoğlu, s. 127.

sinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.”

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TBK. m. 39/f.2 gereğince, “*Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.*” Bu hüküm nedeniyle, korkutmaya maruz kalan taraf iş sözleşmesinin iptal etmemiş olsa da tazminat hakkı saklı kalacaktır.

2.3. Eksiklik

Eksik sözleşmelerde kurucu unsurlar ve geçerlilik koşulları tamam olsa bile, hüküm doğurmada kanunun aradığı bazı unsurlar eksik olduğu için, sözleşme kurulmuş olmakta; ancak hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemektedir. Başlangıçta eksik olan bu unsurların daha sonra tamamlanmasıyla sözleşme, hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirmektedir⁶⁶. TMK. m. 451/f.1’e göre, “*Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir.*” Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yaptıkları sözleşmelerin geçerli olması için, kanuni temsilcilerinin rızası gerekir (TMK. m. 16/f.1 ve m. 451/f.1). Kanuni temsilcinin izin veya onayı olmaksızın bu gibi kişiler tarafından yapılan sözleşmeler, onları bağlamaz. Ancak, kanuni temsilci sonradan bu sözleşmeye onay verebilir. Onay, sözleşmeyi başından itibaren geçerli kılar (TMK. m. 451/f.1). Fiil ehliyeti olmayan kişi ile yapılan sözleşme, karşı taraf iyiniyetli olsa bile, geçerli olmaz⁶⁷. Bu nedenle onay verilinceye kadar eksik bir işlem söz konusu olacak; ancak daha sonra onay verildiği takdirde sözleşme tamamlanacak ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Eksik unsur ekleninceye kadar sözleşme askıda geçersiz olarak kalacaktır⁶⁸.

⁶⁶ Geçersizlik türü olarak eksiklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 333; **Nomer**, s. 26 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 184-185; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 381; **Antalya**, s. 75, 112 vd.; **von Tuhr**, s. 140-141, 220-221.

⁶⁷ **Eren**, s. 229.

⁶⁸ **Eren**, s. 333; **Oğuzman/Öz**, s. 184; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 381-382; **Antal-**

3. İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Hukuki Sonuçları

TBK. m. 394/f.3, geçersiz bir iş sözleşmesinin sonucunu düzenlemiştir. Bu maddeye göre, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. TBK. m. 394/f.3, yeni bir düzenleme olduğundan ve İş Kanununda geçersiz bir iş sözleşmesinin hukuki sonucunu düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, bugüne kadar uygulamada bu konu ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar doktrin görüşü ve yargı kararları çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Türk Borçlar Kanunundaki bu yeni düzenleme, İş Kanununda bu konu ile ilgili mevcut bir hükmün bulunmaması sebebiyle, İş Kanununa tabi olan işçilere de uygulanacaktır⁶⁹.

TBK. m. 394/f.3 hükmünün gerekçesine göre; “Öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, ... İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür.

Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyi-niyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır”.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320'nci

ya, s. 112.

⁶⁹ Çelik, s. 135-136; **Arzu Arslan Ertürk**, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 537; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 853; **Nurşen Caniklioğlu**, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, 15 Kasım 2013 İstanbul, s. 83.

*maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle iş görme” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir*⁷⁰. Konuyla ilgili olarak Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararına göre, yaş küçüklüğü veya kadın olma gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak olan işçinin yasağa rağmen çalıştırılması halinde yine işçi sayılacağı kabul edilmiştir. Yargıtay, böyle bir durumda sözleşmenin geçersiz sayılması kuralının uygulanmasının, Kanunun güçsüz olan işçinin korunması amacına aykırı olacağını ve geçersiz olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağını belirtmiştir⁷¹. Dolayısıyla Yargıtay, bu gibi hallerde iş sözleşmesinin geçersizliğine rağmen işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sonucu olarak o ana kadar doğan hakların göz önünde tutulması gerektiğini yani işçinin kıdemine bağlı olarak doğan tüm haklarını talep edebileceğini ve hükümsüzlüğün geçmişe değil geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuracağını kabul etmiştir⁷².

Doktrinde, TBK. m. 394/f.3 hükmünün gerekçesi dikkate alındığında, işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde iyiniyetli sayılmayacağından ve bu nedenle “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” koşulu gerçekleşmiş olmayacağından, iş sözleşmesinin geçersizliği halinde bu geçersizliğin geleceğe yönelik sonuç doğuracağı kuralının madde gerekçesine göre uygulanmayacağı yani böyle bir durumun varlığı halinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılacağı⁷³, böylece işçinin geçersizlik itirazına kadar geçen süre için herhangi bir talepte bulunamayacağı⁷⁴, bu durumun sonucu olarak “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” koşulunun Yargıtay uygulamasının

⁷⁰ **Mutlu Dinç**, Türk Borçlar Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 345.

⁷¹ Yarg. İBK 18.06.1958 T., 1958/20 E. ve 1958/9 K. (**Arslan Ertürk**, s. 538. **Süzek**, s. 325; **Güzel**, s. 333; **Yavuz**, s. 575-576; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 851-852; **Uygur**, s. 1963; Şakar, İş Hukuku, s. 55; **Akyiğit**, Hükümsüzlük, s. 16; **Caniklioğlu**, s. 84).

⁷² Çelik, s. 136; **Süzek**, s. 325; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 852; **Akyiğit**, Hükümsüzlük, s. 16.

⁷³ **Süzek**, s. 324; **Arslan Ertürk**, s. 538-539; **Güneş/Mutlay**, s. 236-237; ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s. 20; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 852-853.

⁷⁴ **M. Polat Soyer**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 152.

devam etmesine engel olacağı ve işçinin korunması ilkesine uygun düşmeyeceği bu nedenle, “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” koşulunun madde metninden çıkartılmasının isabetli olacağı⁷⁵ belirtilmiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 320’de, geçersiz iş sözleşmesinin ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurması halinin işçinin iyiniyetli olması yani geçersizliği bilmemesi yada bilebilecek durumda olmaması koşuluna bağlanmamasının yerinde olduğu ifade edilmiştir⁷⁶. Kaynak İBK. m. 320/f.3’te hükmün uygulanması bakımından açıkça “işçinin işi iyiniyetle ifası” koşulu öngörülmüştür, TBK. m. 394/f.3’te ise bu ifadeye yer verilmemiştir, ancak İBK. m. 320/f.3’te öngörülen iyiniyet, yalnızca işin görülmesindeki iyiniyettir; yoksa geçerli iş ilişkisinin mevcudiyeti için aranan iyiniyet değildir⁷⁷. Bu konuda iyiniyet şartının aranması halinde, işçinin herhangi bir talepte bulunmaması, madde metninde yer alan “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulunun yerine gelmemesi ve emeğin korunması prensibinin söz konusu olmaması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir⁷⁸. Hükmün gerekçesinde, emeğin korunması ilkesinin gözetildiği ve madde metninde iyiniyetle iş görme koşuluna yer verilmediği belirtilmiş, bunun öncesinde ise işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde iyiniyetli sayılmayacağı, bu durumda ise “geçersizliği sonradan ortaya çıkan” bir hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden işçinin bu hükümden yararlanamayacağı ifade edilmiş, bu durumun da dolaylı olarak işçinin iyiniyetinin aranması koşulunu getirdiği ve gerekçe metninde yer alan bu iki paragrafın birbiri ile çeliştiği belirtilmiştir⁷⁹.

Kanaatimizce, gerçekten de TBK. m. 394 hükmünün gerekçesinde birbiri ile çelişkili ifadelerin kullanıldığı açık bir şekilde görülmektedir. Ancak işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde, her ne kadar iyiniyetli olduğundan söz edilemeyecekse de madde metninde belirtildiği gibi iş sözleş-

⁷⁵ Arslan Ertürk, s. 538-539.

⁷⁶ Arslan Ertürk, s. 538; Soyer, s. 152; Yavuz/Acar/Özen, s. 853; Akyiğit, Hükümsüzlük, s. 16-17.

⁷⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 505.

⁷⁸ Arslan Ertürk, s. 539; Gümüş, s. 395.

⁷⁹ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 505-506, dp. 726; Arslan Ertürk, s. 539; Soyer, s. 152.

mesinin geçersiz olduğu ileri sürülünceye kadar sözleşme, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecek ve geçersizlik geçmişe değil geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracaktır. Çünkü bu durumun aksinin düşünülmesi işçinin o ana kadar doğan haklarını alamaması anlamına gelmektedir. Bu nedenle madde gerekçesinde belirtildiği gibi, işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde iyiniyetli kabul edilmeyeceği ve geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinden söz edilemeyeceği için bu hükümden yararlanamayacağını belirtilmesi yerinde değildir. Ayrıca gerekçede, işçinin iyiniyetli olmaması halinde bu hükümden yararlanamayacağını belirtilmesi ile iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı ifade edilmek istenmiş ise de bu durum İş Kanunundaki işçinin korunması ilkesine aykırı düşecek ve işçinin iş sözleşmesini geçmişe etkili olarak geçersiz saymak hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bununla birlikte, işçi iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilse bile, bunu ileri sürmesi halinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ihtimali ile karşı karşıya kalacağından vebu durum kendi aleyhine sonuç doğuracağından, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu hiçbir zaman ileri sürmeyecek ve işvereni tarafından geçersizlik nedeniyle sözleşmesi sona erdirilmediği sürece çalışmaya devam edecektir. Ayrıca işverenin, işçi tarafından başlangıçtan itibaren iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun bilindiğini ispat etmesi de oldukça zordur. Bu nedenle bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da Yargıtay uygulamasının devam edeceği ve “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” koşulunun madde metninde yer almasının ya da madde metninden çıkartılmasının çok önemli olmadığı kanaatindeyiz.

Doktrinadaki görüşe göre de, TBK. m. 394 hükmünün çelişkili gerekçesi dikkate alınmamalı ve hüküm, kaynak İBK. m. 320’de olduğu gibi yorumlanmalıdır. Yani işçi, sözleşmenin geçersizliğini bilmekle birlikte iyiniyetle işini ifa ediyorsa, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymiş gibi iş ilişkisinden doğan işçilik alacaklarından yararlanmaya devam edecektir. Örneğin iş sözleşmesini yaparken medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmadığını bilen ancak işini iyiniyetle ifa eden küçüğün durumu böyledir. İşveren tarafından küçüğün yaptığı sözleşmenin geçersiz olduğunun sonradan öğrenilmesi halinde, iş sözleşmesi TBK. m. 394/f.3 hükmü uyarınca, iş iliş-

kisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁸⁰. İşçinin geçersizlik nedenini bilmesine rağmen iş bulma güçlüğü, geçinmek zorunda olması veya başka zorunluluklar nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda kalmış olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁸¹. Bu nedenle TBK. m. 394/f.3 hükmünde yer alan “*geçersizliğin sonradan anlaşılması*” koşulu aranmadan hükmün uygulanması kabul edilmelidir. Güçlük içinde bulunmayan işverenin de geçersizlik itirazı, hukukun korunmamasıdır⁸². İşçinin geçmiş emeğinin ve kıdeminin yani geçmiş haklarının korunması ve işçiyi korumak için getirilmiş kuralların işçi aleyhine sonuç doğurmaması gereği olarak ve emeğin iadesinin mümkün olmaması nedeniyle geçersizliğin geriye yürütülmemesi gerekmektedir⁸³. Bu konuda bir uyarılama yapılmalı ve “*geçersizliğin sonradan anlaşılması*” koşulu aranmaksızın, geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmelidir⁸⁴.

TBK. m. 1 gereğince, *sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun* olarak açıklamalarıyla kurulacağından; iş sözleşmesinin kurucu unsurları olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması halinde sözleşme varlık kazanamayacağından, yokluk söz konusu olacaktır⁸⁵. Yani hukuki işlem yok hükmündedir. Çünkü kurucu unsurları içermeyen bir sözleşme, kurulmamış, meydana gelmemiş bir sözleşmedir⁸⁶. TBK. m. 27 gereğince, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Borçlar hukukunda geçersizlik geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır yani bu işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılmaktadır⁸⁷.

⁸⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 505-506.

⁸¹ Süzek, s. 327; Tunçomağ/Centel, s. 90; Soyer, s. 152.

⁸² Tunçomağ/Centel, s. 90.

⁸³ Süzek, s. 327-328; Yavuz/Acar/Özen, s. 854; Güneş/Mutlay, s. 237; Akyığıt, Hükümsüzlük, s. 17; Caniklioğlu, s. 84.

⁸⁴ Süzek, s. 328; Caniklioğlu, s. 85.

⁸⁵ Süzek, s. 318.

⁸⁶ Eren, s. 331.

⁸⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 376; Reisoğlu, s. 146; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 502-503; Süzek, s. 323; Tunçomağ/Centel, s. 90; Güzel, s. 333; Gümüş, s. 394; Güneş/Mutlay, s. 237.

Eğer taraflar, bu batıl işleme dayalı olarak birbirlerine kısmen veya tamamen ifade bulunmuşlarsa duruma göre istihkak davası (taşınmazlarda kaydın düzeltilmesi davası) ya da sebepsiz zenginleşme⁸⁸ davası açarak verdiklerini geri isteyebilmektedirler⁸⁹. Bir borçlar hukuku sözleşmesi olan iş sözleşmesi de yapıldığı sırada geçerlilik koşullarından birini taşımıyorsa örneğin kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı ise ya da konusu imkansız ise geçersiz olacaktır. Ayrıca taraflardan biri veya her ikisi ayırt etme gücünden yoksunsa, kanunun aradığı şekil şartına uyulmamışsa bu işlemler de geçersizdir⁹⁰. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, iş hukukunda geçersizlik geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, işçinin çalıştığı sürelerle ilişkin haklarını alamaması sonucuna sebep olacağından ve iş görme ediminin iadesi mümkün olmayacağından iş hukukundaki işçinin korunması ilkesine aykırı düşecektir⁹¹. Ancak doktrinde kabul edildiği üzere, iş sözleşmesinin geçersizliği halinde bu geçersizliğin geleceğe yönelik olarak hüküm doğurması; küçük ve kadınların çalıştırılması yasaklarına aykırılık, kanunun aradığı şekle aykırılık gibi kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal etmeyen hallerle sınırlandırılmıştır⁹². Kanuna, ahlaka aykırılığın ağır olduğu yani kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın söz konusu olduğu

⁸⁸ Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmeye “sebepsiz zenginleşme” denilmektedir (Eren, s. 841; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 730 vd.; Yavuz, s. 186). Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir davanın açılabilmesi, iade borcunun doğması için dört unsur gerekmektedir: 1) Bir kimsenin malvarlığında bir zenginleşme olmalıdır. 2) Diğer bir kimsenin malvarlığında azalma yani fakirleşme olmalıdır. 3) Malvarlığındaki zenginleşme ile diğer malvarlığındaki fakirleşme arasında illiyet bağı olmalıdır. 4) Malvarlığındaki zenginleşme haklı bir sebep olmadan meydana gelmelidir (Reisoğlu, s. 273 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 733 vd.; Yavuz, s. 186 vd.). TBK. m. 77 gereğince, “Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur”.

⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 376; Reisoğlu, s. 146; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 502-503; Süzek, s. 325; Güneş/Mutlay, s. 237.

⁹⁰ Eren, s. 332 vd.; Süzek, s. 319; Yavuz, s. 575; Yavuz/Acar/Özen, s. 851; Uygur, s. 1963.

⁹¹ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 502; Süzek, s. 323-324; Çelik, s. 136; Tunçomağ/Centel, s. 91; Güzel, s. 333; Ekonomi/Eyrenci, s. 1215; Gümüş, s. 394; Güneş/Mutlay, s. 237; Yavuz, s. 575; Yavuz/Acar/Özen, s. 854; Kocagil, s. 51; Caniklioğlu, s. 84-85.

⁹² Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 504; Aydınlı, Geçersizlik, s. 321; Uygur, s. 1963.

hallerde geçersizlik geçmişe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır⁹³. Örneğin sözleşmenin konusunun fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık olması halinde geçerli bir iş ilişkisinden söz edilemeyecek ve geçersizlik geçmişe yürüyerek baştan itibaren sonuç doğuracaktır⁹⁴. Kanaatimizce de, işçinin korunması ilkesi gereğince her durumda iş sözleşmesinin geçersizliğinin geleceğe etkili olarak sonuç doğurması gerektiğini savunmak hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Örneğin sözleşmenin konusunun fuhuş olması durumunda sözleşmenin tarafları bu sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunu bilmektedir. Ayrıca fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık gibi ahlaka aykırı haller kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğinden kişinin hiçbir şekilde korunmaması da gerekmektedir. Bu nedenle kamu düzenini, ahlakı ağır bir biçimde ihlal eden iş sözleşmelerinin yapılması halinde bu sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz olması yerindedir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin ifasına henüz başlanmaması durumunda da geçersizlik, Borçlar Hukukunun genel ilkelerine uygun olarak geriye etkili olacak ve iş sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır⁹⁵. Bu halde, yerine getirilen bir edim olmadığının işçinin o ana kadar yapmış olduğu çalışmalarının karşılıksız kalması söz konusu değildir⁹⁶.

İş sözleşmesinin yapılması sırasında iradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığı halinde (aldatma, yanıltma, korkutma), iptal hakkı kullanılınca kadar sözleşme ilişkisi geçerlidir⁹⁷. Eğer iradeyi sakatlayan hallerden biri ile sakat olan bir sözleşme için iptal hakkı kullanılmazsa veya iptal hakkından vazgeçilirse ya da bir yıllık hak düşürücü süre geçerse sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir⁹⁸. Sözleşmenin iptaline karar verilmesi halinde, genel hukuk kuralları gereğince, sözleşme baştan itibaren ortadan kalkmış olacak; ancak

⁹³ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 504; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 88; Tunçomağ/Centel, s. 91-92; Süzek, s. 328; Ekonomi/Eyrenci, s. 1216; Akyiğit, Şerh, s. 459; Uygur, s. 1963.

⁹⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 504; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 88; Tunçomağ/Centel, s. 91-92; Süzek, s. 328; Uygur, s. 1963.

⁹⁵ Akyiğit, Şerh, s. 459; Aydınlı, Geçersizlik, s. 320-321.

⁹⁶ Aydınlı, Geçersizlik, s. 320-321.

⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 452; Eren, s. 409 vd.; Özkaya, s. 449-450; Güzel, s. 334.

⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 452-453; Oğuzman/Öz, s. 126; Eren, s. 412; Özkaya, s. 454.

iş sözleşmesinin geçersizliğinde olduğu gibi iptali halinde de geçmişe etkili olmayacaktır⁹⁹.

SONUÇ

Hukuki işlemde kurucu unsurlar tamam olmakla birlikte, geçerlilik koşullarından biri yoksa hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür yani butlanla sakkattır. Bu halde, kurucu unsurların mevcut olması nedeniyle işlem meydana gelmekte ancak TBK. m. 27’de belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığı nedeniyle iş sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmamakta ve iş sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelmektedir.

Bir iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkansız olmaması gerekir (TBK. m. 27/f.1). Ayrıca sözleşme kanunun aradığı şekilde uygun olarak yapılmalıdır (TBK. m. 13). Kanunun aradığı şekilde uygun olarak yapılmayan sözleşmeler geçerli olmaz (TBK. m. 12/f.2). Taraflardan birinin ya da her ikisinin ayırt etme gücünden yoksun olması yani fiil ehliyetinin bulunmaması, işlemin muvazaalı olması hallerinde de yapılan işlemler geçersizdir. Bu unsurlar bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için şarttır. Bu nedenle iş sözleşmesi yapıldığı sırada geçerlilik koşullarından birini taşııyorsa geçersiz olur.

İş sözleşmesinin yapılması sırasında iradeyi sakatlayan hallerinden birinin

⁹⁹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 502, 507; **Süzek**, s. 323-324, 330; **Çelik**, s. 136; **Tunçomağ/Centel**, s. 91; **Güzel**, s. 333-334; **Ekonomi/Eyrenci**, s. 1215; **Gümüş**, s. 394; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 854; **Güneş/Mutlay**, s. 237; **Kocagil**, s. 51. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin ifasına geçilmemişse geçersizlik Borçlar Hukukunda olduğu gibi geriye etkili olacak ve iş sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır (**Akyiğit**, Şerh, s. 459; **Aydınlu**, Geçersizlik, s. 320-321). Yarg. 1. HD. 24.05.2005 T.,2005/4789 E., 2005/6405 K. "... Bu koşulların varlığı halinde iradesi sakatlanan taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırılabilir.Hemen belirtmek gerekirken iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir.Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilecek tek tarafı sarıh ve zımnı bir irade açıklaması ile fesedilebileceği gibi def’i veya dava yoluyla da kullanılabilir.Sözleşme iptal edilmekle yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacağı için yerine getirilen edim aynı bir istihkak davası (tapulu taşınmazlarda iptal ve tescil davası), bunun mümkün olmadığı hallerde sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir” (www.hukukdairesi.com, erişim tarihi: 16.07.2014).

bulunması halinde, iptal davası ile sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. İş sözleşmesinin yapılması sırasında taraflardan birinin iradesi yanılma, aldatma ya da korkutma nedeniyle sakatlanmışsa, iradesi sakatlanan taraf, TBK. m. 39/f.1 uyarınca, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde iş sözleşmesinin tamamının ya da irade sakatlığı hallerinden birinin etkisiyle yapılan bir kısım sözleşme hükümlerinin iptalini isteyebilir. Eğer, iradeyi sakatlayan hallerden biri ile sakat olan bir sözleşme için iptal hakkı kullanılmazsa veya iptal hakkından vazgeçilirse ya da bir yıllık hak düşürücü süre geçerse sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir. “*İrade bozukluğunun giderilmesi*” başlıklı TBK. m. 39/f.1’de belirtildiği üzere, “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır*”.

Borçlar hukukunda geçersizlik geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmakta; yani bu işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılmaktadır. Ancak iş hukukunda geçersizlik geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, işçinin çalıştığı sürelerle ilişkin haklarını alamaması sonucunu doğurur. Bununla birlikte, kanuna, ahlaka aykırılığın ağır olduğu yani kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın söz konusu olduğu hallerde geçersizlik geçmişe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Örneğin sözleşmenin konusunun fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık olması halinde geçerli bir iş ilişkisinden söz edilemeyecek ve geçersizlik geçmişe yürüyerek baştan itibaren sonuç doğuracaktır. Ayrıca, iş sözleşmesinin ifasına henüz başlanmaması durumunda da geçersizlik, Borçlar Hukukunun genel ilkelerine uygun olarak geriye etkili olacak ve iş sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır.

TBK. m. 394/f.3, geçersiz bir iş sözleşmesinin sonucunu düzenlemiştir. Bu madde gereğince, “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırıluncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*”. İşçinin iş sözleşmesinin geçersiz ol-

duğunu bilmesi halinde, her ne kadar iyiniyetli olduğundan söz edilemeyecekse de madde metninde belirtildiği gibi iş sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülünceye kadar sözleşmenin, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edeceği ve geçersizliğin geçmişe değil geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Çünkü bu durumun aksinin düşünülmesi işçinin o ana kadar doğan haklarını alamaması sonucuna yol açar. Madde gerekçesinde, işçinin iyiniyetli olmaması halinde bu hükümden yararlanamayacağını belirtmesi ile iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı ifade edilmek istenmiş ise de bu durum İş Kanunundaki işçinin korunması ilkesine aykırı düşecek ve işçinin iş sözleşmesini geçmişe etkili olarak geçersiz saymak hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu nedenle bu hüküm, kaynak İBK. m. 320’de olduğu gibi yorumlanmalıdır. Buna göre işçi, sözleşmenin geçersizliğini bilmekle birlikte iyiniyetle işini ifa ediyorsa, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymiş gibi iş ilişkisinden doğan işçilik alacaklarından yararlanmaya devam edecektir. TBK. m. 394/f.3 hükmünde yer alan “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulu aranmadan hükmün uygulanması kabul edilmelidir.



KAYNAKÇA

AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

AKTAY Nizamettin /ARICI Kadir/SENYEN KAPLAN E. Tuncay: İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012.

AKYİĞİT Ercan: “Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1991, C. 5, S. 5, s. 10-20. (Hükümsüzlük)

AKYİĞİT Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008. (Şerh)

ANTALYA O. Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012.

ARSLAN ERTÜRK Arzu: “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan İstanbul 2011, s. 533-559.

ARSLANOĞLU M. Anıl: “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, C. 3, S. 10, s. 534-545.

AYDINLI İbrahim: İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)’ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1-2, s. 315-324. (Geçersizlik) (aynı yazı Çimento İşveren Dergisi, Mart 1998, C. 12, S. 2, s. 18-26)

AYDINLI İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012. (Muvazaa)

CANİKLİOĞLU Nurşen: “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendiril-

mesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, 15 Kasım 2013 İstanbul, s. 74-125.

ÇELİK Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.

DİNÇ Mutlu: Türk Borçlar Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

EKMEKÇİ Ömer: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s. 19-28.

EKONOMİ Münir/EYRENCİ Öner: “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2001, s.1199-1223.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

GÖRGEÇ Başak: “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 403-440.

GÜMÜŞ Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

GÜNEŞ Başak/MUTLAY Faruk Barış: “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanununu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/3, S. 30, s. 231-288.

GÜZEL Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987.

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

KOCAGİL İpek: “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, s. 46-61.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin: İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

NOMER Haluk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

ÖĞÜZ Tufan: “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 103-110.

ÖZDEMİR Erdem: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜ-HFD, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 95-120.

ÖZKAYA Eraslan: Hata-Hile-İkrah Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

REİSOĞLU Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.

RUHİ Ahmet Cemal: Sözleşmeler Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

SOYER M. Polat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Uluçan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 149-167.

SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.

ŞAKAR Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011. (İş Hukuku)

ŞAKAR Müjdat: “İş Kanununa Göre Kıdem Tazminatı ve Sorunları”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, Özel Sayı 5, s. 3-14.

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.

UYGUR Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Madde 237-

649, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012. von TUHR Andreas: Borçlar Hukuku 1-2, Çeviren Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983.

YAVUZ Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTCU Ayşe/AYDOĞDU Murat/
CUMALIOĞLU Emre: Borçlar Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.kararevi.com

www.hukukdaresi.com

**TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI
TOPLUMSAL OLAYLARA MÜDAHALENİN
AİHS'NİN 3. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Freedom of Assembly and Restrictions - Evaluating the Intervention
to Social Events Within the Scope of Article 3 Of Echr*

Engin FIRAT *

ÖZET

Bir temel insan hakkı olan toplanma özgürlüğü demokratik toplumun bir zorunluluğu olarak Türk iç hukuk düzenlemelerinde güvence altına alınmıştır. Ancak ilk bakışta, bu hakkın kullanımına ilişkin kanuni bazı sınırlamalar, AİHM'nin ortaya koymuş olduğu standartlara uygun görünse de, hakkın özünü ortadan kaldırmaktadır. Spontane veya ani toplantılar bildirim şartı yerine get

irilmediğinde iç hukukta yasadışı olarak nitelendirilmekte iken AİHM'e göre böyle bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, özgürlük kapsamında görülmektedir.

Bildirim şartı yerine getirilmediğinden yasadışı kabul edilen barışçıl gösterilere kolluğun kuvvet kullanarak müdahalesi veya kolluk tarafından kullanılan kuvvetin orantısız oluşu, Türkiye'ye yönelik verilen ihlal kararlarının temel nedenini oluşturmaktadır. Toplumsal olaylara müdahaleler esnasında kolluğun tutum ve davranışları, kullandığı yöntemler ve olaylar sonrasında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle AİHS'nin 11. maddesinin yanı sıra 3. maddesi de ihlal edilmiş olacaktır. Bu bakımdan, AİHM standartlarının yalnızca iç hukukumuzda değil kolluğun ulusal uygulamalarında sağlanması bir zorunluluktur.

Anahtar Kavramlar: Toplanma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, barışçıl toplantı, işkence ve kötü muamele yasağı, biber gazı, pozitif yükümlülük, kolluğun kuvvet kullanma yetkisi, AİHM, AİHS, 3.madde, 11.madde.

ABSTRACT

Freedom of assembly is a fundamental human right, as a necessity in a democratic society in the Turkish domestic law regulations, is assured. However, even if it seems compliance with standards set by ECtHR at first glance, some of the statutory

* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı, engin.firat@anayasa.gov.tr

restrictions, regarding the use of this right, infringe essence of the right. Spontaneous or simultaneous assemblies considered as illegal in domestic legislation unless notification condition is not fulfilled. Whereas, according to EctHR, it is deemed within the scope of freedom.

The forceful intervention of the security forces targeting peaceful public demonstrations that are deemed illegal for non-compliance with the notification condition, or the use of disproportionate force by the security forces in such circumstances, are the primary reasons underlying the violations found against Turkey. Bad attitudes of security forces to social events and in addition to that government's non effective positive obligations will have been violation of Article 3 of the Convention as well as Article 11, In this regard, the standards of ECtHR must be implemented in not only domestic law but also national practice of security forces.

Keywords: Freedom of assembly, right to hold meetings and demonstration marches, peaceful meeting, prohibition of torture and cruel treatment, tear gas, positive obligation, authorization for use of force, ECtHR, ECHR, Article 3, Article 11.



GİRİŞ

Kapsam ve yöntemleri farklılık gösterse de ülkemizde ve dünyanın dört bir tarafında yaşanan sokak hareketleri ve siyasi krizler, bireysel insan haklarının en önemli tamamlayıcısı olan toplanma özgürlüğünü son dönemde daha da popüler hale getirmiştir. Demokratik olma iddiasındaki hukuk sistemlerince bireylere tanınan bu özgürlüğün içeriğine ve sınırlarına yönelik birçok tartışma devam edegelmektedir. Anılan hakkın kullanım sınırlarının belirlenmesi ile yasal olmadığı tespit edilen toplumsal olay ve etkinliklere devlet müdahalesinin gerekliliği ve yöntemi sürekli eleştiri konusu olmuştur.

Devletin kolluk organlarının *toplumsal olaylar*¹a yaklaşımı ve onları nitelemesi ile müdahalede kullanılan zor kullanma yetkisi ve tekniği ulusal ve uluslararası normlar ve yargı kararları ile belirlenmiştir. Buna rağmen birçok

¹ “*Toplumsal olaylar*” tabiri toplanma özgürlüğünün kullanılmasından daha geniş eylemleri ifade etmektedir. Söz gelimi bir spor müsabakası sonucunda gerçekleşen olaylar da toplumsal olay mahiyetindedir. Çalışmamızda bilhassa “*toplama özgürlüğüne yönelik müdahaleler*” değerlendirileceğinden bu tabiri kullanmayı tercih etmedik.

ülkede toplantı ve gösterilerin nasıl anlaşılması gerektiği ve bunlara yönelik müdahalelerin hangi ölçüde olması gerektiğine ilişkin herhangi bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Bu durum, yapılacak müdahalelerde kolluk görevlilerinin davranışlarında çeşitli saiklerle keyfiyet yaratabilecek ya da organizasyon hatalarına sebep olabilecektir. Başka bir deyişle, zor kullanma yetkisini tekelinde bulunduran devlet aygıtı, bir temel hakkın sınırını çizirken diğer bir temel hakkın ihlaline yol açabilecektir.

Çalışmamızda, bu doğrultuda, “*Toplanma özgürlüğü nasıl anlaşılmalıdır?*”, “*Bu özgürlük neden ve nasıl sınırlandırılmalıdır?*”, “*Başlangıçta toplanma özgürlüğü kapsamında değerlendirilen bir toplantı veya gösteri yürüyüşü sonradan hukuksuz hale geldiğinde kollukça yapılan her türlü müdahale haklı bir müdahale olacak mıdır? Ya da hukuka uygun toplanmaları engellemeye yönelik keyfi devlet müdahalesi, kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkisini kullanmada aşkın davranışları unsurları yönüyle işkence ve diğer kötü muameleleri gündeme getirebilecek midir? Hak ihlali teşkil eden kolluk uygulamaları nasıl iyileştirilmeli*” gibi soruları, özellikle iç hukukumuz ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önemli birkaç kararı ışığında, kısaca cevaplama gayretinde olacağız.

1. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsanın duygu ve düşüncelerini dış dünyaya aktarma arzusu bireysel ifade şeklinde görünebileceği gibi ortak bir amaç doğrultusunda başka insanlarla bir araya gelerek kolektif bir hareket olarak da tezahür edebilir. *Sosyal bir varlık* önermesiyle bilinen insanın duygu ve düşüncelerini kendisi gibi düşünenlerle birlikte ifade etmek ister. Bunun altında yatan temel psikolojinin, düşüncenin ifade edilmesinde yalnız olmamanın yarattığı güven, tatmin ve haz duygularının yanı sıra toplantı ve gösterilerin yapılmasıyla kamuoyunun dikkatinin daha güçlü ve etkili bir şekilde çekme çabası gibi sebeplere dayandığı açıktır. Neredeyse tüm demokratik toplumlarda teminat altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının olağan kabul sebebi de insanın doğasında bulunduğu varsayılan toplanma içgüdüsüdür.

Günümüzün önde gelen toplanma amaç ve konusu, kişilerin toplu halde

yaşamaya karar vermeleriyle yarattıkları “*hizmetkâr devlet*” mekanizmasının faaliyetleri ya da eylemsizliği sorunudur. Başka bir deyişle, toplantı ve gösterilerin salt siyasi sebeplerle sınırlı olmaması gerektiğini savunan “*geniş yorum taraftarı görüş*”² tarafımızca da benimsenmekte ise de ilgili hakka yönelik müdahalelerin en çok göze batanı ve tartışılanı siyasi amaçlarla yapılan toplantı ve gösterilerdir. Gerçekten de, demokratik seçimler dışında siyasi iradeyle doğrudan diyalog yollarının sınırlı ve etkisiz olduğu düşünüldüğünde bu hakkın kullanımının önemi yadsınmamalıdır. Bu bağlamda, demokrasinin “*sandık*” ile sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalarında belirleyici ölçütlerden biri, bu hakkın ne ölçüde etkin kullanıldığı/kullandırıldığı sorusunun cevabı da olacaktır. Profesyonel görevi muhalefet etmek olanlar yerine doğrudan halktan gelen kitlesel bir tepki iktidar üzerinde şüphesiz daha etkili bir baskı aracı olacaktır. İşte bu yüzden hakkın süjesi olan topluluklar, seslendirmeye çalıştıkları konuyla ilgili güçleri ve etkileri dolayısıyla siyasi iktidarlar için her zaman *potansiyel anlamda bir tehdit*³ olarak algılanmaktadırlar.

Hiçbir hak ve özgürlüğün sınırsız kullanımı düşünülemeyeceğinden toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için de kötüye kullanımları önlemek ve kamu düzenini sağlamak amacıyla sınırlamalar öngörülmesi kaçınılmaz olacaktır. Gerçekten de çoğulcu hukuk düzenlerinde ne düzenin sağlanması gerekçesiyle özgürlükten vazgeçilebilecek ne de özgürlük uğruna düzen gözden çıkarılabilecektir. Bu ikisi arasında bir kesişme noktası bulmak gerekmektedir⁴. Aksi düşünüldüğünde sınırsız özgürlük ile ortaya çıkacak kaotik ortamda hiçbir özgürlüğün teminatı bulunmayacağından kullanımı da mümkün olamayacaktır. Bunun tam tersinden hareketle, düzenin korunması veya sağlanması uğruna hak ve özgürlüklere yapılacak ölçsüz müdahaleler durumunda birincisi ikincisinin “*mezar kazıcısı*” olmaktan öteye gidemeyecektir⁵.

² ATALAY, Esra; Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995, s. 49 vd.

³ KABOĞLU, İbrahim Ö.; Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 129

⁴ ANAYURT, Ömer; Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 134

⁵ ANAYURT, a.g.e., s. 134

Toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması konusundan önce onun insan hakları kategorileri içerisindeki yerini belirlemek faydalı olacaktır. Bu özgürlükle ilgili olarak, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı devlet negatif bir sorumluluk üstlenirken, bireylerin diğer bireylerin müdahalesine karşı korunması yönünden pozitif bir sorumluluk gündeme gelir. Toplanma özgürlüğü kolektif bir hak olma yönüyle bireysel hakların yüceltiildiği bir kültürde hiçbir zaman “yangında ilk kurtarılacak”lardan olmaması yönüyle bir nebze sorunlu bir alan olarak görülebilir⁶. Oysa toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün bireysel hakların bir tamamlayıcısı olduğu hususu neredeyse tartışmasızdır. Gerçekten de bazı bireysel hak ve özgürlükler, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü ile unsurları yönüyle iç içe geçmiştir. Söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁷’nin 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün, 10. maddede güvence altına alınmış ifade özgürlüğünün toplu kullanımı niteliğinde olduğu, bu nedenle 11.maddenin, 10. maddeye göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğu dahi savunulmaktadır⁷.

AİHS’nin 11. maddesi, toplanma özgürlüğünün yanı sıra *dernek kurma/dernekleşme, sendikalaşma* ve lâfzî olarak bahsetmemiş olsa dahi *protesto gösterisi yapma* ve *partileşme* haklarını da içerir⁸. Oysa iç hukukumuzda, başta Anayasamızda, bu hakların her biri ayrı hak kategorileri altında ve ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Bunlar 1982 Anayasasının 33. maddesinde düzenlenen *dernek ve vakıf kurma/dernekleşme*, 34. maddesinde düzenlenen *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme*, 51. maddesinde düzenlenen *sendikalaşma*, 68. ve 69. maddelerinde düzenlenen *partileşme* haklarıdır. Belirtmek gerekir ki, çalışmamıza konu olan toplanma özgürlüğü, Anayasanın negatif statü hakları

⁶ ALPKAYA, Gökçen; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak, s.2 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/472/5429.pdf> (Erişim Tarihi: 25.08.2013)

⁷ Robin C.A. White; Clare Ovey’ den aktaran AKBULUT, Olgun; Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İNCEOĞLU), Avrupa Konseyi 2013, s.381

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERMUMCU, Osman; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.Maddesinin Tahlili, <http://www.izmirbim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/A%C4%B0HS.11.MADDES%-C4%B0N%C4%B0N%20TAHL%C4%B0L%C4%B0%200.ERMUMCU.doc> (Erişim Tarihi: 25.08.2013)

olarak da bilinen kişinin hakları ve ödevleri kategorisi altında düzenlenmiş olsa dahi, bir yönüyle bireysel, bir yönüyle siyasal ve diğer bir yönü ile de kolektif bir özgürlüktür.

Ayrıca toplantı özgürlüğünü benzerliği itibarıyla *düşünce özgürlüğünden, dernek (kurma)/ dernekleşme özgürlüğünden ve sivil (medeni) itaatsizlikten* kısaca ayırt etmekte fayda vardır. Şöyle ki, toplanma özgürlüğü genellikle bir düşünceyi ifade etme amacı taşır. Ancak nadiren de olsa her toplanma faaliyeti düşünceyi ifade etme şeklinde görülmeyebilir. Ya da dernek kurma özgürlüğünde kalıcı bir amaç doğrultusunda toplanma söz konusuysa toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünde geçici bir birliktelik söz konusudur. Sivil ya da diğer tabirle medeni itaatsizlik ise, yasal olmayan fakat tolere edilebilir bir eylem iken toplanma ve gösteri yürüyüşü bir haktır. Ayrıca tek bir kişinin bile gerçekleştirebileceği bu eylem kolektif olarak kullanılabilen toplantı özgürlüğünden ayrılır. Görüldüğü üzere toplantı özgürlüğü, benzer hak ve özgürlüklerle birlikte karşımıza çıkabilir. Böyle bir durumda ilk akla gelecek soru, müdahale gerekip gerekmediği değerlendirmesi yapılırken hangi hakkın sınırlama sebebinin göz önünde bulundurulacağıdır. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, her fiilin hangi hak ve özgürlüğün kapsamında olduğunun tespitiyle ona uygun sınırlama sebeplerini belirlemek bizce de rasyonel bir çözüm olarak benimsenebilir⁹. Aksi halde, bir hak ve özgürlüğün sınırlama sebebiyle başka bir hak ve özgürlüğe yapılacak müdahalenin ölçüsüz olduğu sorunu gündeme gelebilir.

1.1. Toplanma Özgürlüğünün Sınırlandırılma Amacı

İnsanların kalabalıklar oluşturarak bir araya gelmesinin toplantı özgürlüğündeki amacı ve siyasi iktidarlar üzerindeki etkisinin önemi bilinmekle birlikte kişilerin yalnızlığını, sorumluluk duygusunu ve mantığını yitirerek yönlendirilebilir tehlikeli bir yığın oluşturmuş olmaları ihtimali mümkün görülebilmektedir. Genel olarak gözlemlendiğinde her hangi bir grup içinde iken insanın birey olarak davranmaktan çıkıp o topluluğun bir üyesi olarak davran-

⁹ Aynı yönde bkz., İŞGÖREN, Ali; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 62-65

dığı görülmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerini oluşturan kişilerin topluluk içindeyken, topluluğu bir araya getiren etkenlerin etkisiyle tek başına hiçbir zaman yapmayacakları davranışlar gösterebildikleri görülebilecektir. Hatta bazen bu davranışların o kişinin kişilik özelliklerine, örneğin tahsil düzeylerine, terbiye ve ahlak geçmişlerine veya ruhsal özelliklerine taban tabana zıtlık oluşturması mümkün olabilecektir. Başka bir deyişle akılcı ve bilinçli bir varlık olduğu kabul edilen bireyin, kitle içinde akıl dışı ve kolayca yönlendirilebilir bir karakter kazandığı söylenebilecektir¹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, burada sözü edilen toplantılar korku, heyecan ya da panik ve benzeri duygularla bir araya gelmiş kalabalıklar değil müşterek bir amaç için geçici olarak toplanan yığınlardır. Bu kalabalıklarda bilinç kaybına yol açan psikolojik ve sosyolojik birçok nedenden bahsedilebilir¹¹. Gerçekten de gözlemlendiğinde bireylerin *sürü psikolojisi*yle hareket ettiğini ve iradelerinin sakatlanmış olduğu sıklıkla görülecektir. Hatta bu güçlü etki sosyal psikolojinin çalışma alanında kimi kalemlerce tespit edildiği gibi “*elitleri*” bile “*ilkelleştirecek*” ve onların davranışlarını bu etkilerden kurtaramadıkları görülecektir¹². Böyle kaotik ortamlarda topluluk psikolojisinin bu hassasiyetini bilen kişiler, insanoğlunun bu doğal refleksini istismar etmek isteyebilirler. İşte bu gibi nedenlerle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kamu düzenini bozmaya en elverişli ortamlardan biri olduğu söylenebilir¹³. Dolayısıyla anılan hak ve özgürlük, bu ön kabullerle Türkiye’de olduğu gibi birçok ülke hukuk sistemince de birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur¹⁴.

İnsanın yalnızlıktan kalabalıklar içine girmekle düşünme kabiliyetini yitirmiş bir hayvan olarak değerlendiren klasik sosyal psikoloji anlayışı, içgü-

¹⁰ AYTAÇ, Ahmet Murat; Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi; Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 121

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., YARSUVAT, Duygun; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti, İstanbul, 1968, s. 43-46

¹² TOLAN, Barlas’ tan aktaran ANAYURT; s. 135

¹³ KABOĞLU, İbrahim Ö.; a.g.e., s.130 vd, ANAYURT; a.g.e. s.134-137, İŞGÖREN; a.g.e., s.77

¹⁴ Belçika Anayasası: md. 26, Danimarka Kraliyet Anayasası: md. 79, Federal Almanya Anayasası: md.8/2, İtalya Anayasası: md. 17/3, Hollanda Krallığı Anayasası: md. 9, İspanya Anayasası: md.21, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm>, (Erişim Tarihi: 25.08.2013)

dülerinde toplumsallığı barındıran insanı yalnızca çok dar bir sahada, bireysel yaşam alanında mantıklı hareket eden bir canlı olarak kabulü sonucunu çıkarmaktadır. Ancak bu genelleme kollektif olarak kullanılan birçok hak ve özgürlük için katı bir sınırlandırma tehlikesi taşımaktadır. Kanaatimizce bu içgüdüsel durum, *karnı acıkmış bir çocuğun aile fertlerini beklemeden sofraya oturup yemek yemeğe başlama isteği* ile benzer nitelikte düzeltilebilir bir davranıştır. Diğer bir deyişle, bireyler demokratik bir düzende sahip oldukları temel hakların ciddi oranlarda sınırlandırılmasına gösterilen gerekçelerden biri olan bu olumsuz psikolojinin kaçınılmaz olmadığını bilmek ve söz konusu tehlikelerle ilgili algı ve farkındalıklarını arttırmak zorundadırlar. Böyle bir soğukkanlılıkla kullanılan toplantı ve gösteri özgürlüğü kışkırtma ya da benzer niyetler içeren davranışlardan açıkça ayrışabilecektir. Böylece toplanma hak ve özgürlüğünün kötüye kullanılması durumlarında müdahalenin yapılacağı süjeleri tespit etmek bir nebze kolay hale gelebilecektir. Söz konusu müdahalelerin haklılığını belirleyebilmek için özgürlüğü düzenleyen normlara ve bunların sınırlama nedenlerine değinmek gerekmektedir.

1.2. Toplanma Özgürlüğünün Sınırları

1.2.1. Ulusal Düzenlemeler ve Türkiye Uygulaması

Türkiye'de 70'li yıllardan başlayıp 80'li yıllara kadar devam eden kargaşa dönemine sebep olarak 1961 Anayasa'sının otorite ve özgürlük ikileminde şeklen de olsa özgürlükçü yapısı gösterilmişti. Bu dönemin tekrarlanmaması için haklara yönelik ciddi kısıtlamalar getiren 1982 Anayasasının 13. maddesinde, özel sınırlama nedenleriyle birlikte güvence altına alınan tüm haklar için etkili olabilecek, genel sınırlama nedenleri de benimsenmişti¹⁵. Ulusal-üstü bir etki ile değişen konjonktür ile özgürlükçü anlayışa doğru yeni bir ivme yaşanmış ve bu etki hak ve özgürlüklerin kullanımlarıyla ilgili yapılacak değişiklikleri zorunlu hale getirmiştir¹⁶. Bu doğrultuda anayasada yapılan 2001

¹⁵ "Sınırlama Sistemleri" için bkz., ATALAY;s. 70-74.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., FENDOĞLU, H. Tahsin; 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf , (Erişim Tarihi: 25.08.2013), Ayrıca bkz., KABOĞLU, İbrahim Ö.; 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf

yılı değişiklikleriyle 13. maddenin ilk halinde yer alan dokuz genel sınırlama sebebi kaldırılmış ve her hak ancak ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle sınırlanabilir hale getirilmiştir.

Söz konusu değişiklikleri yapan 4709 sayılı Kanun ile 34. maddede güvence altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkında da birtakım değişiklikler yapılmıştır. İdarece şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerin ve güzergâhın tespit edilebileceği, bazı durumlarda toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklanabileceği veya ertelenebileceği, derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyeceklerine ilişkin hükümler¹⁷. ilga edilmiştir. Değişiklikten sonra toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak millî güvenlik, kamu düzeni vb. sebeplerle 13. maddedeki değişikliğe uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şart ve usullerin de kanunda gösterileceği düzenlemesiyle 06.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu* 'na atıf yapılmıştır. Ancak anılan hakla ilgili yapılan tüm bu değişikliklerin çok daha özgürlükçü bir tablo sunduğunun ileri sürülmesi kanımızca da güçtür¹⁸. Gerçekten kaldırılan sınırlama sebeplerinin aynısının ya da benzerlerinin 2911 sayılı Kanun'da zaten mevcut olduğu görülecektir.

Gerçekleşmesi şekli olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü ile sağlanacak olan tüm aktiviteler bu hakkı düzenleme altına alan kurallara mı tabi olacaktır? 2911 sayılı Kanunun "*istisnalar*" kenar başlıklı 4. maddesinde ne tür aktivitelerin toplantı ve gösterileri yürüyüşü sayılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların,

gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf (Erişim Tarihi: 25.08.2013).

¹⁷ GÖZLER'in kanımızca isabetli bir şekilde eleştirdiği gibi, dernek ve vakıflar "*ihstias ilkesi*" gereği zaten belirli amaçları dışında faaliyet gösteremeyeceklerinden ilgili fıkranın mülgası -öncekiler gibi- şekli bir değişiklikten öteye gitmeyecektir: GÖZLER, Kemal; 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştilgal Örneği, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kozler.pdf (Erişim Tarihi: 25.08.2013)

¹⁸ Aynı yönde bkz. GÖZLER, a.g.e. s. 4-6

vakıfların, derneklerin, ticari ortaklıkların ve diğer tüzelkişilerin özel kanunlarına ve kendi tüzüklerine göre yapacakları kapalı yer toplantıları doğası itibarıyla anılan özgürlüğün farklı bir görünümü olsa bile 2911 sayılı Kanun kapsamına girmemektedir. Söz gelimi, bir sendikanın düzenlediği organizasyonla grev eylemi gerçekleştirmesi, şekli anlamda tam da bir toplantı ve gösteri gibi görünebilecektir. Ancak bahsi geçen hak hâlihazırda ayrıksı bir düzenlemeyle güvence altına alınmıştır. Çünkü şeklen toplanma özgürlüğü gibi görünen bir hak veya özgürlük, içerik olarak karakteristik bir dile ve konuya içkin olabilir. Bir diğer istisna ise *gelenek ve göreneklere göre yapılacak toplantı, tören, şenlik, karşılama ve uğurlamalardır*. Yasa koyucu tarafından bu aktiviteler için vurgulanan niteleme *kanunlara uyma, kendi kural ve sınırları içinde kalma* durumudur. Yine spor faaliyetleri ile bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantılar bu hakkın kapsamında düşünülmemektedir. Toplanma özgürlüğünün biraz da *siyasi hak* olma özelliği bu ayırımı göze çarpmaktadır. Böyle bir yaklaşımla, cumhurbaşkanı, başbakan veya bakanların devlet ve hükümet işleri hakkındaki toplantı ve konuşmaları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin halk ile yapacakları sohbet niteliğindeki görüşmelerin siyasi vafsa sahip olmalarına rağmen bu özgürlük dışında değerlendirilmeleri garipsenmemelidir. İktidara hâkim olan düşüncenin ifadesiyle ona karşı duran ifadenin eşit şartlarda dile getirilmesini beklemek yasa koyucunun o dönem etkisi altında olduğu hikmet-i hükümetçi anlayışla tamamen zıt düşecektir. Yine hemen belirtelim ki, seçim zamanlarında yapılacak propaganda toplantıları ayrı bir hak ve özgürlüğün konusunu teşkil ettiklerinden anılan özgürlük çerçevesinde değerlendirilmezler.

Bir diğer soru ise hakkın kullanımı için gereken koşullar toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerin özel mülkiyete tabi olup olmamasına göre değişip değişmemesidir. 2911 sayılı Kanununun 8. maddesi soruyu kısa bir maddeyle cevaplamıştır. Buna göre *“Toplantının yapıldığı yer, toplantı süresince umuma açık yer sayılır”* denilerek özel mülkiyete tabi bir yerde gerçekleştirilecek toplantının, 4. maddedeki istisnalar söz konusu değilse 2911 sayılı Kanunun şekil şartlarını yerine getirmek zorunda olduğu sonucu çıkmaktadır. Özel mülkiyete tabi yerin açık veya kapalı yer olması durumu ayrıca değerlendirilmeli,

söz konusu ayırım burada da göz önünde bulundurulmalıdır. Özel mülkiyete tabi alanlarda gerçekleşecek toplanma ve gösterilerde korunması gereken hak hangisi olmalıdır? Amerika Birleşik Devletleri'nde uzun süredir tartışılan bu konu ülkemizde de zaman zaman gündeme gelmektedir. Mahkeme kararlarına konu edilen, kamusal alanlarda yapılan toplanma özgürlüğüne ikincisi lehine her durumda verilen öncelik, özel mülkiyete tabi alanlarda nasıl olacağı hususudur. Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1940'larda toplanma özgürlüğünü özel mülkiyete üstün tutan yaklaşımı sonraları özel mülkiyet lehine değişmiştir¹⁹. Buradaki özel mülkiyetten alışveriş merkezleri gibi tek kişiye ait olmayan, ancak özel mülkiyete ve özel hukuka tabi umumi yerler olarak anlaşılması gerektiğini de belirtmek gerekmektedir. Ülkemizde toplanma özgürlüğünün farklı yönlerinin henüz ortaya çıktığı dikkate alındığında konunun bu boyutunun da önden ve ayrıca tartışılması gerekmekte olduğu kanısındayız.

Hem uluslar arası düzenlemelerde hem de ulusal hukukta kabul gören bir gerçek var ki, o da toplantı ve gösteri hakkının "*silahsız ve saldırsız*" bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Hem 1982 Anayasası hem de 2911 sayılı Kanun hükümleri "*silahsız ve saldırsızlık*" durumunu izah etme gereği bile duymamış söz konusu özgürlüğün korunma şartını "*barışçıl*" olması ön koşuluna bağlamıştır. Ayrıca AİHS'nin 11. maddesi de "*Herkes barışçıl olarak toplanma ... hakkına sahiptir.*" düzenlemesiyle bu hakkın kullanımını şiddet içermeyen bir faaliyet olarak tanımıştır. "*Barışçıl*" olma kavramını, toplantı ve gösterilerin her şeyin yolunda olduğu, deyim yerindeyse *toz pembe zamanlarda* yapılmadığı gerçeğini göz önünde bulundurarak yorumlamak gerekmektedir. Bu nedenle "*barışçıl toplantı ve gösteri*" tabiri bir kesim üzerinde öfke uyandıran veya gücendirici bir davranış, hatta geçici olarak üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebilecek nitelikte geniş yorumlanmalıdır²⁰.

Ayrıca, 1982 Anayasası'nda bir ek güvence olarak toplantı ve gösterilerin izne tabi olmayacağı durumu düzenlenmiştir. Ancak maddenin üçüncü fıkrası-

¹⁹ STRICKER, Heather; Assembly on Private Property, First Amendment News, 2002 (Updated December 2006) , <http://www.firstamendmentcenter.org/assembly-on-private-property> (Erişim Tarihi:24.06.2014)

²⁰ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010, s. 15, para. 1.3; s. 33, para. 26

na göre anılan hakkın kullanılma şekil, şart ve usullerinin kanunla düzenleneceği ifade edilerek, *ön bildirim* rejiminin benimsendiği 2911 sayılı Kanun'la bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar buradaki *ön bildirim* usulünü önleyici sistemlerdeki *izin* usulünden ayırt etmek gerekmekte ise de Kanunda idareye tanınan geniş erteleme ve yasaklama yetkisi, ikisi arasındaki farkı anlamsız hale getirebilecektir²¹.

Ekleme gerekir ki, 1982 Anayasası'nda ve Kanunda toplantı ve gösteri yürüyüşüyle ilgili yalnızca düzenleme hakkı tanınmış, özgürlüğün çerçevesi planlı toplantı ve gösterilerle sınırlandırılmıştır. 2911 sayılı Kanun'un değişik 10. maddesi gereğince toplantı başlamadan en az kırk sekiz saat²² önce ve çalışma saatleri içinde mülki idari amirliğe bildirim yapılması gerekmektedir. Buna göre spontane (*spontaneously*) ya da aniden (*simultaneously*) yapılan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşleri ön bildirim şartını gerçekleştirmeyeceğinden kapsam dışında kaldığı görülmektedir. Buna göre demokratik bir tepki olarak anılan özgürlüğün kullanımına kamu düzeni ve güvenliği yahut başkalarının hak ve özgürlüklerine hanel gelmemesi amacıyla kanunla getirilen sınırlamalar her durumda katı ve pozitivist bir yorumla mı uygulanmalıdır? 2911 sayılı Kanun'da düzenlenen sınırlamalara rağmen Yargıtay'ın konuyla ilgili bazı kararlarında hakkın kapsamı kanunun lafzından farklı olarak geniş bir şekilde yorumlandığı görülmektedir.

Yargıtay bir kararında: “*sanığın, yönetim kurulu üyesi bulunduğu (...) partisi (...) il başkanlığı binası önünde bazı uygulamaları protesto etmek amacıyla olay günü elli kişilik bir grup önünde eleştiri mahiyetindeki kısa bir basın açıklamasından sonra yapılan oturma eylemi sırasında güvenlik güçlerinin uyarısı üzerine, grup içerisinde bazı kişilerin sanığın herhangi bir yönlendirmesi ve talimatı olmaksızın bazı sloganlar atarak dağıldıklarının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminde atılı suç unsurlarının bulunmadığı*

²¹ Aynı yönde bkz., KABOĞLU, a.g.e., s. 127-129; ANAYURT, a.g.e. s. 95:Yazar eserinde önceden bildirim rejimini, bizce de isabetli olarak, sonuçları itibariyle “*liberalizm maskesi takmış izin rejimi*” olarak tanımlamaktadır.; İŞGÖREN, a.g.e. s. 105

²² İlgili maddede 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, bildirim süresi en az yetmiş iki saat olarak belirlenmişti.

gözetilmeyerek yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi”²³nin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Diğer bir kararda, “11.12.2000 günü (...) İlinde Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü otobüsünün silahla taranması sonucunda iki çevik kuvvet polis memurunun şehit edilmeleri ve bu olayın diğer illerde de emniyet mensuplarınca protesto edilmesi üzerine, sanıkların da olayı protesto etmek amacıyla İzmir ilinde Boz-yaka’da bulunan hizmet binasından Konak meydanına kadar suç teşkil etmeyen sloganlar atarak yürüyüp, Konak meydanında şehit polis memurları anısına saygı duruşunda bulunarak, İstiklal Marşı’nı okumaları ve daha sonra görevlerine dönmeleri biçimindeki güvenlik güçlerine yapılan olaylara karşı seslerini duyurmak amacıyla yaptıkları eylemlerinin içinde buldukları üzüntü nedeniyle demokratik tepki niteliğinde olduğu ve 2911 sayılı Yasada belirtilen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların beraatları yerine yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesi”²⁴nin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Başka bir kararda ise, “Sağlık Emekçileri Sendikası başkan ve üyeleri olan sanıkların 8 Mart Dünya Kadınlar Gününü kutlamak amacı ile Valilikten izin verilmemesi üzerine Sendika binasından İlhan Koman Parkına kadar trafiği aksatmadan yolun kenarından yürüyerek şiir okuduktan ve bildiri dağıttıktan sonra kendiliklerinden dağılmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 2911 sayılı Yasanın 28. maddesinde tanımlanan suçu oluşturmayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde mahkûmiyet karar verilmesi,”²⁵nin bozmayı gerektirdiği değerlendirilmiştir.

Daha yeni tarihli bir kararda ise, “Oluş ve tüm dosya içeriğinden, (...) Yasa Tasarısını protesto etmek ve sırf demokratik tepki ortaya koymak için basın açıklaması yapmak üzere Ankara Üniversitesi Cebeci Kampüsünde toplanan yaklaşık 100 kişilik grubun, ellerinde suç oluşturmayan bazı pankartlar taşıya-

²³ Yargıtay 8. C.D., 19.9.2006 tarih, Esas No:2005/3245, Karar No: 2006/6775 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 16.08.2013)

²⁴ Yargıtay 8. C.D., 7.12.2006 tarih, Esas No: 2006/2438, Karar No: 2006/9022 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 16.08.2013)

²⁵ Yargıtay 8. C.D. 11.12.2006 tarih, Esas No: 2006/1660, Karar No: 2006/9142, aktaran ŞENTÜRK, Fikriye; Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü Yargıtay Sunumu (Ceza Yargılaması Açısından), <http://www.anayasa.gov.tr/InsanHaklari/Sunumlar/> (Erişim Tarihi: 16.08.2013)

rak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine yürüyüşe geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı anlaşılmakla; sanığa yüklenen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 32. maddesinde tanımlanan suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulmasının hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.²⁶

Görüldüğü gibi toplantı hakkı sadece bildirim şartı yerine getirilmediği için ya da ani yapıldığı için veya düzenleme şartı yerine getirilmediği için sınırlandırılmamaktadır. Toplantı hakkının düzenlenmesine ilişkin planlı toplantılar esas alınarak düzenlenmiş olsa da ani yapılan toplantılar toplumsal bir gerçekliktir. İnsanın doğasından kaynaklı “*ani tepki ve toplumsal refleks*”²⁷lere dayalı toplantılarda bu hakkın yok sayılması, kendiliğinden ve aniden oluşan toplulukların anayasal korunmadan yararlanamayacağını ileri sürmek hiç de adil olmayacaktır²⁸. Hakkın evrensel olarak tanınan kapsamına göre, ani toplantılar barışçıl olduğu sürece, spontane toplantıların ise başka bir toplantı ile aynı yer ve zamanda makul bir şekilde yer alması mümkün olmadığı müddetçe, söz konusu özgürlük sınırlamaya maruz kalmamalıdır²⁹.

Yargıtay son dönemde, kamuoyunda “üçüncü yargı paketi” olarak bilinen 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi düzenlemesinin bir yönüyle toplanma özgürlüğüne dokunduğuna yönelik bazı kararlara da imza atmıştır. Bu kararlarda Yüksek Mahkemece toplantı ve gösteri yürüyüşleri düşünce ve kanaati

²⁶ Yargıtay 8. C.D., 9.2.2010 tarih, Esas No: 2007/9352, Karar No: 2010/1550, aktaran ŞEN-TÜRK, s.7

²⁷ Yargıtay’ca ilk kez bir kararda bu kavramlara dayanılmıştır: Yargıtay 8. C.D., 27.6.2002 tarih, Esas No: 2002/949, Karar No: 2002/7518, aktaran AKTAN, Hamdi Yaver, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AIHM ve Yargıtay Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, s.532 (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2013))

²⁸ Aynı yönde bkz., AKTAN; a.g.e., s. 533, ayrıca bkz., İŞGÖREN; s. 68-69

²⁹ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, s. 18, para. 4.2, 4.3

ifade etmenin herhangi bir yöntemi olarak değerlendirilmiştir. Anılan düzenlemenin birinci fıkrası şöyledir:

“(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,
karar verilir.“

Kanun maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “... *basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleri*...” ibaresini suç teşkil etmeyen toplantı ve gösteri yürüyüşleri için de kabul etmiştir. Başka bir deyişle usulüne uygun olarak düzenlenmiş olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün amacı suç teşkil eden bir düşünce ve kanaati dile getirmek olsa dahi söz konusu kanun hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Kararda “...*silahlı terör örgütünün propagandasına dönüşen 16.05.2011 tarihli yasadışı gösteride, ... Sanıklar ... hakkında 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçlarından kurulan hükümlere yönelik temyize gelince; Kanun koyucunun “sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleri” ifadesiyle, 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin uygulanma kapsamı bakımından; düşünce ve kanaatin içeriğinden çok açıklama yöntemini dikkate aldığı, cezanın tür ve miktarı itibarıyla bir sınırlama yanında suçların tek tek sayılması yerine, düşünce ve kanaat açıklama yöntemleri bağlamında işlenebilecek suçların işleme biçimleri itibarıyla bir düzenleme yapmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun yukarıdaki amacı gerçekleştirmeye çalışırken daha genel ve imkânlarla işaret eden ifade biçimleri yerine “yöntem” ifadesini tercih etmesi üzerinde durulmalıdır. Bir amaca ulaşmak için izlenen yol, usul ve metot gibi*

anamlara gelen “yöntem” ifadesi, Kanunun geçici 1. maddesi çerçevesinde ele alındığında, korunmak istenenin; her türlü düşünce ve kanaat açıklama biçimi olmadığı, aksine; bir eylemin bu kapsamda kalabilmesi için meşru olan ve düşünce ve kanaat açıklaması bağlamında mutad olan bir yöntemle işlenmiş olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Buradan hareketle, eylemin işleniş yönteminin bizzat ayrı bir suç oluşturduğu veya düşünce ve kanaati açıklamak bakımından mutad kabul edilemeyecek olması halinde geçici 1. madde hükmü uygulanamayacaktır. 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde ifadesini bulan ve başkaca yazım biçimleri arasından tercih edilen “düşünce ve kanaat açıklama yöntemleri” ibaresi bu ilkeler ve Kanunun genel gerekçesi çerçevesinde değerlendirilmiş, örgütlenme özgürlüğü bağlamında ele alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğünün kolektif niteliği, ifade özgürlüğü ile yakın ilişkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince değerlendiriliş biçimi (29.06.2006 tarihli Öllinger - Avusturya, 26.07.2007 tarihli Barankevich - Rusya kararları gibi) nazara alınmıştır. Buna göre, sanıkların 2911 sayılı Kanunun 33/1 ve 32/1. maddelerine uygun olduğu kabul edilen eylemlerinin mutad ve meşru bir “düşünce ve kanaat açıklama yöntemi” olduğu değerlendirildiğinden, sanıklara yüklenen suçların tarihleri ve işlenme yöntemi ile temel şekli itibarıyla gerektirdiği cezanın süresine göre, hükümden önce 05.07.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi kapsamında düşünce ve kanaat açıklama yöntemiyle işlendiği ve bu nedenle sanıklar hakkında açılan davalara ilişkin olarak kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiş, sanıklar ... müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükümlerin bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 07.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”³⁰ denmiştir.

Diğer bir kararda ise: “Oluş ve tüm dosya kapsamına göre; 2911 sayılı Kanunun 23/b maddesinde belirtilen silah, araç ve malzemeleri taşımaksızın ya da anılan maddede belirtilen halleri gerçekleştirmeksizin, kolluğun gözetim

³⁰ Yargıtay 9. C.D., 7.3.2014 tarih, Esas No: 2013/18307, Karar No: 2014/2645 , UYAP Yargıtay Karar Arama Motoru (Erişim Tarihi: 01.05.2014), aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9. C.D. 19.2.2014 tarih, Esas No: 2013/17443, Karar No: 2014/1851, UYAP Yargıtay Karar Arama Motoru (Erişim Tarihi: 01.05.2014)

ve denetimi altında Diyarbakır Caddesi üzerinde oturma eylemi yapan ve kolluk görevlileri tarafından yapılan ihtara rağmen dağılmayan topluluğun, zor kullanarak dağıtılmak istenmesi üzerine görevlilere yönelik cebir ve tehditte bulunmaksızın birbirlerine kenetlendikleri, sonrasında kolluk tarafından kişilerin tek tek gruptan ayrılmaları sağlanmak suretiyle topluluğun dağıtıldığı ve grup içinde yer alan sanığın zor kullanılmasına rağmen dağılmamakta ısrar ettiğine dair delil de bulunmadığı gözetilmeden, 2911 sayılı Kanuna aykırılık ve örgüt adına suç işleme suçlarından beraatine karar verilmesi yerine yazılı biçimde mahkûmiyetine hükmolunması, kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BÖZÜLMESİNE, 03.06.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."³¹

Anılan kararlarda üzerinde durulması gereken noktalar, aktarılan düşünce ve kanaat terör örgütü propagandası olsa dahi usulüne uygun toplantı ve gösteri yürüyüşüyle yapılması durumunda buna tolerans gösterilmesi ile 2911 sayılı Kanunun pozitivist yorumuyla açıkça suç olarak düzenlenmiş bir direnme eyleminin yargı kararıyla esnetilerek suç oluşturmayacağı değerlendirmesidir. Yaşanan diğer bir güncel gelişme ise kamuoyunda demokratikleşme paketi olarak bilinen 6529 sayılı Kanunun, konumuzla ilgili olarak 2911 sayılı Kanunun bazı maddelerinde değişiklik getirmesidir. Söz konusu değişiklikler siyasi bir manevraya hizmet etmesinden ötürü içeriğinde esaslı ve samimi değişiklikler barındırmamaktadır. Buna göre, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı güzergâh, belediye başkanları, siyasi partiler ile meslek örgütleri ve sendikaların görüşünü alması şartıyla mahallin en büyük mülki amiri tarafından belirlenecektir. Bahse değer bir diğer değişiklik ise açık alanlardaki toplantı ve yürüyüşlerin güneş batmadan önce dağılması ve kapalı alandaki toplantıların ise -bir saat daha geç olarak- 24:00'e kadar yapılabileceği düzenlemesidir³². Tüm bu gelişmeler hem yasa koyucunun hem de Yargıtayın toplanma özgür-

³¹ Yargıtay 9. C.D. 3.6.2014 tarih, Esas No: 2012/8819, Karar No: 2014/6684, aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9.C.D. 3/6/2014 tarih, Esas No: 2012/9652, Karar No: 2014/6679, Yargıtay 9.C.D. 3/6/2014 tarih, Esas No: 2012/8629, Karar No: 2014/6681, UYAP Yargıtay Karar Arama Motoru (Erişim Tarihi: 15.06.2014)

³² <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-15.htm> (Erişim Tarihi: 01.05.2014)

lüğüne yaklaşımının daha ılımlı seviyelere geldiğini göstermektedir. Maalesef bu ılımlılaşmada başat etken, devlet organları nezdinde insan hakları farkındalığının artmasından ziyade caydırıcılık yeteneği yüksek Strazburg kararlarıdır.

Ülkemizde 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla, Anayasa Mahkemesi'nce, insan hakları ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurular kabul edilmeye başlanmıştır. Birçok hak ile ilgili yapılan yargılamalarda esas olarak AİHM kararlarında kabul edilmiş olan kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Nitekim bireysel başvuruda bulunabilmenin konu bakımından ilk şartı ileri sürülen ihlalin hem AİHS hem de Anayasa'da bulunan temel hakka yönelik olmasıdır. Bu şekilde yeni bir hak arama yoluyla Strazburg kararlarının yaptırım etkisinin iç hukuka taşınmasının hedeflenmekte olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararları, benzer amaç için oluşturulan Türkiye İnsan Hakları Kurumu ve Ombudsmanlık olarak da bilinen Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kararlarına göre icraî nitelikte ve daha etkili olduğu görülmektedir³³. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi son dönemde hak ihlali iddiaları için gözde bir başvuru kapısı haline gelmiştir. AİHM'e yapılması istenen başvurulardan önce Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamında bir zorunluluktur³⁴. Ancak başvuru sayısının artması temelsiz ihlal iddialarının da sayıca artmasına yol açması kaçınılmazdır. Bu sonuç Anayasa Mahkemesince verilen kararların büyük çoğunluğunun kabul edilemezlik kararı olmasıyla doğrulanacaktır³⁵. Anayasa Mahkemesi'nin toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla ilgili yalnızca bir adet karar verdiği ve bunun da "*başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle yetkisizlik kararı*" olduğu görülmektedir³⁶. Ülkemizde kullanımı sorunlu haklardan biri olan toplanma özgürlüğünü konu edinen başvurularda kamuoyunda başvuru

³³ Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu Dosya No: 03.2013/310-Gezi Parkı Protestoları, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2013-90.pdf> (Erişim Tarihi: 01/06/2014)

³⁴ AİHM'in, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu yönündeki kararı için bkz. *Hasan UZUN v. Turkey (10755/13)*, Press Releases- <http://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi:25/8/2013)

³⁵ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_31_mart_2014_istatistikler.pdf, (Erişim Tarihi: 01/06/2014)

³⁶ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 25.4.2014 tarih ve B.2014/5559 sayılı kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2da98b06-29af-4371-b041-fd08f-7cf8948?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 01/06/2014)

usulü ilgili eksiklikler giderildikten sonra esasa yönelik kararlar görmemiz mümkün hale gelecektir.

1.2.2. *AİHS 11. Madde³⁷ ve Strazburg Uygulamaları*

Sözleşmenin 11. maddesi barışçıl toplanma özgürlüğünü toplumsal ya da kişisel, hangi amaçlarla kullanılıp kullanılmadığına bakmaksızın temel bir hak olarak korumaktadır. Strazburg uygulamalarına göre toplantı hakkı yürüyüş ve gösterilerle birlikte *Cissé/Fransa* kararında kilisenin uzun süreli işgalinde görüleceği gibi oturma eylemlerini de içeren toplantıları kapsamaktadır. Toplu yürüyüşlerinin, halka açık toplantıların, protesto gösterilerinin ve kortej halinde yürüyüş şeklinde gösterilerin düzenlenmesinin Avrupa devletlerinin siyasi tarihlerinde önemli bir yer tuttuğunu ve bu hakkın kullanımıyla amaçlanan bilincin oluşturulmasının ciddi bir rol oynadığını belirtmek gerekmektedir³⁸. Belki de bu sebeple bu hakkın kullanımında objektif sınırları belirlemek gibi bir standart arayışında bize en yakın referans AİHS metni ve Strazburg uygulamaları olacaktır.

Strazburg, toplanma özgürlüğü ile amaçlananın genellikle bir düşünce veya talebi dile getirmek olduğundan toplantıyı düzenleyenlerin vermeyi planladıkları mesajın içeriğinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde benzeri bir korumadan yararlanması gerektiğini belirtmiştir.³⁹ Buna göre Mahkemenin ifade özgürlüğünde benimsediği gibi toplantı ve gösterilerin aktarmak istediği düşünceye veya talebe muhalif olan kişileri rahatsız edebilecek veya gücendirebilecek gösterilerin de korunması gerektiği belirtilmiştir⁴⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Öllinger/Avusturya* kararında da toplanma

³⁷ Türkiye'nin taraf olduğu AİHS' in 11. maddesinde yer alan toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiş olsa da, Strazburg kararlarına yalnızca toplanma özgürlüğü yönüyle birkaç önemli karar üzerinden göz atmak istegindeyiz.

³⁸ HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; BATES, E.P.; BUCKLEY, C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013, (Türkçe birinci baskı), s. 532.

³⁹ *Öllinger/Avusturya*; para. 38, aktaran DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 430

⁴⁰ *“Ärzte für das Leben” Platformu/Avusturya*, para. 32, çeviren DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - 2.Cilt, Avrupa Konseyi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1.Baskı, Ankara 2013, s. 467

özgürlüğünün ifade özgürlüğü benzeri bir korumadan yararlandığını benimsemektedir. Bu iki temel hak arasındaki bu dolaylı bağdan hareketle, toplanma özgürlüğünün belirli ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsadığı kabul edilmektedir⁴¹. Gerçekten de profesyonel yönetimlerin farklı ya da daha açık haliyle muhalif fikirlere karşı samimi bir hoşgörü gösterecek zihniyete sahip olabildikleri ölçüde demokrasiden o denli söz edilebilecektir⁴².

Bununla birlikte toplantının barışçıl olması şartı yanında herhangi bir biçimsel sınırlama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, barışçıl niyet ve tavırla yapılan toplantı ve gösteriler kanunsuz olsa dahi Strazburg'a göre tolere edilebilmelidir. AIHM'in bu hususla ilgili en meşhur kararlarından biri olan 2002 tarihli *Cissé/Fransa* kararında bir kilise binasının *işgal edilmesi*⁴³ gerçekleşmektedir. Karara konu olayda özetle, Fransa'da kalabilmek için gerekli belgelere sahip olmayan iki yüz kadar yabancı, yasadışı göçmenlerin sorunlarına ve göçmenlik statüsü incelemesindeki güçlüğü dikkat çekmek için Paris'teki St. Bernard adlı bir kiliseyi iki ay boyunca işgal etmektedir. Ayrıca on kişi de açlık grevine başlamıştır. Nihayet, bir ibadethanenin bu amaçla kullanılmayan bir toplantı sonucu ciddi bir şekilde bozulan sağlık koşullarına ev sahipliği yapması ve kamu düzeninin önemli ölçüde bozulmaya başladığı gerekçeleriyle tahliyesine karar verilmiştir. Ertesi gün yetkili makamların emriyle kolluk güçleri tarafından zor kullanılarak toplantıya müdahalede bulunulmuş ve başvuru dâhil diğer göstericiler hakkında idari gözaltına alma kararı ile sınır dışı etme kararı verilmiş, iki ay hapis cezası verilerek ertelenmiş ve belli bir süre Fransa topraklarına girme yasağı getirilmiştir. Mahkeme 11. madde ihlali dolayısıyla yapılan başvuru neticesinde söz konusu eyleme karşı yapılan müdahaleyle alakalı olarak ihlal kararı verilmemesine rağmen yapılan toplantının barışçıl olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Urcan/TR kararında da, AIHM, sözü edilen ulusal eylem gününün ulusal yetkililere önceden bildirildiğini tespit etmekte, bu bağlamda, toplanma özgür-

⁴¹ *Öllinger/Avusturya*, para. 38

⁴² DOĞRU; NALBANT; a.g.e. s. 430

⁴³ Kararın İngilizce metninde "*occupation*" yani "*işgal*" tabiri kullanılsa da bu tabirin şiddeti çağrıştırdığı düşüncemizi belirtmiş olalım.

lg ve görüşlerini bu özgürlük vasıtasıyla ifade etme hakkının demokratik bir toplumun temel değerlerinin bir parçası olduğunu dile getirmektedir. AİHM'e göre demokrasinin esasında meselelerin halka açık olarak tartışılarak czmlenmesi yeteneği bulunmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen eylemler, şiddete teşvik etme ve/veya demokratik ilkelerin reddini içermediği sürece, toplanma ve ifade özgürlüğü cerevesinde değerlendirilmelidir. AİHM, toplantı ve gösterilerde savunulan görüşlerin veya kullanılan ifadelerin yetkili makamların gözünde kabul edilemez veya şok edici veya ileri sürülen talepler gayrimeşru olsalar dahi, ifade ve toplanma özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik radikal tedbirlerin demokrasiye hizmet etmeyeceğini, hatta onu tehlikeye düşüreceğini vurgular. AİHM bu kararda da barışıl toplantı ve gösterilere yaklaşımını net bir biçimde ortaya koymuş, hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, yerleşik düzene karşı cıkan ve barışıl yöntemlerle hayata geçirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin toplanma özgürlüğü veya başka yasal yollarla dile getirilebilmesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, kararda:

*“...göstericilerin şiddet eylemlerinde bulunmadığı durumlarda, AİHS'nin 11. maddesi ile güvence altına alındığı şekliyle toplantı özgürlüğünün içeriğinin boşaltılmaması için, yetkili mercilerin barış yanlısı toplanmalara hoşgörüyle yaklaşması önem arz etmektedir.”*⁴⁴ denilmektedir.

Oya Ataman/Türkiye kararında ise iç hukuka göre (daha önce değinilen 2911 sayılı Kanun hükümlerine göre) açıkça aykırı bir şekilde n bildirimsiz olarak gerçekleştirilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü söz konusudur. Başvurucu İnsan Hakları Derneği'nin bir yesi ve bir avukattır. Başvurucu bu sıfatla F tipi cezaevlerini protesto etmek için İstanbul Sultanahmet Parkı'nda yapılacak basın açıklamasıyla son bulacak bir yürüyüşe katılmıştır. Gündüz vakti, yaklaşık 40-50 kişiden oluşan ellerinde pankartlarla yürüyüşe geçen bu gruba kolluk gcerince bildirimsiz gösteri yaptıkları ve kamu düzenini bozdıkları gerekçeleriyle dağılma uyarısında bulunulmuştur. Uyarıları dinleme-

⁴⁴ *Urcan ve Diğerleri/Türkiye*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-125661> (Erişim Tarihi: 24.06.2014)

yen grup yürüyüşe devam etmiştir. Bunun üzerine güvenlik güçlerince “*biber gazı*” kullanılarak gruba müdahalede bulunulmuş ve aralarında başvurucaunun da bulunduğu yaklaşık 39 gösterici gözaltına alınmışlardır. Başvurucu gösteri yürüyüşünün ve sonrasında yapılması planlanan basın açıklamasının güvenlik görevlilerinin müdahalesiyle engellenmesinin ifade ve toplantı özgürlüğünü ihlal ettiğini öne sürmüştür. Türk Hükümeti yapılan gösterinin kamuya açık olarak yapıldığından kamu makamlarına gösteri öncesinde gerekli tedbirleri alma imkânını veren bildirim şartının gerçekleşmediği ve bu usulün “*izin rejimi*”nden farklı olduğu şeklinde savunma yapmıştır. Strazburg daha önce benzer olaylarda olduğu gibi burada da bir gösterinin sadece mevzuata uygun olmamasını barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağı kanaatini ifade etmiştir⁴⁵. Ayrıca Mahkemece gösterinin trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için herhangi bir tehlike arz ettiğini gösterir bir delil bulunmadığı ve elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmasının odaklanılması gereken ana unsur olduğu ifade edilmiştir.

Daha önce değindiğimiz gibi toplantı ve gösteriler doğası gereği içinde şiddet eğilimli davranışları barındırma riskini yüksek oranda taşımaktadır. Ancak Strazburg, salt bu nedenle kısmen barışçıl olma özelliğini yitirmiş bir toplanmada özgürlüğün sınırlandırılması gerektiğini kabul etmemektedir. *Eze-lin/Fransa* davasına konu olayda başvuruca, yargı kararlarını protesto etmek amacıyla düzenlenen bir gösteriye katılmıştır. Bu gösteride yer yer şiddet hareketleri baş göstermiş, kamu binalarının duvarlarına kararları veren hâkimlere yönelik küfürler yazılmıştır. Mesleği avukatlık olan başvuruca hakkında gösterilere katıldığı gerekçesiyle savcılık tarafından baroya şikâyetle bulunularak uyarma cezası uygulanması talebinde bulunulmuştur. Baro tarafından yapılan inceleme neticesinde herhangi bir disiplin cezası uygulanmasına gerek görülmemiştir. Ancak bu karara karşı yapılan itiraz neticesinde mahkemece başvuruca hakkında uyarmadan daha ağır olan kınama cezası verilmiştir. Başvurucaunun anılan şiddet eylemleriyle birlikte adliye binası üzerine yazı-

⁴⁵ Oya Ataman/Türkiye, Türkçe çevirisi için bkz., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124242>

lan tehdit ve hakaret içerikli yazıları yazılması eylemine katıldığına yönelik bir delil bulunmamasına rağmen bu aşırılıkları onaylamadığını hiçbir şekilde göstermediğini veya kendisini bu cezai eylemlerden soyutlamak için yürüyüş alayını terk etmediği gerekçeleriyle bu karar verilmiştir. Başvurucu, kendisine verilen disiplin cezasının, ifade özgürlüğüne ve toplanma özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle Strazburg'a başvuruda bulunmuştur. Yapılan yargılama neticesinde AİHM, "...barışçıl bir toplantıda -mevcut olayda yasaklanmamış bir gösteride- yer alma özgürlüğü öylesine önemlidir ki, ilgili kişinin bizzat kendisi hadiseler sırasında cezalandırılabilir (reprehensible) bir fiil işlemedikçe, bir avukatın bile bu özgürlüğü herhangi bir şekilde kısıtlanamaz."46 diyerek 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kanımızca anılan kararda toplantı ve gösterinin bildirim usulüne uygun bir şekilde yapılmamış olması varsayımında dahi sonuç değişmemelidir.

Buna göre düzenlenen bir toplantının belirli bir süreyle sınırlı olarak kargaşaya yol açması, o toplantıyı barışçıl olmayan bir hale getirmezken, düzenleme amacı kargaşa çıkarmak olan bir toplantı ise 11. madde tarafından korunmayacaktır47. Bu iki durum arasındaki farkın belirlenmesi zor da olsa hayati önemde bir zorunluluk oluşturduğu görünmektedir. Bu belirlemenin keyfi bir niyet okuyuculuğuna dönüşmemesi için ise değerlendirmeler her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Anlaşıldığı üzere bu ayırmada esas alınacak temel ölçüt, şiddet hareketlerinin toplantı ve gösterilerin genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususudur48.

Diğer yandan, AİHM'e göre devlet yetkililerinin toplanma özgürlüğünü kullanan kişileri barışçıl olmayan karşıt göstericilerin saldırılarından da korumak gibi bir pozitif yükümlülüğü mevcuttur. Böyle bir karşıt gösteri durumu dahi bir toplantı veya gösteriyi yasaklamak için tek başına haklı bir sebep teşkil etmeyecektir. Bu yükümlülük 11. madde kapsamında yer alan toplanma özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasının güvence altına alınması için ge-

46 Kararın Türkçe çevirisi için bkz., <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=263> (Erişim Tarihi: 28.08.2013)

47 HARRIS; O'BOYLE; BATES; BUCKLEY; a.g.e., s.533.

48 DOĞRU; NALBANT; a.g.e., s. 432

tirilmiştir⁴⁹. *United Macedonian Organization Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan* kararına konu olayda Bulgaristan'daki Makedon azınlığın haklarını korumayı amaçlayan bir dernek 12 Eylül 2002 tarihinde bir Makedon şaire ait anıta doğru yürüyüşe geçmişler fakat anıtın çevresi 30 kişilik bir grup tarafından çevrildiği için yürüyüşü tamamlayamamışlardır. Bu grup tarafından dernek üyelerine karşı önce küfür, tehdit ve hakaret içerikli sözlü saldırıda bulunulmuş daha sonra ise ellerindeki bayrağa el konulması, posterin yırtılması ve kameranın tahrip edilmesi gibi fiziksel saldırılarda bulunulmuştur. Ayrıca dernek başkanının anıt çevresinde konuşma yapmak istemesi de engellenmiştir. İlerleyen aşamalarda iki gösterici grup arasında gerekli önlemleri alan kolluk güçlerinin anılan olayların meydana gelmesini önlemek konusunda yetersiz kalmıştır. Strazburg'a göre, yetkili devlet makamlarının dernek üyelerinin düzenlemiş olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşünün karşıt görüşlü göstericilerden korunmasında bir ölçüde isteksiz olduğunu ve gerekli önlemleri alma konusunda erken davranmadığını belirtmiştir. Bu şartlar altında mahkeme oybirliği ile yetkili makamların hukuka uygun davranan göstericilerin barışçıl bir şekilde gösterilerine devam etmelerini sağlayacak makul ve uygun önlemler almaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁰.

Öllinger/Avusturya davasında ise bir milletvekili tarafından düzenlenen, Salzburg mezarlığında Azizler Günü'nde yapılması gereken küçük bir toplantı, İkinci Dünya Savaşı'nda öldürülen SS askerlerini anmak için bir grup tarafından düzenlenen bir tören ile aynı zamana rastladığı için yerel makamlarca tamamen yasaklanmıştır. Başvurucunun düzenlediği toplantının amacı, SS tarafından işlenen suçları hatırlamak ve SS üyelerince öldürülen Yahudileri anmaktır. Toplantı sessiz biçimde toplantıya gelecek kişilerin giysilerine iliştilmiş mesajlarla ve herhangi bir slogan atılmaksızın veya pankart kullanılmaksızın gerçekleştirilecektir. Daha önce de aynı güne rastlayan törenlerde gruplar arasında öfkeli tartışmalar yaşanmıştır. Burada dikkat çeken toplanma özgürlüğü çerçevesinde karşıt anmayı düzenleyenlerin menfaatleri ile mezarlı-

⁴⁹ HARRIS; O'BOYLE; BATES; BUCKLEY; a.g.e., s.533.

⁵⁰ Aktaran bkz., DOĞRU; NALBANT, a.g.e., s. 436.

ğa dini inancını açığa vurmak için gelen kişilerin din ve vicdan özgürlüğü arasında denge kurulması konusu gündeme gelmektedir. Karışıklığın önlenmesi için güvenlik önlemlerinin bulunması, bu konuda devletin sahip olduğu geniş takdir alanına rağmen yasağın menfaatler arasında adil bir denge kurmaması ihlal kararı verilmesine neden olmuştur. Strazburg bu kararında bir hakkın diğerinden üstün tutulmasından ziyade, iki hak arasında uzlaşma sağlamak için çaba gösterilmesi gerektiğini açıkça benimsemektedir⁵¹.

Görüldüğü üzere bu tür bir durumda kolluk güçlerinin alması gereken önlemler, sorun yaratan gruba uyarıda bulunmak ve gerekiyorsa devamında şiddet uygulayan kişileri yakalamak olacaktır. Karşıt görüşlü kişilerden kaynaklanan düzensizlik tehdidi, toplantı ve gösterilere müdahale edilmesini tek başına haklı kılmaz. Bazen gerçekten de tehdidin etkisiz hale getirilmesi için tek çare yasaklama ve müdahale olabilir. Görüldüğü gibi bu pozitif yükümlülüğün gerekleri yetkili makamlara bir hayli geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle AİHM, karşıt gösteri ile ilgili önleyici tedbirler almak yerine bu gösteri nedeniyle diğer gösteriye mutlak bir yasak getirilmesine ilişkin yetkili makamlarca öne sürülen gerekçelerin daha dikkatli bir incelemeye tabi tutulacağını ve son çare olarak yasaklamanın ise “*özel bir gerekçelendirme*”⁵² gerektirdiğini ifade etmiştir.

Hem iç hukukumuzdan hem de Strazburg’un genel yaklaşımından anlaşılmaktadır ki, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırıyla ilgili “*efradını cami ağıyarını mani*” bir tanım yapılması mümkün değildir. Her somut olayın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek hakkın kapsamı içinde veya dışında bir sonuca ulaşılmalıdır. Konuyla ilgili üzerinde tartışma bulunmayan ya da genel bir ilke olarak kabul edilen husus toplantı ve gösteri yürüyüşünün barışçıl nitelikte olması gerekliliğidir. Saldırısız ve barışçıl olarak kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bildirim ya da izin ön koşulu sağlanmamış olsa dahi korumadan yararlanmalı, sırf bu sebeple yasadışı hale geldiği varsayılmamalıdır. Hatta bununla birlikte toplantı ve gösteriler esnasında içerden

⁵¹ HARRIS; O’BOYLE; BATES; BUCKLEY; a.g.e., s.533.

⁵² *Öllinger/Avusturya*, para. 44

ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı devletin barışçıl hak sahiplerini koruma ödevi bulunmaktadır. Gösterilecek hoşgörü toplanmanın kamusal tartışmaya katkısı ve önemi, verilen süre içerisinde mesajın verilir verilemediği, toplantının devamının başka kişilerin hak ve özgürlüklerine etkisi gibi ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Yeri gelmişken AIHM tarafından toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımına getirilecek kısıtlamaların kanuni olması gerektiğini belirtmiş olalım. Buna göre yapılacak müdahalelerin yasayla öngörülebilir olması gerekmektedir. Aslında burada da ifade özgürlüğü davalarında uygulanan “*kanun tarafından öngörülmüş olma*” şartıyla alakalı genel prensipler uygulama alanı bulmaktadır. Özgürlüğe getirilecek kısıtlamanın kanun tarafından öngörülmüş olması yeterli değildir. Düzenleme anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmış olmalı ve bunu okuyanlara gelecekteki hareketlerini buna göre ayarlama imkânını sağlamalıdır⁵³.

Djavit An/Türkiye davasında Kuzey Kıbrıs'ta oturan başvurucunun, hattı geçip Güney Kıbrıs'ta iki topluluğun ortak düzenlediği bir gösteri yürüyüşüne katılmasının engellenmesi, bu engelleme hiçbir kanun tarafından öngörülmemiş olduğundan Türkiye aleyhine ihlalle sonuçlanmıştır. Kararda, kişiler, ihtiyaç halinde uygun hukuki yardımdan faydalanarak bir olayın kendi şartları içerisinde makul bir derecede hareketinin neticelerini öngörebilmesi gerekir demektir⁵⁴. Görüldüğü gibi AIHM gittikçe kanun tarafından öngörülmüş olma kriterini geniş bir şekilde uygulamakta ve kısıtlamayı öngören hukuki düzenlemenin anlaşılabilir olmasına önem vermektedir.

AIHS'in 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” kriteri gözetilmek şartıyla kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlamalara tabi tutulabilir. Özgürlüğe getirilen kısıtlamaların hangi hallerde “*demokratik toplumda gerekli olma*” kriterine uygun

⁵³ “*hukuken öngörülebilirlik*” ilkesi için bkz., *Sunday Times/Birleşik Krallık* kararı, Çeviren: DOĞRU, Osman,

(<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> Erişim Tarihi: 29.08.2013)

⁵⁴ *Djavit An/ Türkiye* para. 65, kararın Türkçe çevirisi için bkz., İŞGÖREN, a.g.e., s.224

olacağı sözleşme metninden anlaşılmemaktadır. İşte bu kriterin ne şekilde uygulanacağını da AİHM içtihatları ortaya koymuştur.

Strazburg özgürlüğün kısıtlanmasının gerçekten “*acil sosyal bir ihtiyaca*” cevap verip vermediğini ve kısıtlamanın, kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaca orantılı olup olmadığı sorusuna cevap bulacaktır. Bu orantılılığın kontrolünde AİHM’in görevi aslında, göstericilerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşü yoluyla ifade etme hakları ile 11. maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlar arasında bir dengeleme kurmaktır⁵⁵. Mahkeme’nin genel içtihadına göre kamuya açık alanlarda yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü şu veya bu şekilde gündelik hayatı ister istemez etkileyecek, mesela şehir trafiği normal olarak işleyemeyecektir. Bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının birer doğal sonucu olduğu söylenebilir. Otoritelerin bu gibi durumlarda gerçek bir hoşgörü göstermeleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunmamaları gerekmektedir⁵⁶.

Konuyla ilgili anlatılanların ışığında ihlal kararları çıkmadan AİHM kararlarıyla benimsenen ilkelerin ulusal mevzuatın üstünde göz önünde bulundurulması gerektiği değerlendirilebilir. 1982 Anayasası’nda 2004 yılında gerçekleştirilen anayasa reformu çerçevesinde değiştirilen 90’ıncı madde “Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla (ulusal) kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmünü ifade etmektedir. Bu durumda ana referans olarak AİHS’in bir yorumu olan AİHM içtihatlarını esas almamız gerektiği söylenebilir⁵⁷. Aslında 1982 Anayasası’nın 34. maddesiyle AİHS’in 11. maddesi düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluk değil, aksine örtüşme olduğu söylenebilir. Uyumsuzluk, Türkiye’de toplantı hakkının kullanımını düzenleyen 2911 sayılı yasa nedeniyle beliriyor. Toplanma hakkının kullanılmasına “şekil, şart ve usul” bakımından pek çok sınırlama getirerek, kamu

⁵⁵ TANYAR, Ziya Çağa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AÜHF, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s.625

⁵⁶ TANYAR, a.g.e., s. 625

⁵⁷ Aynı yönde bkz., ALTIPARMAK, Kerem, “Gezi’nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı” <http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplantı> (Erişim Tarihi: 28.08.2013)

otoritesine bu araçlar üzerinden çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu kanun bugün Türkiye'nin uymayı taahhüt ettiği ve kendi yasalarının üzerinde tuttuğu AIHM içtihatlarının önemli ölçüde gerisinde kalmıştır. Strazburg içtihatları ile Türkiye'de "12 Eylül" sonrası militer yönetimin bir ürünü olan 2911 sayılı Kanun, farklı paradigmaları temsil ettiğinden hukuken açıkça çatışmaktadır. Bu ulusal ve uluslararası mevzuat arasındaki çelişki giderilirken Anayasa'nın 90. maddesinin esas alınarak AIHM içtihatlarının üstünlüğünü kabul etmek gerekmektedir. Zira her zaman "kusursuz" kararlar verebilme kabiliyetine sahip olmayan Strazburg'un konuyla ilgili olarak, Türkiye iç hukukunun aksine, insan haklarına yönelik evrensel olarak kabul görmüş olan anlayışı benimseydiğini söyleyebiliriz.

2. MÜDAHALEDE SON ÇARE: ZOR KULLANMA

2.1. Ulusal Mevzuat

Çalışmamızda kolluk müdahalelerinden esasen üzerinde durmak istediğimiz olanı, toplanma özgürlüğü kullanılırken yetkili makamların tehditleri bertaraf etmek veya azaltmak için çeşitli yetkilerini -bilhassa dağıtma yetkisini- kullanmasına ilişkindir. 2911 sayılı Kanun'un 24. maddesi ve bu Kanunun uygulanmasına dair Yönetmelik⁵⁸'in 16. maddesi düzenlemelerine göre kolluk güçlerinin yasadışı olan toplumsal olaylara zor kullanarak müdahale etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin kullanımı kolluk tarafından kural olarak ihtarin yapılması ve makul sürenin tanınması gibi bazı prosedürlere sonra gündeme gelebilecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri mevzuatında güvenlik güçlerinin hangi hallerde zor kullanabileceği belirtilmekle birlikte bunun teknik ve yöntemiyle ilgili herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Güvenlik güçleri karşılaştıkları çeşitli durumlar karşısında zor kullanma yetkisine sahiptirler. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ifadesiyle⁵⁹ "polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir".

⁵⁸ Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 08.08.1985 Resmi Gazete Sayısı: 18836

⁵⁹ Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun No: 2559, Kabul Tarihi: 04.07.1934, RG, 14.07.1934, No: 2751, madde: 16

PVSK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette *bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre kolluk güçlerinin toplumsal olaylara müdahalesi esnasında zor kullanmanın şartları oluştuysa sayıldığı gibi aşamalı bir yol izlenmesi gerekecektir. Ayrıca maddenin devam eden fıkralarında, bu yetkinin kullanılması durumunda direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacak araç ve gereç ile “zor”un derecesinin polisçe takdir edileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun böylesi özel bir takdir yetkisinin kolluğa tanınmasındaki beklentisinin önemli bir düzeyde olduğu çıkarımını yapmak mümkündür. Toplumsal olaylarda müdahale gerektiren durumlarda toplu kuvvet kullanmayı gerektirecek zamanlarda ise zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir denmiştir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, bu maddeye dayanarak toplu kuvvet kullanmaya yönelik müdahale emri almış bir polisin, eylemin kötü muamele veya işkence gibi suçları oluşturma ihtimaline binaen, 1982 Anayasası'nın 137/2 ve buna paralel 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24/3 hükümleri gereği konusu suç teşkil eden emri yerine getirmemesi gerekecektir. Aksi halde emri veren amirin ve zor kullanan polisin sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır.

Toplumsal olaylara zor kullanmak suretiyle müdahale edilmesi yetkisi, birey ile devletin karşı karşıya geldiği hassas anlardan biridir⁶⁰. Tam da bu noktada özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin çok iyi saptanması gerekmektedir. Kolluk güçleri devletin pozitif yükümlülüğü konusunda değindiğimiz üzere hakkı barışçıl olarak kullanan kişileri, “*hasım dinleyici*”⁶¹ konumunda bulunan kişilerin eylemlerinden izole etmek yükümü altındadır. Ancak tüm çabalara rağmen toplantı ve gösterilere sızmış bulunan kimseler dolayısıyla kötü niyet, şiddet eğilimi, provokasyon ya da vandallık içeren eylemlere mani

⁶⁰ İŞGÖREN, a.g.e., s. 135

⁶¹ GÜRAN, Sait, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1969, s. 314.

olunması kaçınılmaz duruma geldiyse bu noktada zor kullanarak dağıtma yetkisine başvurulmalıdır. Strazburg da, daha önce değinilen *Cissé/Fransa* kararında iki ay boyunca barışçıl bir şekilde sürdürülen bu işgalin zor kullanılarak durdurulması, kilisede sağlık koşullarının risk içerecek düzeyde bozulduğu ve açlık grevinde olanların durumlarının kötüleşmeleri nedeniyle haklı görülebilir demektedir.

Zor kullanma yetkisinin geniş takdir yetkisi ve inisiyatif içermesinden dolayı uygulamadan dolayı birçok sorun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Toplumsal olaylar sırasında toplantı ve gösteri özgürlüğünün sınırları aşıldığında kolluğun zor kullanma yetkisi gündeme gelebilecek ve orantısız güç kullanımı dolayısıyla başka bir ihlal türü de ortaya çıkabilecektir. Güvenlik güçlerinin orantısız güç kullandığı iddiası sıklıkla, yakalama ile toplantı ve gösterilerin dağıtılması sırasında gündeme gelmektedir. Yüzeysel bir yorumla bu tür müdahalelerin insan hakları hukukunda, işkence dışındaki kötü muameleler kapsamında değerlendirildiği yorumu yapılabilir. Tam da bu esnada konuyla ilgili Strazburg içtihatlarına değinmek faydalı olacaktır.

2.2. AİHM'in Yaklaşımı

AİHM, kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen birçok davada Sözleşme'nin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, "*Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak 3. maddede korunan hakkın ihlâline sebep olur.*"⁶²

Polisin, yasadışı gösteri yapanları dağıtmak için aşırı güç kullandığı ve başvurunun bir parmağının kırıldığı, vücudunun çeşitli yerlerinde ekimoz ve ezilmelerin olduğu *Güler/Türkiye* kararında Mahkeme, yasadışı bir toplantıyı dağıtmanın bu derece yoğun ve şiddetli bir güç kullanımını mazur göstereme-

⁶² ALTIPARMAK, Kerem, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? - Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

yeceğini saptamıştır⁶³. Barışçıl toplanmadan bahsederken değindiğimiz gibi, bir eylemin yasadışı olması ona mutlaka şiddetle cevap verileceği anlamına da gelmez. *Samüt Karabulut/Türkiye* davasında, başvuru 2911 sayılı Kanun uyarınca önceden bildirimde bulunmadan yürüyüş yapan bir grup içerisinde yer almıştır. Grup polisin uyarıları sonrasında dağılmış ancak başvuru ve bir başka gösterici slogan atmaya devam etmiştir. Ancak başvuru kişinin şiddete başvurduğunu veya fiziksel direnç gösterdiğini ortaya koyan bir delil bulunmamaktadır. AİHM bu şartlar altında başvuru kişinin başında yaralanmaya neden olan müdahalenin orantısız olduğuna karar vermiştir⁶⁴. Diğer bir deyişle, kanunsuz olsa bile barışçıl olan bir toplantıya fiziksel müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlâl edebileceği ihtimalinden söz edilebilecektir.

Bu bağlamda, Strazburg'un toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması eylemlerini AİHS 3. madde bakımından ihlâl ettiği görüşünde olduğu bazı kararlarından bahsetmeden önce genel olarak "*işkence ve kötü muamele*" kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamızda işkence ve kötü muameleyle ilişkin her unsurun tek tek incelenmesi yerine özellikle kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkilerinin kullanılmasında ortaya çıkması muhtemel hak ihlalleri yönünden bize yardımcı olacak yönlerine değinmeye çalışacağız.

3. YETKİSİZ MÜDAHALE: İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE⁶⁵ YASAĞI

3.1. İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Ceza

3.1.1. Uluslararası Düzenlemeler

Evensel bir suç olarak kabul edilen işkenceyle ilgili uluslararası ve ulusal

⁶³ *Güler/Türkiye*, para.46, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

⁶⁴ *Samüt Karabulut/Türkiye*, para. 43-44, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

⁶⁵ Çalışmamızda zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele tabirlerinin kendi içindeki ayrımlarının çok net olmaması, esas ayrımın bunların işkence ile arasında olması nedeniyle bu üçünün yerine biz de ağırlıklı kullanım olan "*kötü muamele*" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

hukuktaki tanımlamaların birbiriyle büyük bir farklılık oluşturmadığını belirtmek gerekmektedir. İşkence tanımına yer veren temel uluslar arası belgelerin başında 10 Aralık 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁶⁶ (İKS) gelmektedir. İKS' nin 1. maddesi işkenceyi:

“1.Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf sağlamak, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak,kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir ayrımcılığa dayalı bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kışkırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek maddi ya da manevi ağır acı vermek ya da eziyette bulunmaktır. Niteliği gereği ya da salt yasal yaptırımlardan doğan acı ya da eziyet işkence sayılmaz.

2. Bu madde, daha kapsamlı bir uygulamayı içeren ya da içerebilecek olan uluslar arası bir belge ya da ulusal düzenlemeyi zedelemez.”

şeklinde tanımlamaktadır.

İKS'den daha önce, 9 Aralık 1975 tarihli Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge (İKB)'de yapıldığını görmekteyiz. İKB'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında işkencenin bu tür muamele ya da cezaların ağır ve kasıtlı işlenen bir türü olduğu belirtilmektedir⁶⁷. İşkence ve kötü muameleye ilişkin hemen hemen benzer tanımlar içeren uluslararası düzenlemelerin bulunduğu başlıca diğer belgeler ise Amerikalılararası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, İstanbul Protokolü olarak bilinen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve

⁶⁶ Türkçe çevirisi için bkz., ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999, s.195-208

⁶⁷ Türkçe çevirisi için bkz., GEMALMAZ, Mehmet Semih, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s. 28-30

Belgelendirilmesi İçin Kılavuz'dur. İşkence yasağı, çalışmada esas alacağımız temel belgelerden biri olan AİHS'in 3. maddesinde "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*" şeklinde düzenlenmiştir.

Adı geçen düzenlemelerin neredeyse hiçbirinde "*kötü muamele*" diye isimlendirdiğimiz "*zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza*" eylemleri ayrı ayrı tanımlanmamıştır. Bununla birlikte işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın da kesin çizgilerini tespit etmek genellikle zordur. Bunun saptanabilmesi için işkence ve kötü muamele arasındaki çeşitli yapısal ilişkilerden birinin benimsenmesi gerektiği söylenebilir⁶⁸. Bunlardan birincisi acı ve ızdırabın yoğunluğuna bağlı ilişkidir. Buna göre, bir davranış kademeli olarak aşağılayıcı, insanlık dışı veya işkence olabilir. Bu yaklaşımın ağırlık noktası acı ve ızdırabın yoğunluğudur. Bu yüzden burada işkencenin diğer kötü muamelelerle arasındaki ilişki dikey bir ilişkidir. İkincisi, işkencenin diğer kötü muamele türlerinden başka unsurlar nedeniyle ayrılmasıdır. Bu yaklaşım, işkenceyi diğer kötü muamele türlerinden araç olduğu mekanizmanın niteliğiyle ayırmaktadır. Buna göre, bir yaşlının bir huzurevinde çektiği acı ve ızdırıp ne kadar yüksek olursa olsun verilen acı ve ızdırıp, hukuk metninde sayılan özel amaçlardan biri nedeniyle yapılmamışsa, bu kişinin işkence gördüğü söylenemez. Çünkü her iki davranış birbirinden ayrı kategorilerdir ve bu farklılığı belirleyen ölçüt acı ve ızdırabın ağırlığı değildir. Üçüncü ölçüt ise, diğer iki ölçütün birlikte dikkate alındığı karma durumdur. Buna göre, bir davranışın işkence olarak nitelenip nitelenemeyeceğini saptamak için önce yatay ilişki ölçütü uygulanacak, eğer amacı açısından işkence olması mümkün olmayan bir muamele söz konusu ise bunun zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olduğu saptanacaktır. Eğer diğer unsurlar açısından işkence olarak tanımlanma potansiyeli taşıyorsa bu kez dikey ölçüte göre muamelenin işkence sayılacak derecede yoğun olup olmadığına bakılacaktır. Bu üçüncü yaklaşım, işkence dışı kötü muamele türlerini işkence olarak nitelenebilir ve

⁶⁸ ALTIPARMAK, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

işkence olarak nitelenemez olarak ikiye ayırmayı gerektirecektir.

3.1.2. Strazburg Uygulamaları

AIHM'in de işkence kötü muamele arasındaki ayrımı İKB'nin 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki anlayışı benimseyerek yaptığı kararları mevcuttur⁶⁹. Bunun yanında birçok kararında bu ayrımın zor olduğunu belirterek farklı davalarda uygulanan muamelenin mahiyetine, amacına, şiddet derecesine, olayın özelliğine ve mağdurun kişiliğine göre farklı kararlar vermekte olduğu görülmektedir. Örneğin *Selmouni/Fransa* kararında, geçmişte işkence olarak kabul edilmeyip insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilen bazı eylemler AIHM'e göre gelecekte farklı tanımlanabilecek, işkence olarak değerlendirilebilecektir. Strazburg'a göre kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir⁷⁰. Yine *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında da kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari düzeyin değerlendirilmesinin olayın niteliğine göre değişeceği belirtilmiştir. Bu asgari düzeyin, olayın bütün şartlarına bağlı olduğu vurgusu yapılarak, kötü muamelenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kapsamına girebilmesi için asgari bir yoğunlukta olması gerektiğini ve bu asgari düzeyin birçok şarta göre değiştiğini ifade edilmektedir⁷¹. İşkence ve kötü muamele eylemlerinin açık bir tanımının bulunmaması ve aralarındaki ayrımın kolay bir biçimde yapılamamasının devletin ihlallerin önüne geçebilmek için her iki yasak bakımından da göstermesi zorunlu olan hassasiyeti değiştirmemektedir. Aksine böyle bir tanım boşluğunun bulunmasının daraltıcı yorumlar yapılarak uygulamada sorunlar yaşanmasının önüne geçeceği düşüncesi de ileri sürülebilecektir⁷².

⁶⁹ *Dikme/Türkiye kararı, para. 93*

⁷⁰ GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 446

⁷¹ Benzer kararlar için bkz., *Veznedaroğlu/Türkiye, Taştan/Türkiye, Uyan/Türkiye, Price/Birleşik Krallık* kararları.

⁷² DOĞAN, İlyas; KAYA, Mehmet, *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 9

Her ne kadar her somut olayda işkence ve kötü muameleyi birbirinden ayırt etmek zor bile olsa yapılan tanımlardan üzerinde genel olarak uzlaşıldığı kadarıyla işkence ve kötü muamelenin unsurlarını kategorize edebiliriz. Buna göre işkencenin: (1) Fiilin objektif unsuru olan fiziksel ve ruhsal ağır acı ve ızdırapların uygulanması, (2) Fiilin subjektif unsuru olan kasıt ve belirli bir niyetin olması (3) failin devlet gücüne dayanması şeklinde üç temel unsuru olduğu söylenebilir. Bununla birlikte en azından işkenceye göre acı ve ızdırap oranının daha az olduğu söylenebilecek kötü muamelelerin unsurları ise: (1) Kasti olarak önemli ölçüde zihinsel ve fiziki acı ya da ızdıraba maruz bırakmak, (2) Bunun kamu görevlilerinin rızası veya muvafakati ile yapılması, (3) Sınıflandırılmamış ya da sınıflandırılması bir çırpıda mümkün olmayan fiiller şeklinde sıralanabilir⁷³. Strazburg'un oturmuş içtihatlarından anlaşılacağı üzere AİHS 3. madde korumasından yararlanabilmek için davaya konu davranışın en az belli bir düzey ve ağırlıkta olması gerekmekte olduğunu ifade etmekte fayda bulunmaktadır⁷⁴. Bu “*asgari eşik*” işkence ve kötü muamelenin ilk unsuru olan acı ve ızdırabın yoğunluğunda belirleyicilerden birisi olarak göz önünde bulundurulur⁷⁵. Hem işkence hem de kötü muamelede aranan kasıt unsuru işkence ve kötü muamelenin aynı zamanda amaç unsurudur. İşkencenin amaç unsurunu genelde ceza soruşturmasıyla ilgili konular oluşturmaktadır. Oysa işkencenin, iktidarların kendine muhalif olanları sindirmenin ve cezalandırmanın bir aracı olarak kullandığı olaylarda gerçek amacın sadece bir ceza muhakemesi aracı olmadığı da bilinmektedir⁷⁶. Buradan hareketle belli bir siyasi görüşü, etnik veya dinsel grubu cezalandırmak amacıyla polisin toplumsal olaylara müdahalesinde aşırı güç kullanması, amaç unsurunun gerçekleştiği öne sürülebilir⁷⁷.

⁷³ DOĞAN,;KAYA, a.g.e., s. 10

⁷⁴ ÖNOK, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 175

⁷⁵ Bkz. Umar KARATEPE/Türkiye , <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-125268> (Erişim Tarihi: 24.06.2014)

⁷⁶ BURGERS, J. Herman, DANELIUS, Hans ‘tan aktaran ALTIPARMAK, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

⁷⁷ ALTIPARMAK, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi:

Bunun yanında belirtmek gerekmektedir ki, hukuka uygun yaptırımların uygulanmasından doğan, bu yaptırımların doğasında var olan veya geçici biçimde oluşan acı ve ızdırap işkenceyi oluşturmayacaktır⁷⁸. Söz gelimi, Türkiye uygulamasında barışçıl olma niteliğini tamamen kaybetmiş bir toplantı veya gösteriye kolluğun PVSK gereği orantılı ve ölçülü bir şekilde zor kullanması durumunda böyle bir tartışma söz konusu olamayacaktır. Ancak zor kullanma yetkisinin bulunmadığı veya hukuka aykırı yaptırımların uygulandığı durumlarda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu şekilde yetkisiz zor kullanma durumlarında neredeyse evrensel olarak kabul görmüş olan mutlak işkence yasağı devreye girecektir.

Çalışmamızın başında toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin provoke edilmeye müsait ortamlardan biri olduğuna ve kolluğun görevlerinden birisinin de barışçıl toplanmalarda şiddet eğilimli olan kimselere yönelik tedbirler alınması gerektiği konusuna değinmiştik. Bu şekilde gösteri ortamlarına sızan kişilerden gerçek hak sahiplerini korumak da devletin yükümlülüğüdür. Bu şekilde davranan kışkırtıcı ya da şiddet eğilimli eylemcilerin tamamen kontrol altına alındıktan sonra örneğin dövülmesi şüphesiz yetki dışında kalacaktır. Dolayısıyla işlediği fiil ne olursa olsun kontrol altına alınmış bir kişi üzerinde uygulanan şiddetin orantısından bahsetmek mümkün değildir. Tam tersi bir bakış açısıyla zor kullanma yetkisinin söz konusu hallerde müdahalenin orantılı mı orantısız mı yapıldığı değerlendirilebilecektir. Yetkide sınırın aşılması halinde ise kötü muamele ortaya çıkacaktır. Oysa bu yetkinin hiç bulunmadığı anlarda yapılan müdahale diğer bazı şartların oluşması durumunda işkence oluşturabilecektir. Bu düşüncede ana dayanak noktası mutlak yasağın tanındığı bir eylem açısından orantılılık değerlendirmesinin söz konusu olamayacağı durumudur. Bu düşünceye göre tamamen barışçıl bir toplanmada yetkisiz bir müdahalede zor kullanmaya başvurulduğunda daha az acı vermeyi meşru bir sebeple açıklamak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla profesyonel olarak eğitim almış olmakla birlikte organize güç kullanabilme araç ve gereçlerine sahip güvenlik güçlerinin karşısında, genel olarak barışçıl olma özelliğini yitirmemiş bir toplanma

29.08.2013)

⁷⁸ *Nevruz Koç/Türkiye*, para. 44, *Soner ve Diğerleri/Türkiye*, para. 40, *Güler/Türkiye*, para. 41

ve gösteri eyleminde, bireylerin tamamen kontrol altında olduğunu söylemek kanımızca hatalı görünmemektedir. Böyle bir andan itibaren yapılacak yetkisiz müdahalelerde acı ve ızdırabın yoğunluğundan artık bahsedilemeyecektir. Zira böyle bir durum uygulanacak şiddetin meşruluğunu baştan kabul etmek olacaktır⁷⁹.

Ayrıca, hem ulusal mevzuatın (TCK 94. madde), hem de İKS ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin işkence tanımına⁸⁰ göre işkence suçunun işlenmesi için bir resmi mekânda ya da özgürlüğün resmi şekilde kısıtlanmış olması şartı aranmamaktadır. Önemli olan, alıkoyan kişinin alıkonan üzerinde fiziki bir hâkimiyet kurmuş olmasıdır. Bu şartın, kolluk görevlilerinin kişinin karşı koymasının polisin sayı ve gücüne bağlı olarak bir anlam ifade etmeyeceği durumlarda açıkça gerçekleşebileceği ileri sürülebilecektir⁸¹.

3.2. Bir Zor Kullanma Yöntemi Olarak ‘Biber Gazı’ Kullanımı AİHS 3. Madde İhlali Mi?

İç hukukta kanunca öngörülen aşamalı müdahalede maddi gücün yöntemi-ne ilişkin PVSK'nın 16. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi düzenlemesinde, “- Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.” denmiştir. Polisin zor kullanma teknikleri her zaman tartışmalara neden olmuştur. Bunlardan “*biber gazı*” olarak bilinen göz yaşartıcı gazlar uygulamada yoğun kullanılmaktadır. Biber gazının kullanılma yöntemine ilişkin yasal dayanaklara, içerdiği kimyasallara ya da sağlık üzerindeki etkileri detaylı bir çalışmayı gerektirdiğinden⁸², AİHM'in bu tekniğe, ele almaya çalıştığımız iş-

⁷⁹ ALTIPARMAK, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013)

⁸⁰ KURŞUN, Günel, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 27, http://www.iccnw.org/documents/101_questions_on_the_ICC_Gunal_Kursun_Sept_2011_BOOK.pdf (Erişim Tarihi: 30.08.2013)

⁸¹ ALTIPARMAK, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_Orant%C4%B1s%C4%B1z_G%C3%BC%C3%A7_Kullanma_Sorunu (Erişim Tarihi: 29.08.2013).

⁸² “*Biber Gazı*”nın insan sağlığı üzerindeki etkilerine ilişkin bkz., OSMANOĞLU, Kerem,

kence ve kötü muamele yasağı bakımından, nasıl yaklaştığına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

Oya Ataman/Türkiye kararında 22.04.2000 tarihinde F tipi hapishaneleri protesto etmek üzere toplanan başvuruçunun da içinde bulunduğu grup biber gazı kullanılmak suretiyle dağıtılmış ve başvuruçuda dahil olmak üzere 39 gösterici göz altına alınmıştır. Başvuruçuda gösteri yürüyüşünün dağıtılmasında kullanılan biber gazının göz yaşarması ve nefes alıp vermede zorlanma gibi fiziksel rahatsızlıklara yol açmasından dolayı AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Strazburg öncelikle biber gazının Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde gösterileri denetim altında tutmada ve denetimden çıkmaları halinde dağıtılmalarında kullanıldığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra biber gazının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin Ek'inde sayılan zehirli kimyasallar içinde bulunmadığını kabul etmekle birlikte, kullanılmasının solunum sorunları, bulantı, kusma, göğüs ağrısı, gözlerde ve deride rahatsızlıklara yol açabileceğine işaret etmiştir. Ancak başvuruçunun söz konusu gaza maruz kalmasından dolayı ortaya çıkan rahatsızlıklarına ilişkin herhangi bir tıbbi rapor sunmamış olmasından dolayı Mahkeme, 3. maddeye aykırı muamele iddiasını destekleyen delil bulunmadığını ve buna dayanarak da ihlalin bulunmadığına hükmetmiştir.

Daha önce barışçıl toplanmalar (11. madde) bakımından ihlal tespit edilen kararda bu defa gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasında biber gazı kullanılmasının işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olabileceğinin ilke olarak kabul edilmiş olduğu tespitini yapmak mümkün görünmektedir. Verilen kararda kişinin katılmış olduğu gösteri yürüyüşünün biber gazı kullanılması suretiyle dağıtılması durumunda 3. maddenin korumasından yararlanabileceği sonucu açıkça çıkarılabilecektir. Çünkü Strazburg, ihlal tespitinde bulunulmamasının gerekçesi olarak ispat konusunu işaret etmiştir⁸³. Mahkemenin başvuruçuya biber gazıyla müdahalede bulunulmuş olmasının işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde bir etki oluşturduğunu ispat edecek delilleri ortaya koyamadığı

Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011, s. 65-91.

⁸³ GEMALMAZ; İşkence Yasağı, s. 337-372.

değerlendirmesinin zıt yorumuyla bunun ispatı halinde biber gazı tekniğinin işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edebilecek nitelikte olabileceği sonucu çıkarılabilecektir.

Ali Güneş/Türkiye kararı⁸⁴'nda ise, başvuru 28.06.2004 tarihinde İstanbul'da gerçekleşen bir NATO toplantısı protestosuna katılmış ve söz konusu protesto eylemi sırasında gözaltına alınmıştır. Başvuru iki polis memuru tarafından kollarından tutulurken bu memurlardan biri tarafından, yakın mesafeden burnuna ve ağzına sprey sıkılma anını görüntüleyen bir fotoğraf ulusal bir gazetede yayınlanmıştır. Başvurucunun iddialarına göre kendisiyle birlikte diğer göstericiler de biber gazının yanı sıra fiziksel şiddete maruz kalmışlardır. Başvuru söz konusu olgular çerçevesinde AİHS'in 3. maddesince koruma altına alınmış olan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun söz konusu iddiaları gazete fotoğrafının yanı sıra hekim raporlarına da yansımıştır. Gözaltı prosedürü gereği yerine getirilen tıbbi muayenelerle de tespit edilmiştir. Başvuru maruz kaldığını ileri sürdüğü muameleye karşı Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmuş ancak takipsizlik kararı verilmiş olduğunu öğrenmiştir. AİHM ilk olarak başvuru kötü muamele iddialarının polis memurları tarafından gerçekleştirilen biber gazı sıkılması ve fiziksel şiddet uygulanması şeklinde iki ayrı değerlendirmeye tabi tutmuştur. Strazburg, biber gazı kullanılmasına ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Komitesi (CPT) standartlarına göndermede bulunmuş ve "*kolluk kuvvetleri tarafından kontrol altına alınmış olan bireye karşı bu tür gazların kullanılmasının hiçbir haklı nedeni olmayacağı*" ifade etmiştir⁸⁵.

Strazburg bu kararında özet olarak yüze karşı hukuki dayanağı olmayan gaz sıkma eyleminin, bu gazın sağlık üzerinde ortaya çıkardığı etkiler ve potansiyel sağlık risklerini dikkate alarak, başvurucuda yoğun fiziksel ve ruhsal acıya yol açtığı ve başvurucuyu küçük düşürecek ve alçaltacak korku, elem ve aşağılanma duygularına neden olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla da başvuru

⁸⁴ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-120131> (Erişim Tarihi 30.08.2013).

⁸⁵ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı, para. 41.

rucuya gaz sıkılmasının 3. madde anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğuna hükmetmiştir⁸⁶. AIHM'in konuyla ilgili esas aldığı genel standart “bir cezanın veya muamelenin “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” sayılabilmesi için, içerdığı acı veya aşağılanmanın her halükarda meşru bir cezanın kaçınılmaz olarak doğurduğu acı veya aşağılanmanın ötesine geçmesi gerekir”⁸⁷ görüşündedir.

Strazburg tarafından konuyla ilgili verilen son karar olan *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararı⁸⁸, 14 PKK (Kürdistan İşçi Partisi) üyesinin meydana gelen bir silahlı çatışma sonucu ölümü üzerine Diyarbakır'da gerçekleşen ve barışçıl nitelikte olmayan toplumsal eylemlerde biber gazı kapsülünün kollukça ateşlenerek 13 yaşındaki başvuruçunun yüzünde yaralanmaya sebep olmasına ilişkindir. Karar, Türkiye’de biber gazı tekniğinin nasıl kullanıldığına ilişkin ciddi tespitler yapmış ve nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin ise ilkeler kabul etmiştir. Mahkeme kararında ulusal mevzuatta gösteriler esnasında göz yaşartıcı bomba kullanımını düzenleyen spesifik hükümler bulunmadığı gibi kullanım seklene ilişkin herhangi bir talimatın da yer almadığını gözlemlemektedir. 28 ve 31 Mart 2006 tarihlerinde Diyarbakır'da meydana gelen olaylar esnasında iki kişinin göz yaşartıcı bomba atılması sonucu ölümü ve başvuruçunun da bu nedenle yaralanması olguları dikkate alındığında, polis memurlarının büyük bir özgürlükle hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıkları sonucunun çıkarılabileceği düşünülmektedir. Müdahalede bulunan polis memurlarının eğitim alıp, uygun talimatlarla yönlendirilmiş olmaları durumunda, muhtemelen böyle bir olayın gerçekleşmeyeceği değerlendirilerek 3. madde dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir⁸⁹.

Verilen kararlar biber gazının kimyasal bir silah olup olmaması hususuna ilişkin değil bunun kullanım standartlarına yöneliktir. Nitekim son yıllarda

⁸⁶ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı, para. 43.

⁸⁷ GEMALMAZ, *İşkence Yasağı*, s. 213., ayrıca bkz., *Soering/Birleşik Krallık*, para. 100, Türkçe çevirisi için bkz., <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=196> (Erişim Tarihi: 30.08.2013).

⁸⁸ *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararı (16 Temmuz 2013 tarihinde verilen ancak henüz kesinleşmemiş olan Daire kararı) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"i-temid":\["001-126598"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{) (Erişim Tarihi: 31.08.2013).

⁸⁹ *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararı, para. 49, 50, 51.

güvenlik güçleri tarafından kullanımı gittikçe artan biber gazı, kimyasal silahların yasaklanması ile ilgili olarak hazırlanan 1969 tarihli Cenevre Protokolü kapsamında yasak olan kimyasallar arasında sayılmamıştır. Dünyada insan hak ve özgürlükleri hassasiyeti ile meşhur birçok ülkede bile kullanılan biber gazı, Türkiye'nin de 1997'de taraf olduğu "*Kimyasal Silahlar Sözleşmesi*"nde yasaklanmamıştır. Ayrıca iç hukukumuzda yürürlüğe giren 14/12/2006 tarih ve 5564 sayılı "*Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanun*"da da biber gazı kimyasal silahlar içinde sayılmamıştır. Bu kanun, PVSK ve diğer kolluk mevzuatına göre biber gazının kullanımı yasal bir zemine dayanmaktadır.

Biber gazının kolluk güçlerince kullanımında ortaya sorunlar çıkaran önemli faktörler *eğitim, mesafe, dozaj ve gazdan arınmadır*. Kısaca biber gazının, uygulamaya yönelik eğitim almış kişilerce, uygun mesafeden ve dozajda kullanılması gerekmektedir. Buna ek olarak kendisine biber gazı uygulanan kişilerin kontrol altına alınmaya yeterli seviyede etkisiz hale getirildikten gazdan arındırılması bir zorunluluktur⁹⁰. Diğer bir deyişle, biber gazı ve diğer göz yaşartıcı gazlarının içeriği ve kullanımının insan üzerindeki etkilerinden ziyade hak ihlallerine konu edilen husus kolluğun uygulamada söz konusu faktörler bakımından yetersizliği, bilinçsizliği ve belki de en sıkıntılı konu olan kasti eylemleridir. İşte bunu önlemek için kolluk için biber gazının kullanım standartlarını ortaya koyan bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Yukarıda değinilen *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararında Mahkeme, Türkiye'de biber gazı kullanımından kaynaklanan ölüm ve yaralanma risklerini en aza indirip, insan yaşamını ve sağlığını güvence altına alacak kural ve uygulamaların olay tarihinde olmadığını ve bunların güçlendirilip hayata geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İfade etmeliyiz ki, söz konusu düzenlemenin genelge, tebliğ vb. ile yapılması tartışmaya konu olan uygulamayı düzeyi düşük bir güvenceye bağlamak anlamına gelmektedir. AİHM, *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararında olayların gerçekleştiği tarihte Türk Hukuku'nun gösteri-

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. BULUT, Yakup; KARA, Mehmet; Biber Gazının İnsan Üzerinde Etkileri ve İnsan Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Hatay Polis Meslek Yüksekokulunda Bir Uygulama, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012 Cilt:9 Sayı:20, s. 8-11

lerde biber gazı kullanımına dair kurallar içermediğini ve biber gazının kolluk kuvvetleri tarafından hangi şartlarda ve nasıl kullanılacağını düzenleyen bir talimatnamenin de olmadığını ifade etmiştir. Kararda 15 Şubat 2008 tarihli biber gazı kullanımının esaslarını düzenleyen Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 19 numaralı Genelgesinde tüm kolluk kuvvetlerinin dikkatine sunulduğunu, ancak bu tedbirlerin ölüm ve yaralanma riskini en aza indirecek şekilde güçlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹¹.

Ayrıca devletin güvenlik güçlerinin uygulamada ortaya çıkan bilinçsizlik ve yetersizlik durumlarını azaltmaya yönelik olarak sahip olması gereken hassasiyeti, güvenlik güçlerinin kasti eylemlerinde cezasız kalmaması konusunda da azami düzeyde olmalıdır.

Görüldüğü gibi esas sorun polisin toplumsal olaylara müdahalesinde takındığı tavır olarak belirmektedir. Kolluk görevlilerinin, toplanma özgürlüğünün güvenli bir şekilde temin etmekten öte karışıklık yaratanları ya da katılanları cezalandırıcı bir amaç güttüğü görülmektedir. Bu psikolojiye birçok gerekçe gösterilebilir de bunlardan en temel üç tanesi: mesleki alt-kültürünün güvenlik güçleri üzerinde negatif bir etkileşime yol açması insan hakları hukukunda son yıllarda meydana gelen gelişmeler ve güvenlik güçlerinin yapısında yaşanan kurumsal değişiklikler şeklinde sayılabilir⁹². Polisin zaman zaman yetkisiz veya orantısız güç kullanmasında ısrarcı tavrı işkence ve kötü muamele yasağının sistematik olma unsurunu yerine getirebileceği ihtimalini göz ardı etmek gerekir. Kaldı ki diğer yönden bu aşırılık, toplantı ve gösterilerde polisin olayların herhangi bir tarafı olduğu sanısını arttırabilecek ve vatandaşın kendi güvenlik güçlerine güvenmediği bir ortam yaratabilecektir.

3.3. “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu” Peçesi

Ulusal hukukta dikkat çeken bir diğer husus işkence suçunu oluşturan davranışlarla kasten yaralama ya da zor kullanmada sınırın aşılması suçunu

⁹¹ Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye kararı, para. 60

⁹² ARICAN, Mehmet; Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama, Uluslararası Hukuk ve Politika, 2009 Cilt 5, Sayı: 19, s. 45

oluşturan davranışlar arasında kesin bir fark olmaması durumudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesinde düzenlenmiş olan “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması” suçuna vücut verecek kimi fiiller, işkencenin önlenmesine dair sözleşmelerde geçen zalimane ve insanlık dışı davranışlar olabilecektir. Değirmeye çalıştığımız Strazburg kararlarından ortaya çıkan ilkelerden hareket edecek olursak zor kullanmada sınırın aşılması suçunun işkence suçunu oluşturmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Ancak kanun koyucunun ayrı bir suç tipi öngörerek işkence ve kötü muamele oluşturabilecek kadar ağır olmayan eylemleri bu suç kapsamında görmeye yönelik bir düşünce içinde olduğu söylenebilir. Toplanma özgürlüğüne yönelik zor kullanmada yetkisizlik halinde yapılacak müdahalenin orantısından söz edilemeyeceğine değinmiştik. Böyle bir suç tipi işkencenin istisnasızlığına aykırı bir şekilde yetkisiz olarak daha az yoğunlukta acı ve ızdırap verilerek müdahale edildiğinde devreye girecektir. Aslında uluslararası eğilimin de açıkça işkence ve kötü muamele saydığı fiiller zor kullanmada sınırın aşılması suçunun varlığıyla adeta peçelenecektir. Böyle bir suç tipi daha önce bahsettiğimiz usuli ihlal sebebi olan cezasızlık sorununun devam etmesine yönelik temel dayanaklardan biri olabilecektir.

SONUÇ

Genel olarak ele almaya çalıştığımız konular çerçevesinde şu sonuçlara ulaşılabilir:

i- İç hukukta toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olarak tanımladığımız toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünü bu dar anlamından kurtarmak gerekmektedir. Nitekim bu durumun aksi, insanın doğasında bulunan toplanma güdüsünün, yani ifade hürriyetinin farklı bir türü olan bu olağan insani refleksin sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. Toplantı ve gösterilerin Anayasa ve ilgili mevzuatta devamlı “düzenleme” tabiriyle birlikte zikredilmiş olmasından özgürlüğün yalnızca planlı ve programlı bir şekilde organize edildiği zamanlarda korunacağı anlaşılrsa da, spontane (kendiliğinden) ve simültane (ani) toplanmaların da bu özgürlük içinde anlaşılması gerekir.

ii- Toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünün kimsenin ilgisini çekme-

yen bir şekilde yapılması hakkın amacıyla bağdaşmayacaktır. Kötü belediye hizmetleri sebebiyle suların kesilmesi, çarpık kentleşmeye karşı -belki de bilinçli siyasi nedenlerle- yeterli derecede önlemler alınmadığından sokaklara giremeyen itfaiye araçları ve bunun sonucu olarak küçük bir kıvılcımla başlayıp tamamı yanan tarihi yapılar, yine yol, köprü, toplu taşıma gibi kamusal hizmetleri yeterli şekilde yerine getirilmemesi dolayısıyla saatlerce akmayan trafik ve geciken ambulanslar... Bahsedilen aksaklıkların normal karşılandığı bir toplumda sorumluluğun büyük ölçüde amacı bireye hizmet olan devlete ait olduğu açıkken, bir arada yaşama sözleşmesi yapmış olan insanların doğasında bulunan bu özgürlüğün peşinen kamu düzenini bozduğu düşüncesinin kabulü mümkün olmamalıdır. Söz konusu özgürlüğün kimsenin keyfini kaçırmayacak şekilde kullanılması gerektiği düşüncesi yerine, oluşacak olağan rahatsızlığın bir arada yaşamanın komplikasyonlarından biri olarak kabulü daha akılcı olacaktır. Strazburg'la uyumlu olarak, ifade hürriyetiyle neredeyse aynı karaktere sahip olan bu hakkın sınırlarının da geniş yorumlanarak toplanmaların asli katılımcılarının büyük ölçüde ve genel olarak barışçıl tutum içinde olmaları ölçütü esas alınmalıdır. Diğer bir deyişle, bir toplantı veya gösterinin güvence altına alınan özgürlüğün kapsamında düşünülmesi için gerçekleştirilen eylemin -en azından asli özneleri tarafından- barışçıl tarzda icra edilmesi yeterli görülmelidir. Bunun aksini savunan, 2911 sayılı Kanun'un yapıldığı dönemin korku ve paranoyalarını taşıyan ve bu uğurda *güvenlik-özgürlük* ikileminden *güvenlik* safında yer alan bu anlayışın Strazburg'un dayandığı felsefi zemin ile ciddi boyutta çelişki oluşturduğu görülmektedir.

iii- Şiddet çağrısı ve hareketleri içeren, genel olarak barışçıl tutum içermeyen toplumsal olaylarda dahi kolluk güçlerinin güç kullanmasına ilişkin, başta gereklilik ve orantılılık olmak üzere, ulusalüstü insan hakları hukuku standartlarına uygun davranmaları gerekmektedir. Geniş çaplı toplumsal olaylarda toplanma ve gösteri özgürlüğü karşısında şaşkınlık geçiren profesyonel (!) devlet yöneticilerinin içinde bulunduğu telaş ve panikle hareket etmesi hiçbir durumda mazur görülemeyecektir. Her toplanma ve gösteride provokatif eylemcilerin olması durumunun eşyanın tabiatı gereği olduğu kabulüyle bu unsurların diğerlerinden ayıklanması görevinin net anlaşılması gerekmektedir.

Bu nedenle de ideolojik duygularına yenik, taraf haline gelmiş geleneksel kolluk zihniyetinin değiştirilerek profesyonel⁹³ bir kolluk eğitiminin ciddiye alınması gerekmektedir. Cebir kullanma tekeli elinde bulunduran devletin kolluk görevlilerinin mesleki eğitimi vatanseverlik (!) anlayışından ziyade öfke kontrolü ve soğukkanlılığın sağlanması üzerine kurulmalıdır. Bu eğitimde psikolojik ve fiziki bir donanımın yanında zor kullanma yetkisinin uygulamasına yönelik evrensel insan hakları standartları eğitiminin verilmesi uygulamada yer alan aksaklıkların çözümü noktasında büyük fayda sağlayacaktır⁹⁴.

iv- AİHM'in Türkiye hakkında verdiği *Oya ATAMAN, Ali GÜNEŞ ve Abdullah YAŞA* kararlarında biber gazı kullanımının normatif ve içtihadî standartları açıkça ifade edilmiştir. İnsan haklarına yönelik daha fazla ihlal yaşanmaması için uluslararası toplumda "*kimyasal silah*" olma yönü dahi tartışılan biber gazı uygulaması yeniden masaya yatırılmalı ve bu yöntemden vazgeçilmeyecekse kullanımında Strazburg ve diğer evrensel standartlar benimsenmelidir. Polisin biber gazı kullanma yetkisine sahip olmasından daha önemli olan bu yetkiyi keyfi, kuralsız veya eksik kuralla ve aşırı, yani gerekmedikçe ve orantısız olarak kullanmaması durumudur. Nitekim hak ihlallerinin gündeme geldiği nokta da tam olarak burasıdır.

v- 1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca AİHS düzenlemeleri ve bunun açık bir yorumu niteliğinde olan AİHM kararları çağın genel beklentisine cevap vermeyen ulusal düzenlemelerden açıkça üstün kabul edilip ortaya uyuşmazlık çıkmadan anılan özgürlüğün sınırları idarelerce yeniden belirlenmelidir. Aksi bir kabulde, yasadışı sayılmaması gereken bir toplantı veya gösteriye, devletin güvenlik güçlerince yapacağı yetkisiz müdahaleler işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak olarak korunan bir diğer temel hakkın ihlaline neden olabilecektir. Devlet organlarının toplanma özgürlüğü içinde kalan eylemlere keyfi olarak müdahale etmesi, *işkencede "iktidardakilerin kendisine karşı muhalefet edenleri sindirmek"* şeklinde bir *özel kast*ını gündeme getirebilecektir. Diğer

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2004/3-4/115-130.pdf

⁹⁴ OSMANOĞLU, M. Kerem, Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2, s. 1582

bir deyişle, kolluğun müdahale etmesi gerekmeyen barışçıl toplantı ve gösterilere yapacağı hafif bir müdahalesi bile, güçlü ve sindirici imkânları elinde bulduran devletin *işkenceye* neden olmasına yol açabilecektir. Gerçekten de, devletin bizzat kendisinin güvence altına alması gereken özgürlüğe yönelik zor kullanarak müdahale etmesi, “*atılı suçu itiraf etmesi için bir şüpheliye gözaltında yapılan fiziksel veya psikolojik baskı*”dan daha farklı görülmeyecektir.

vi- 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan “*zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması*” suçunun oluşabilmesi için zor kullanma yetkisinin varlığı ön şartı aranırken AIHM içtihatları ışığında değerlendirme yapılmıştır. Zor kullanma yetkisinin şeklen var olduğunun kabulü, kolluğun esasen işkence ya da –genellikle- kötü muamele oluşturan eylemlerinin daha masum görünen bir suçun peçesi ardında kalmasını sağlayacaktır. Aslında, Türk Ceza Kanunu'nda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ve işkence suçlarının soruşturulma usulleri ile yaptırımları arasındaki fark, birincisinin ikincisinin koruma kalkanı olarak kullanılmasının nedenini ortaya koymaktadır.

vii- Kolluk güçlerinin genel olarak toplumsal olaylara haksız müdahaleleri sonucunda suç şüphesi oluşturan fiillerinin yeterince soruşturulmaması *cezasızlık* olgusunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yetkisiz veya orantısız ve ölçüsüz müdahalelere karışmış kolluk görevlilerinin soruşturmaları sonucunda -neredeyse kural haline gelmiş olan- takipsizlik kararları işkence ve kötü muamele yasağı bakımından usuli ihlallerin ana nedeni olarak görülmektedir. Kanaatimizce, *cezasızlık* olgusunun ortaya çıkma nedeninin genel olarak devlet organlarının bireyler karşısındaki üstünlüğü anlayışının, bunun uzantısı olarak da kamu görevi mensupları arasındaki korumacı ve dayanışmacı refleks olduğu söylenebilir. Kolluk görevlileri arasında sıklıkla karşılaşılan bu durumun sona erdirilmesine yönelik tedbirlerden biri “*kolluk kuvvetlerinin sivil gözetimi*” kurumudur. Amerika ve İngiltere'de uzun süredir uygulanan bu sistemin gelişmiş Avrupa ülkelerinden sonra Türkiye'de bir zorunluluk olduğu savunulmaktadır⁹⁵. Anılan sistemin ülkemizde de kurulmasına yönelik yasa tasarısı

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZDOĞAN, Seçkin; İngiltere'de Bağımsız Kolluk Şikâyet Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel S., 2010, s.1231-1256 (Basım Yılı: 2012) <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergi->

sı, 5 Mart 2012 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuş, halen kanun tasarısı komisyonlarının gündeminde bulunmaktadır⁹⁶. Kişi hak ve özgürlüklerini kanun ile verilen sınırlar içinde kısıtlama yetkisine sahip olan kolluk görevlilerinin söz konusu yetkiyi hukuk çerçevesinde kullanıp kullanmadığının denetimi keyfilğin önlenmesi ve en önemlisi cezasızlık olgusunun azaltılması açısından kanaatimizce de önem arz etmektedir.

Genel olarak çalışmamızda değinmeye çalıştığımız alanların temelinde yattığını düşündüğümüz ana sorun, son yarım asırda Türkiye'nin esas almak istediği özgürlükçü Avrupaî insan hakları sistemi ile eski bir alışkanlık olarak totaliter devlet anlayışının kendi takdir ettiği kamu düzeninin sağlanması için kullandığı sorgulanamaz, üstün ve kutsal yetkilerin yarattığı paradokstur. Türkiye'de devlet organlarının anılan hakları -*Strazburg* ya da *Brüksel* kaygılarıyla değil- samimi birer temel insan hakkı olarak değerlendirmesi ve adalet anlayışını öncelikle buna göre konumlandırması gerektiği düşüncesindeyiz.



ler/dergimiz-12-ozel/3-kamu/3-seckinyavuzdogan.pdf (Erişim Tarihi: 24.06.2014)
⁹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=102780 (Erişim Tarihi: 24.6.2014)

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer; Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998

AKBULUT, Olgun; Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İNCE-ÖĞLU), Avrupa Konseyi 2013, s. 381-423

ATALAY, Esra; Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995

ATILGAN, Mehmet; IŞIK, Serap; Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, Tesev Yayınları, İstanbul 2011

AYTAÇ, Ahmet Murat; Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi; Doktora Tezi, Ankara 2009

ÇEÇEN, Anıl; İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999

DOĞAN, İlyas; KAYA, Mehmet; İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınları, Ankara 2011

DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013

GEMALMAZ, Mehmet Semih; İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002

GEMALMAZ, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Analizi (Madde3/İşkence Yasağı), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006 Guidelines on FREEDOM OF

PEACEFUL ASSEMBLY; Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010

GÜRAN, Sait; İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969 HARRIS, D.J., O'BOYLE, M.,

BATES, E.P., BUCKLEY, C.M.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013, (Türkçe birinci baskı)

İŞGÖREN, Ali; Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011

KABOĞLU, İbrahim Ö.; Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989

OSMANOĞLU, M. Kerem; Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011,s. 65-91.

OSMANOĞLU, M. Kerem; Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2

ÖNOK, R. Murat; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

TANYAR, Ziya Çağa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AÜHFD, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s. 593-634.

YARSUVAT, Duygun; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti, İstanbul, 1968

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

AKTAN, Hamdi Yaver; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf>

ALPKAYA, Gökçen; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak,

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/472/5429.pdf>

ALTIPARMAK, Kerem; “Gezi'nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı”
<http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplantı>

ALTIPARMAK, Kerem; İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? - Türkiye’de Oran-
sız Güç Kullanma Sorunu, http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php?title=2008_Raporu:_Ek_2:_ULUSLARARASI_HUKUKTA_VE_TÜRK_HUKUKUNDA

ARICAN, Mehmet; Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama, Uluslararası Hukuk ve Politika, 2009 Cilt 5, Sayı: 19, ss.39-69

http://www.ankarastrateji.org/_files/24012012200711-IATS7.pdf

BULUT, Yakup; KARA, Mehmet; Biber Gazının İnsan Üzerinde Etkileri ve İnsan Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Hatay Polis Meslek Yüksekokulunda Bir Uygulama, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, Cilt:9 Sayı:20, ss.1-20

http://www.mku.edu.tr/files/25_dosya_1367239969.pdf

DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü,

<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-224>

ERMUMCU, Osman; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesinin Tahlili,

<http://www.izmirbim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/A%C4%B0HS.11.MADDES%C4%B0N%C4%B0N%20TAHL%C4%B0L%C4%B0%20O.ERMUMCU.doc>

FENDOĞLU, H. Tahsin; 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf

GÖZLER, Kemal; 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kozler.pdf

KABOĞLU, İbrahim Ö; 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/an-yarg19/kaboglu.pdf

KURŞUN, Günel; 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011,

http://www.iccnw.org/documents/101_questions_on_the_ICC_Gunal_Kursun_Sept_2011_BOOK.pdf

STRICKER, Heather; Assembly on Private Property, First Amendment News, First Amendment Center, On September 16, 2002 (Updated December 2006)

<http://www.firstamendmentcenter.org/assembly-on-private-property>

YAVUZDOĞAN, Seçkin; İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikâyet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel S., 2010, s.1231-1256

<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/3-kamu/3-seckinyavuzdogan.pdf>

<http://www.adalet.gov.tr>

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://ihami.anadolu.edu.tr>

<http://www.ombudsman.gov.tr>

<http://www.pa.edu.tr>

<http://www.portal.uyap.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIM SUÇU

The Crime of Genocide in International and Turkish Law

Ercan GÖKTEPEOĞLU*

ÖZET

“Soykırım kavramı, hukuksal olarak tanınan ve belli özellikleri olan birtakım insan topluluklarının, bir plan çerçevesinde ve özel bir kastla yok edilmeleri anlamına gelmektedir. Bu yönüyle, öldürme fiillerinin değişik şekillerini anlatan katliam ve kitlesel öldürmeden farklı bir durumu ifade edip, 11 Aralık 1946 yılında BM Genel Kurulu’nun oybirliği ile kabul ettiği 96 (1) sayılı kararıyla BM nezdinde kabul görmüş, 9 Aralık 1948’de kabul edilip 12 Ocak 1951’de yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin 2. maddesinde tanımlanmış ve hukuki kaynağını bu sözleşmeden almıştır. Soykırım suçunun cezalandırılması için kurulmuş uluslararası mahkemeler Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesidir. TCK md. 76’ daki soykırım suçuna ilişkin düzenleme, Soykırım Sözleşmesinin 2. maddesinden alınarak düzenlenmiştir. Ancak “bir planın icrası suretiyle” ifadesi eklenerek objektif bir ölçüt kullanılmıştır. TCK’daki bu düzenlemeye göre, soykırım suçunu oluşturan fiillerin, önceden tasarlanmış belirli bir plan çerçevesinde işlenmesi gerekmekte olup, TCK’daki düzenlemede milli, etnik, ırki veya dini bir grubun “tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla” denilerek failde özel kast varlığının aranacağı açıkça belirtilmiştir. Yok etme kastı, soykırım suçunu diğer suçlardan, özellikle de insanlığa karşı suçlardan ayırmada en önemli kriter olup, suçun mağdurunun belli bir milli, etnik, ırki veya dini gruba mensup olması gerekmektedir. TCK md. 76’nın son fıkrası uyarınca, uluslararası hukukta kabul edildiği gibi, soykırım suçu zamanaşımına uğramaz.

Anahtar Kelimeler: Soykırım, İnsanlığa Karşı Suç, Genocide, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 96 (1) Sayılı Kararı, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü,

* HSYK Tetkik Hakimi, ercangoktepe@mynet.com

ABSTRACT

The concept of genocide means to terminate human communities, which are recognized legally and have specific features, within the frame work of a plan and a specific intention. From this aspect, the genocide is different from various type of slaughter and mass killing. The concept of genocide is recognized unanimously by the United Nations General Assembly Resolution (96/1) and also recognized in the eyes of the United Nations. This concept is also defined in article 2 of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Convention and this Convention, which was accepted in 1948 and entered into force in 1951, is a legal source of the concept. The courts are, Former Yugoslavia International Criminal Court, Ruanda International Criminal Court and International Criminal Court, established in order to punish the genocide crimes. The regulation of the crime of genocide in The Turkish Criminal Code is taken from the article 2 of The Genocide Convention however by adding the expression “through the implementation of a plan” into the Code an objective criteria has been used. According to this concept in the Turkish Criminal Code the actions constituting the crime of genocide, should be committed within the framework in a specific plan, by using the expression “with the purpose of termination completely or partially a national, ethnic, racial or religious community” the necessity of the perpetrator’s specific intention is pointed out clearly. Also intention to terminate is the most significant criteria to differentiate the crime of genocide from other crimes especially crimes against humanity. Furthermore the victim of the crime must be a member of a particular national, ethnic, racial or religious group. According to the last paragraph of Article 76, as accepted by international community, the crime of genocide shall not be subject to time limitation.

Keywords: Genocide, crime against humanity, Nuremberg International Military Court, Tokyo International Military Court, United Nations General Assembly Resolution (96/1), The Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Convention, Former Yugoslavia International Criminal Court, Ruanda International Criminal Court, International Criminal Court, The Rome Covenant



I) ULUSLARARASI HUKUKTA SOYKIRIM SUÇU

A. SOYKIRIM KAVRAMI

Türkçe’de kullandığımız “soykırım” ifadesi, Yunanca “genos” (ırk, kavim) ve Latince “caedere” fiilinden türetilmiş “cide” (öldürme) sözcüklerinin oluş-

turduğu ve Fransızca bir terim olan “genocide” (jenosid) kavramının karşılığıdır ve “genocide” kelimesi semantik yapısı itibarı ile “ırk katliamı” anlamına gelmektedir. Winston Churchill ilk önceleri “isimsiz bir suç”¹ olarak tanımlamışsa da, daha sonra jenosit kavramı, bir Polonya Yahudisi olan Rafael Lemkin tarafından ortaya atılmış ve kavramsallaştırılmıştır.²

Soykırım kavramını ilk kez “İşgal Altındaki Avrupa’da Mihver Yönetimi” isimli eserinde kullanan Lemkin, soykırımı;

“Ulusal grupların yok edilmesini ve yaşamalarını sürdürebilmelerini sağlayan kurumların tahribini amaçlayan çeşitli eylemlerin eş güdümlü bir planıdır. Planın amacı ulusal grupların kültür, dil, ulusal duygular, din ve ekonomik varlığının siyasi ve sosyal kurumlarını parçalamak ve bu gruplara mensup bireylerin kişisel güvenlik, özgürlük, sağlık, esenlik ve de hayatlarının yok edilmesi olmalıdır. Soykırım, bir varlık olarak ulusal gruba yönelmeli ve suçu oluşturan eylemler bireysel özelliklerinden ötürü değil, o ulusal gruba mensup oldukları için kişilere yönelmelidir.” şeklinde açıklamaktadır.³ Lemkin bu tanımıyla soykırımın politik, sosyal, kültürel, ekonomik, biyolojik, fiziki, ahlaki ve dini alanlarda meydana gelebilen çok geniş kapsamlı bir kavramı ifade ettiğini ortaya koymaktadır.

Soykırım kavramının oluşmasına neden olan olay, Hitler’in Yahudileri bir plan çerçevesinde imha ederek yok etme yönünde yürüttüğü politikadır. Lemkin bu politikaya bizzat tanık olmuş ve tanık olduğu olay, bu kavramı geliştirmesinde etkili olmuştur.⁴

Adolf Hitler’in “toplumu bütün kalite, asalet ve güzelliğinden arındıran

¹ Winston Churchill’in 1942 yılında Nazilerin “holocaust” eylemi üzerine “Bizler adı olmayan bir suça hazır bulunuyoruz (We are in the presence of a crime that has no name) “beyanın doğruluğu, savaşı müteakiben kurulan Nurenberg Mahkemelerinde holocaustla suçlanan Nazi komuta heyetinin henüz ayrı bir suç olarak kabul edilmemesinden dolayı soykırım suçundan değil “insanlığa karşı suçtan “yargılanmasıyla kendisini göstermiştir.

² Lemkin, soykırım (genocide) kavramını ilk olarak 1944 yılında yayımlanan Axis Rule İn Occupied Europe: Laws Of Occupation, Analysis of Government Proposals for Redress (İşgal Altındaki Avrupa’da Mihver Yönetimi) isimli kitabında kullanmıştır.

³ LEMKİN, Rafael: Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress, Washington, 1944, s.79.

⁴ BELGE, Murat: “Genocide Kavramı”, Radikal Gazetesi, 2 Haziran 1998.

bulaşıcı ve ifsat edici bir kitle” olarak tanımladığı Yahudileri, “nihai çözüm” (final solution) adını verdiği sistematik katle dayalı bir plan çerçevesinde yok etmesi, altı milyona yakın⁵ Yahudinin hayatına mal olmuştur. Bunun dışında, Alman ırkının sağlığını kirlettiğine inandığı binlerce eşcinsel ve çingene, bir de siyasi olarak kendine düşman gördüğü komünistler, Hitler’in soykırım politikasının hedefi olarak toplama kamplarında hayatını kaybettiler.⁶ Bu kamplar önce çalışma kampları ve toplama kampları olarak düzenlenmiş ve bu esaslara göre faaliyet göstermiş, 1939 yılında savaşın başlangıcından itibaren giderek ölüm kamplarına dönüştürülmüş ve çok büyük çoğunluğu Yahudilere ait olmak üzere milyonlarca insanın can verdiği yerler olmuştur.⁷

Öldürme fiillerinin değişik şekillerini anlatan katliam (massacre) ve kitle-sel öldürmeden (mass killing) farklı bir durumu ifade eden soykırım kavramı, hukuksal olarak tanınan ve belli özellikleri olan birtakım insan topluluklarının, bir plan çerçevesinde ve özel bir kastla yok edilmeleri anlamına gelir.⁸ Hukuken soykırım suçu üst başlığı altında değerlendirilemeyecek politicide, ecocide gibi yeni kavramların türetilmesi ise, kavram karmaşası yaratması açısından yerinde görülmemiştir.

11 Aralık 1946 yılında BM Genel Kurulu’nun oybirliği ile kabul ettiği 96 (1) sayılı kararında; “Cinayet nasıl birey olarak insanların yaşam hakkının (right to life) inkarıysa, soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right to existence) inkarıdır. Böylesine bir inkar insanlığın tamir edilmeyecek şekilde vicdanını sarstığı gibi bu insan gruplarının insanlığa yaptığı kültürel ve diğer katkıları da en büyük bir biçimde zarara uğratar, ayrıca ahlak kanunları ile Birleşmiş Milletlerin ruhuna ve amaçlarına tamamıyla aykırıdır. Irksal, din-

⁵ 27 Ocak 1945 tarihinde kapatılan Auschwitz toplama kampında 6 milyon insanın öldürüldüğü tahmin edilmektedir. 1944 sonlarına doğru Kızılordu yaklaşırken SS’ler arşivleri yakıp gaz odalarını imha ettiğinden rakamlar ancak tahmini olarak verilebilmektedir.

⁶ CANİKOĞLU DİKMEN, Meltem: “Görebildiğimiz Kadar Hukukun Aklın ve Vicdanın Penceresinden İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım”, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2009, S.2009/3, C.83, s.1258.

⁷ İLKİZ, Fikret: “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2005, C.11, S.2, s.21.

⁸ BERBERER, Halil Murat: Soykırım Suçu, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 21.

sel, siyasal ve diğer gruplara karşı, bir bütün veya parça olarak işlenmiş pek çok soykırım örnekleri meydana gelmiştir. Soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir önemdedir.” şeklindeki sonuç bildirgesi ile soykırım kavramı Birleşmiş Milletler nezdinde kabul görmüştür. Bununla birlikte bu suç 9 Aralık 1948’de kabul edilip 12 Ocak 1951’de de yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin 2. maddesinde tanımlanmış ve hukuki kaynağını bu Sözleşmeden almıştır.

Soykırım Sözleşmesi’nin 2. maddesinde soykırım suçu şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bu sözleşmeye göre soykırımın anlamı, milli etnik, ırki veya dini bir grup, sırf bu niteliği nedeniyle, kısmen veya tamamen, yok etmek kastıyla, aşağıda sayılan fiillerin işlenmesidir:

- a) Grup üyelerini öldürmek;
- b) Grup üyelerine ciddi, bedensel veya zihinsel zarar vermek;
- c) Bir grubun üyelerini, kasten, bunların fiziki olarak kısmen veya tamamen yok edilmesi sonucunu doğuracağı önceden hesaplanan yaşam koşulları altına sokmak;
- d) Grup içinde doğumları bilinçli olarak önlemeye yönelik tedbirler dayatmak;
- e) Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletmek.”

Bu tanım, herhangi bir değişiklik olmaksızın Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md 6), Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md 4/2) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ne (md 2/2) aynen alınmıştır. Milletlerarası mahkemeler içtihatlarında bu tanıımı yorumlayarak sonuçlara varmışlardır.⁹ Irak Özel Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesi de aynı hükmü içermektedir.¹⁰ Soykırım Sözleşmesi’nin 1951’de yürürlüğe girmesinin

⁹ TOLUNER, Sevin: “Soykırım Nedir? Ne Değildir?” Konulu Konferansa Katkı. Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 584.

¹⁰ KOCAOĞLU, Sinan: “Suçların Suçu: Soykırım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2010,

den sonra ortaya konan soykırım tanımına, özellikle tanımda sayılan grupların sınırlı tutuluşu, kastı ortaya koymanın güçlüğü, yine tanımda yer alan kısmen (in part) kavramını özgüleştirmenin zorluğu gibi nedenlerden dolayı çeşitli eleştiriler yapılmıştır. Soykırım kavramına dair yapılan tanımlamalara genel olarak bakıldığında, bilim adamlarının ve yazarların kendi bakış açılarını, tarihteki soykırım olaylarıyla olan sübjektif bağlarını,¹¹ ilgi düzeylerini, korumak istedikleri hukuki veya beşeri menfaatleri dikkate alarak birer tanım geliştirdiklerini söyleyebiliriz.

Özellikle Soykırım Sözleşmesi'nde soykırım suçunun en dehşet verici suç olarak kabul edilmesinden sonra soykırım kavramı hatalı bir şekilde sivillere karşı uygulanan bütün katliamları kapsayacak şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Ancak gerek uluslararası hukuk anlamında, gerekse de ulusal hukuk sistemlerinin bir çoğunda unsurları tanımlanan bir suç olan soykırımın her etnik çatışma ya da katliam benzeri olayları nitelendiremeyeceği de açıktır. Aksi halde, uluslararası hukukta, özellikle uluslararası ceza hukukunda tanımlanmış savaş suçları¹² ya da insanlığa karşı suçların ayrı birer suç tipi olarak tanımlanmasının anlamını kaybedeceği sonucuna ulaşılabilir. Soykırım suçu dışında, bugün tanımı yapılan suçlar olarak, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları her ne kadar ciddi ihlaller olarak dikkate alınsa da, hiçbir zaman soykırım suçu kadar ağır bir insanîyet hukuku ihlali niteliği taşımazlar. Bu nedenle, suçun unsurları hususundaki kriterlerin teknik olarak karşılanması mümkün olmadıktan sonra, soykırım suçundan bahsedilmesi mümkün değildir.¹³ Burada soykırım

S.90, s.144.

- ¹¹ **Yehuda Bauer**, “Soykırım üzerinde çalışmaya karar verdim, çünkü bir Yahudi tarihçisi olmak istiyordum. “diyor. Devamla “tarihçiliğin nesnelliği soykırım haricindeki konularda tartışabilir ama soykırım ile ilgilenen bir tarihçinin bu tartışmanın dışında kalması mümkün değildir” diyor ve ekliyor “(çalışmaya) nesnel bir duruşun mümkün olamayacağını belirterek başlamak önem taşır. Bkz. BAUER, Yehuda: Soykırımı Yeniden Düşünmek, Çev: Orhun Yakın, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002, s.10.
- ¹² Savaş suçları, silahlı bir çatışma halinde asker veya sivil kişilerin savaş hukukuna aykırı davranışlarını ifade etmektedir. Savaş hukuku kuralları ve bu kuralların ihlaline karşı yaptırım olarak kabul edilen savaş suçları, kural olarak Cenevre Sözleşmelerinde yer almaktadır. ASLAN, Muzaffer: Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s.20.
- ¹³ BAŞAK, Cengiz: Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.71.

suçu ile birlikte insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının ortaya çıkışının tarihsel gelişimine değinmek gerekmektedir.¹⁴

B. TARİHİ SÜREÇ

1) Genel Olarak

İnsanlık tarihi boyunca insan toplulukları çeşitli nedenlerle birçok katliamlarla yüz yüze gelmiştir. Tarihin en eski dönemlerinden itibaren ele alırsak, Kartaca'nın M.Ö. 146'da yakılıp yıkılması, Kudüs'ün M.S. 72'de yok edilmesi, Cengiz'in seferlerinde sivil halka yaptığı muameleler insanlığın ortak hafızasında acı hatıralar olarak yerlerini almışlardır. Son 90 yılda ise dünya çapında 250'den fazla çatışma ve savaş çıkmış ve çoğu çocuk ve kadınlardan oluşan 90 milyona yakın sivil insan bu olaylarda hayatını kaybetmiştir.

Dünya tarihinde kitlesel öldürme eylemleri, etnik temizlik kampanyaları, katliamlar ve yok etme politikaları toplumlarca üzüntüyle karşılanmış, insanlığın vicdanında unutulmaz yaralar açmış olup çok eski zamanlarda da var olduğu bilinen bu fiiller maalesef günümüze kadar varlıklarını devam ettirmiştir. Jean Paul Sartre'nin ifadesiyle “insanlık kadar eski” olan soykırım kavramının ortaya çıkmasından sonra, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan ayrılarak tarihsel süreç içerisinde ayrı bir suç soykırım suçu olarak kabul edilmesine kadar geçirdiği gelişmelere değinmek gerekmektedir.

2) 1. Dünya Savaşı'na Kadar Meydana Gelen Gelişmeler

Platon “Devlet” isimli eserinde, “barbarlar” dediği diğer kavimlerle Yunanlılar arasındaki savaşın yaşanması gerektiğini belirtmekte, sadece Yunan kavimlerinin kendileri arasındaki savaşlar bakımından soykırım hareketine sınırlama getirmektedir. Diğer kavimlere karşı uygulanan soykırım fiillerinin ise, galiplere tanınan sonsuz kudretin tabii bir sonucu olduğu görüşünü be-

¹⁴ Soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu. Bu suçlar uluslararası hukuk tarafından tüm insanlığın huzur ve düzenini bozan, ağır insan hakları ihlaline yol açan, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar olarak kabul edilmektedir. SC-HABAS, William A: An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge, 2004, s. 26.

nimsemektedir.¹⁵ Orta Çağ'da, antik çağların savaş anlayışında insan hakları anlamında bazı olumlu değişiklikler ve gelişmeler olmuş ise de, dini, siyasi ve ırki soykırım hareketleri ve katliamlar bu çağda da devam etmiştir. 15. yüzyıl ortalarında Breisach şehrinde korku ve dehşete dayalı olarak yöneticilik yapan Alman imparatoru Landvogt Peter Von Hagenbach'ın masum sivil halka karşı işlediği ırza geçme, öldürme ve yağma suçlarından dolayı uluslararası bir Roma Germen İmparatorluğu mahkemesinde yargılanması ve idam cezasına mahkum edilmesi uluslararası yükümlülükler uymamanın mahkeme önüne getirilmesi uygulanmasına verilecek ilk örneklerden bir tanesidir.¹⁶

Önemli gelişmelerden bir diğeri ise, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi kurucularından olan Gustave Moynier'in 1872 yılında, 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin ihlallerini önlemek ve bu ihlalleri yargılamakla görevli bir uluslararası adli yargı kurumu oluşturmayı amaçlayarak hazırladığı Uluslararası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi Tasarısıdır. Bu Tasarı ile uluslararası sözleşmeleri ihlal eden şahısların cezai sorumluluğu uyarınca yargılama görevini ifa edecek bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması düşünülmüş ise de, dönemin uluslararası hukukçuları tarafından icra edilemez bulunan tasarı başarısızlıkla sonuçlanmıştır.¹⁷

19. yüzyılda dikkati çeken bir diğer önemli gelişme 1899 ve 1907 yıllarında gerçekleştirilen La Haye Barış Konferanslarıdır. Bu konferanslar sonunda savaş hukukunu düzenleyen 1899 ve 1907 La Haye Barış Sözleşmeleri imzalanmıştır.¹⁸ 1899 yılında yapılan 1. La Haye Konferansı, Rus Çarı II. Nikola'nın teklifi üzerine toplanmıştır. Çar'ın 24 Ağustos 1898 tarihli fermanıyla, devletlerarası ilişkilerin geliştirilmesi, barışın korunması ve silahsızlanma konusunun görüşülmesi için konferans yapılması gündeme getirilmiştir. Silahlanma yarışının getirdiği yükün altında ezilmekte olan diğer devletler, bu yaklaşımı

¹⁵ KESKİN, O. Kadri: "Jenosid Suçu ve Jenosid Sözleşmesi", Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1986, S.5, s.121.

¹⁶ TEZCAN, Durmuş: "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", Hukuk Kurultayı, 2000, Ankara Barosu Yayınları, C. 1, s. 272.

¹⁷ ASLAN, s.21

¹⁸ SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, Geliştirilmiş 2.B., İstanbul, 2006, s. 250.

olumlu karşılamış ve 18 Mayıs 1899'da, La Haye'de, 26 devlet temsilcisinin katılımıyla 1. Barış Konferansı yapılmış, konferansın sonunda, "Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmeleri" (Hague Conventions for the Pasific Settlement of International Disputes) imzalamıştır. Konferans sırasında uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması yönünde girişimler olmuş ancak başarısızlıkla sonuçlanmıştır.¹⁹ Bununla birlikte, savaş hukukunu tedvin eden bu sözleşmeler vatandaşlık bağına bakmaksızın her şahsın, insan olmasından kaynaklanan birtakım hak ve yükümlülüklerinin bulunduğu fikrine ve bireyin uluslararası hukuk öznesi olduğu fikrine önemli katkılar sağlamıştır.

Değınmekte fayda olan diğer önemli bir husus ise, ilerleyen dönemlerde savaşın yürütülmesi konusunda hukuksal boşlukların kapatılmasında yararlanılacak olan "Martens Hükümü"dür. Martens Hükümü, adını söz konusu kuralı teklif eden Rus delegesi Fyodor F. Martens'ten almış olup, 1899 tarihli II nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme'nin önsözünde yer alan ve oybirliği ile kabul edilmiş bir hukuk ilkesidir. Martens Hükümü, pozitif hukuk düzenlemelerinin bulunmadığı durumlarda bile savaşan tarafların birbirlerine insanca davranma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmektedir.²⁰ Bu hüküm ileride Nürnberg yargılamasında kullanılmış ve bu hüküm nedeni ile Nürnberg Mahkemesinin temelleri atılabilmiştir.

3) 1. ve 2. Dünya Savaşları Arasında Meydana Gelen Gelişmeler

1. Dünya Savaşı'nda yaklaşık 60 milyon insan silah altına alınmış, Amerika kıtası dışında tüm kıtalar bu savaştan etkilenmiştir. Bu savaşta, 21 milyon insanın yaralandığı ve 9 milyon insanın ise hayatını kaybettiği tahmin edilmektedir.

¹⁹ GÖNLÜBOL, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, AÜSBF Yayınları, No:236, 2.B., Ankara, 1968, s.64-69.

²⁰ Martens Hükümü şöyle demektedir; "Savaş kurallarının tamamlanmasına kadar, yüksek akit taraflar, kendilerince kabul edilen sözleşme hükümlerinin kapsamadığı durumlarda toplumların ve savaş koşullarının uygar uluslar arasında yerleşmiş uygulamalardan insanlık yasalarından ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklanan uluslararası hukukun ilkelerinin etkisi altında bulunmadıklarını saptamayı uygun addetmektedir. ASLAN, s.27.

1. Dünya Savaşı sonrası savaşın galibi olan Müttefik Devletler tarafından Paris Barış Konferansı Ocak 1919'da toplandığı zaman, savaş suçlarını cezalandırma meselesi gündemin ilk maddesini oluşturuyordu. Müttefikler bu amaçla, "Savaşa Sebep Olanların Sorumluluğu ve Cezalandırılması Komisyonu" isimli bir komisyon kurdular. Amerikalı iki temsilci olan Dışişleri Bakanı Robert Lansing ile önde gelen bir uluslararası hukuk araştırmacısı James Scott, Alman Kayzeri'nin müttefikler tarafından yargılanması projesine itiraz ettiler. Böyle bir yargılamanın "uluslararası hukuk alanında şimdiye kadar bilinmeyen ve ulusların modern uygulamalarında örnekleri bulunmayan bir sorumluluk" anlayışı oluşturacağını öne süren Lansing ve Scott, müttefiklerin "siyasal müeyyide" uygulama hakkına sahip olduklarını kabul ederlerken, "hukuksal ceza" verme hakkına sahip olduklarını ise reddettiler.²¹

1919 yılında imzalanan Versailles Antlaşması, uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluşunda milat olacak bir öneme sahip olmuştur. 1919 Versailles Barış Antlaşması'ndan bu yana 5 uluslararası araştırma komisyonu, 4 ad hoc uluslararası mahkeme kurulmuştur. İlk uluslararası araştırma komisyonu 1. Dünya Savaşı sonunda, 1919 yılında savaşın galip devletleriyle mağlupları arasında Paris'te yapılan Barış Konferansı Hazırlık Konferansında kurulmuştur. Bu konferansta galip devletler, Almanların yargılanmak üzere teslimleri ve yapılacak olan barış konferansı hakkında müzakerelerde bulunmuşlardır. Bu müzakerelerde öne çıkan nokta, Alman İmparatoru II. Wilhelm'in ve Alman savaş suçlarıyla, insanlığın hukukuna karşı suç işleyen resmi yetkililerin yargılanması olmuştur. Nihayetinde galip devletlerin Versailles'de 28 Haziran 1919 tarihinde yaptıkları Barış Anlaşmasınının 227. maddesi uyarınca İmparator II. Wilhelm'in savaşı başlattığı için yargılanmasını sağlamak amacıyla ad hoc nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması kararlaştırılmıştır.²² Ancak Hollanda'nın, kendisine sığınan ve Anlaşmanın 227. maddesi uyarınca "uluslararası ahlaka acımasız saldırıda bulunmakla" suçlanan II. Wilhelm'i iade et-

²¹ DADRİAN, Vahakn: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid, Belge Yayınları, 1. B., İstanbul, 1995, s.125.

²² BASSIOUNI, Cherif: From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court, Harvard Human Rights Journal, 1997, vol.10, s.14.

memesi üzerine bu hükümler uygulanamamıştır.

1. Dünya Savaşı sonrası 2. Dünya Savaşına kadar yaşanan 20 yıllık dönemde savaş sırasında yaşanan insanlık dışı olaylar ve bunların faillerinin yargılanması hususundaki eksikliklerin anlaşılmasına rağmen, bu suçları ve failleri yargılamakla görevli uluslararası bir ceza mahkemesi kurma çabaları sonuçsuz kalmıştır. Ancak 1934 yılında, Fransa'ya resmi ziyarette bulunan Yugoslavya Kralı I. Alexander ve Fransız Dışişleri Bakanı'nın öldürülmesi olayı uluslararası bir ceza mahkemesi kurma düşüncesini yeniden gündeme getirmiştir.²³

Fransız Hükümetinin çabaları sonucu, 13 Kasım 1937 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından “Terörizmin (Tedhisçiliğin) Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme” ile bu Sözleşmenin eki durumundaki “Uluslararası Terör Suçlarını Cezalandırmakla Görevli Ceza Divanının Kurulmasına İlişkin Sözleşme” kabul edilmiştir. Ancak bu sözleşmelerin kabulünü izleyen yıllarda uluslararası ceza hukukunda yeni ufuklar açması beklenen bu Mahkeme, araya giren savaş nedeni ile gerekli ilgiyi toplayamamış, yalnızca Hindistan'ın onayladığı sözleşmeler yürürlüğe girmemiştir.²⁴ Terörizme ilişkin sözleşmeler beklenen ilgiyi toplayamadı ise de, o dönemde, saldırı savaşının uluslararası dayanışmayı ihlal ettiğini vurgulayan, “Uyuşmazlıkların Barışçı Yollardan Çözümüne İlişkin 1924 tarihli Cenevre Protokolü” saldırı savaşının suç teşkil ettiğine ve uyuşmazlıkları çözmede bir araç olarak kullanılamayacağına dair 24.09.1927 tarihli Milletler Cemiyeti Genel Kurulu Kararı ve uyuşmazlıkların çözümünde savaşa başvurmayı yasaklayan ve sözleşmeciler tarafların karşılıklı ilişkilerinde ulusal politika aracı olarak savaştan vazgeçmelerini öngören 27.08.1928 tarihli “Briand-Kellogg Paketi” insancıl hukukun ihlali ve savaşın önlenmesine yönelik önemli aşamalardır.²⁵

Lemkin, 5. Ceza Hukuku Birleştirme Madrid Konferansı'nda; ırksal dinsel veya sosyal toplulukların yok edilmesinin, uluslararası hukukta suç olarak ifade edilmesi yönünde bir teklifte bulundu ve barbarlık ve vandalizm²⁶ olmak

²³ ASLAN, s.32.

²⁴ TEZCAN, s.272.

²⁵ TEZCAN, s.273.

²⁶ Barbarlık, milli, irki, dini ya da sosyal toplulukların kasten yok edilmesi, vandalizm ise;

üzere iki yeni suç tipi ortaya koyduysa da bu teklifi kabul edilmedi. Lemkin'in teklifinin kabul edilmemesinin en büyük gerekçesi, ülkelerin devlet egemenliğine ilişkin görüşleri idi ve o dönemde bir ülke içinde işlenen suçların uluslararası bir mahkemede kovuşturulmasının ülke egemenliğine müdahale olacağı görüşü ağırlıktaydı.

Sonuç olarak 2. Dünya Savaşı'na kadar soykırım suçuna ilişkin olaylar İngiliz Başbakanı Winston Churchill'in ifade ettiği gibi "isimsiz bir suç" olma özelliğini devam ettiriyordu.

4) 2. Dünya Savaşından Sonraki Süreçte Meydana Gelen Gelişmeler

2. Dünya Savaşı, 1939'da Almanya'nın Polonya'yı işgal etmesi ile başladı. Fransa, İngiltere, Sovyetler Birliği ve tüm Avrupa'yı içine alan, Çin, Japonya ve Amerika Birleşik Devletlerinin de katılımıyla büyük bir coğrafyaya yayılan 2. Dünya Savaşı'nda, kullanılan ileri teknolojiye sahip harp malzemelerinin tahrip gücünün etkisi ile milyonlarca asker ve sivil yaşamını yitirmiştir.

2. Dünya Savaşı sırasında Hitler'in yükselişi ve Alman Hükümetinin ayrımcı politikalar uygulamaya koymasıyla Nazi Almanyasında ortaya çıkan antisemitist hareketler sonucu milyonlarca Yahudi öldürüldü. Yahudi Soykırımı, Almanların Polonya'yı işgali ile birlikte başladı. 1935 yılının Haziran ayına gelindiğinde kamplarda 3500 mahkum vardı. 1939 yılının Eylül ayına kadar Almanya ve Avusturya'da bulunan Yahudilerin üçte ikisi sürgüne gönderildi. Başlangıçta sadece Alman rejimine muhalif olanların tutuklanarak konulduğu bu kamplara savaşın başladığı 1939 yılından itibaren Almanya'nın işgal ettiği topraklardan da mahkûmlar gönderilmeye başlanılmıştır. Hitler, yardımcısı Reinhard Heydrich'e en kısa zamanda Yahudi sorununa "kesin çözüm" bulmasını emretti. Bunun üzerine "nihai çözüm" olarak toplama kampları genişletildi ve ölüm kamplarına dönüştürüldü. Auschwitz, Bergen-Belsen, Dachau Sabibor, Treblinka kamplarında büyük çoğunluğu Yahudilere ait olmak üzere 12 milyon insanın can verdiği bilinmektedir.²⁷

milli, irki, dini ya da sosyal toplulukların bir ifadesi olarak bu topluluklara özgü kültürel ve sanatsal çalışmaların yok edilmesi anlamına gelmektedir.

²⁷ İLKİZ, Fikret: "Toplama Kamplarından Nürnberg Mahkemesine", Güncel Hukuk Dergisi,

2. Dünya Savaşı, dünya barışı ve insan kişiliğinin, ancak ulusların ortak ilgi ve gözetimi ile korunabileceği bilincinin önemini bir kez daha uluslararası toplumun gündemine taşımış,²⁸ bu savaşta meydana gelen olayların sonucunda uluslararası insan hakları hukukunun ve uluslararası ceza hukukunun gelişiminde büyük ilerlemeler sağlanmıştır. Almanların işgal ettiği ülkelerde başvurdukları baskı, şiddet ve insanlık dışı muameleler tüm ülkelerde şiddetli bir tepki doğurmuş ve savaş suçlarının cezalandırılması gerektiği yolunda yaygın bir düşünce ve beklentinin doğmasına sebep olmuştur.²⁹

Daha savaş bitmeden Müttefik Devletler 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Bildirisi ile failer için ceza kovuşturması yapılmasını kararlaştırmış ve savaşın çıkmasına neden olanlarla birlikte, savaş sırasında insanlık dışı eylemlerde bulunanları cezalandırma niyetlerini ilan etmişlerdi. Müttefik kuvvetlerin temsilcileri Roosevelt, Churchill ve Stalin tarafından hazırlanan ortak bildiri savaş suçlarının kovuşturulmasında iki usul öngörüyordu. Katliam, işkence ve sair suçları işleyen adi savaş suçluları, bu suçluları işledikleri yerin ulusal mahkemeleri önünde ve bu mahkemelerin ulusal kanunları önünde, suçları belli bir coğrafi bölge ile sınırlandırılmayan düşman devlet mensubu üst düzey yöneticileri olan büyük savaş suçluları ise, gerek Avrupa gerek Uzakdoğu'da kurulacak askeri mahkemeler tarafından yargılanacaktı.³⁰

Faillerin yargılanması maksadıyla kanıt toplamaya başlayan, yetki alanı yalnızca işgal edilmiş topraklarla sınırlı olmayacak şekilde belirlenen Birleşmiş Milletler Savaş Suçlarını Araştırma Komisyonu Hukuk Komitesinde görevli Amerika Birleşik Devletleri temsilcisi Herbert C. Pell, vatansız olmaları ya da ırkları veya dinleri nedeniyle haklarında suç işlenen kimselere karşı yapılan eylemleri tanımlamak için “insanlığa karşı suç” kavramını kullanmıştır. Bu hazırlık çalışmaları devam ederken oluşturulan savaş suçlarının cezalandırılmasının öngörüldüğü ilk uluslararası düzenleme, Almanların yenilgileri sonucunda 5 Haziran 1945 tarihinde imzaladıkları Teslim Bildirisidir. Bu Bil-

S.20, Ağustos, 2005, s.15.

²⁸ AKBULUT, İlhan: “İnsan Hakları”, Askeri Adalet Dergisi, S.104, Ocak 1999, s.2.

²⁹ ASLAN, s.34.

³⁰ ÇELİK, Edip F.: Milletlerarası Hukuk, İstanbul, İÜHF Yayınları, C. 1, 1980, s.462.

diri ile Alman yöneticileri, savaş suçu işleyen Nazi Yöneticilerini Müttefik Devletlere teslim etmeyi kabul etmiş oluyorlardı.³¹ Ayrıca Almanya ile beraber hareket eden mağlup devletlerle imzalanan barış antlaşmalarında da, bu devletlere savaş suçlarının yakalanması ve yargılanması konusunda müttefiklere yardımcı olma yükümlülüğü getirilmişti. Tüm bu gelişmelerin sonunda, 1941’de başlayan çalışmalar, 1945’te Amerika Birleşik Devletleri’nin 26 Haziran - 8 Ağustos 1945 tarihleri arasında düzenlenen Londra Konferansı’na sunduğu öneriyle yeni bir aşamaya ulaştı.

Londra Konferansı’nda savaş suçlarının yargılanmasını öngören bu hukuki metin üzerinde yapılan uzun tartışmaların nihayetinde, galip devletler ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa temsilcileri 8 Ağustos 1945 tarihinde Avrupa Mihver Devletleri Büyük Savaş Suçlarının Yargılanması ve Cezalandırılmasına Dair Londra Antlaşması’nı imzaladılar. Sözleşmeye ekli “Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü” ile de Nürnberg’de kurulacak Uluslararası Askeri Mahkemenin yetki ve işleyişi belirlendi. Söz konusu Antlaşma, daha sonra 19 devlet tarafından daha kabul edilmiş ve Naziler tarafından işlenen suçları yargılamak üzere uygulanmıştır.³²

Nürnberg Statüsü ile devletin savaş suçlarından doğan sorumluluğunun yanında bireyin de bu tür suçlardan sorumlu tutulabileceğinin kabulü uluslararası toplumda geniş bir destek görmüştür.³³ Nürnberg Statüsü’nün 2. ve 14. maddeleri gereği Almanya’nın Nürnberg şehrinde kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin başkanı yargıç Lawrence İngiltere’den, yargıç Biddle ABD’den, yargıç Donnedieu de Vobres Fransa’dan, yargıç Nikitchenko eski Sovyetler Birliği’nden atanmıştı.³⁴ Bunun dışında Mahkemede 4 tane savcı da görev yapmaktaydı. Bireysel ya da birlikte hareket edebilen savcılar, sanıkları sorguya çekme, delilleri toplama, araştırma yapma, iddianameyi hazırlama gibi yetkilere sahipti.³⁵

³¹ ASLAN, s.36.

³² ASLAN, s.143-149.

³³ AZARKAN, Ezeli: “Bireyin Uluslararası Sorumluluğu ve Miloseviç Davası” SÜHFD, Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı, C.11, S.3-4, 2003, s. 272.

³⁴ YILMAZ, Alia: Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 144.

³⁵ GÜRELLİ, Nevzat: “İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçlar”, Adalet Dergisi, 1951, s. 72.

Mahkemenin yer bakımından yetkisi savaş bölgesi ile sınırlı olup, suç tanımlarında belirtilen eylemler Almanya topraklarında gerçekleşse dahi, savaşla ilgili oldukları sürece kovuşturma kapsamı içinde kabul edilmekteydi. Zaman bakımından yetki konusunda ise, savaştan önce ya da savaş sırasında tanımlamasıyla bir belirleme yapılmıştır.

Müttefik Devletler Berlin Beyannamesinde, Almanya üzerinde yüksek otorite kurduklarını deklare etmiş³⁶ ve 10 Numaralı Kontrol Konseyi Yasasını uygulamak suretiyle, Almanya toprakları üzerinde bir nevi egemenlik hakkı kullanma durumuna gelmişlerdi. Buradan hareketle, savaş sırasında işlenen insaniyet hukuku ihlallerinin yargılanmasını da, bu egemenlik hakkına dayanarak gerçekleştirdikleri ileri sürülmektedir.³⁷

Londra Antlaşması'na Ek Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü'nün 6. maddesi ile Mahkemenin yargılama kapsamındaki suçlar 3 başlık altında toplanmıştır. Bunlar; barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardır. İnsanlığa karşı suçun neyi ifade ettiği Statü'nün 6. maddesinin 3. fıkrasında belirlenmişti. Anılan maddeye göre, insanlığa karşı suç; savaş öncesi ve savaş sırasında sivil halkın öldürülmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi ve diğer insanlık dışı muamelelere tabi tutulması ile savaş suçlarına bağlı olarak siyasi, ırkçı ya da dinsel nedenlerle yapılan zulümleri kapsamaktadır.³⁸ İnsanlığa karşı suç tanımının madde metninde, soykırım kavramı henüz bağımsız bir uluslararası suç kategorisi olacak kadar açıklık ve kesinlik kazanmadığı için açıkça soykırım kelimesine yer verilmemişse de, insanlığa karşı suçlar kavramı soykırım kavramını da içerecek şekilde düzenlenmiştir.³⁹

Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Ekim 1945'te 24 Nazi sanık hakkında iddianamenin okunmasıyla başlamıştır. Mahkeme, 24 üst düzey

³⁶ LÜTEM, İlhan: Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara, 1951, s. 96.

³⁷ ODMAN, Tevfik: "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, s.140.

³⁸ PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi, 5. B., Ankara, 1998, s.175.

³⁹ AKTAN, Gündüz: "Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi", Türkiye Günlüğü, S.64, 2001, s.7.

Nazi Hükümet görevlisini yargılamış,⁴⁰ 300.000 tanık dinlemiş, 6300 kanıtı değerlendirerek bir yılda 402 oturum yapmıştır.⁴¹ 4 asil, 4 yedek olmak üzere 8 hakim ve 8 savcıdan oluşan bu ad hoc⁴² mahkeme; barışı ortadan kaldırmaya veya tehlikeye atmaya ilişkin suçları, insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını yargılayarak 1 yıl sonra, 3 sanık hakkında beraat, 19 sanık hakkında hapis cezası, 7 sanık hakkında ağır hapis cezası, 3 sanık hakkında müebbet hapis cezası ve 11 sanık hakkında da idam kararıyla sonuçlanmıştır.⁴³ Savcı, yargılama sırasında zaman zaman “soykırım” sözcüğünü kullanmış ama mahkeme kararında bu suça atıf yapılmamıştır.

Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin suçluları cezalandırma fonksiyonu yanında, uluslararası hukukun uygulandığı ve bunun sonucu olarak suçluların yargı önüne çıkarıldığı mesajını vermiş olması da, önem arz etmektedir. Bu şekilde uluslararası hukukun uygulanmasıyla savaş suçu, barışa karşı suç ve insanlığa karşı suç işleyenler, ilk defa yargı önüne çıkarılmış oldu. Mahkemenin vermiş olduğu kararlarla, geleneksel insaniyet hukuku anlayışına uluslararası ceza boyutu eklenmiştir.⁴⁴ Bununla birlikte, davaların sadece galip devletlerin hakimlerince görülmesinin mahkemenin tarafsızlığını tartışmalı hale getirdiği⁴⁵ ve mahkemenin teşekkül tarzının, mahkemeyi gerçek bir uluslararası mahkeme olmaktan çıkartıp, müttefikler arası bir mahkeme konumuna getirdiği⁴⁶ yönünde eleştiriler de mevcuttur.

Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin kurulması ve çalışmaları, Müttefik Devletler için örnek teşkil etmiş ve savaşın mağlubu Japonya'nın 2 Eylül 1945'te imzaladığı Teslim Bildirisini takiben, Uzakdoğu Müttefik Kuvvetler Başkomutanı General Douglas Mc Arthur'un yayınladığı 19 Ocak 1946

⁴⁰ Nüremberg Mahkemelerinde İngiliz-Amerikan sisteminde geçerli olan usuli prosedür uygulanmıştır. “Bu sisteme göre dava savcı ile sanığın müdafii arasında bir düello şeklinde cereyan eder, yargıçlar esas itibarıyla hadisleri takip eden birer hakem gibidirler. Bkz. EREM, Faruk: İnsanlığa Karşı Cürümler, Ankara, 1948, s.7.

⁴¹ TÖNEL ŞEN, Semin: Uluslararası Hukukta Soykırım Etnik Temizlik Saldırı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.28.

⁴² Geçici amaca yönelik anlamına gelmektedir.

⁴³ TEZCAN, s.274.

⁴⁴ BAŞAK, s.32.

⁴⁵ MERAY, Seha: Devletler Hukukuna Giriş, C. 2, Ankara, 1959, s.465-466.

⁴⁶ LÜTEM, s.90-92.

tarihli Beyanname ile 29 Nisan 1946 tarihinde Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi kurulmuştur. Mahkemenin amacı, 2. Dünya Savaşındaki Japon savaş suçlularının yargılanmasıdır. Mahkemenin yer bakımından yetkisi, Japonya ve Pasifik'te Amerikan Kuvvetleri Başkomutanı'nın idaresi altında bulunan bölgeler olup, Mahkeme yalnızca savaş suçlarını değil, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçları da yargılamak üzere kurulmuştur.⁴⁷

Mahkeme, Uzakdoğu'daki Müttefikleri oluşturan Avustralya, Kanada, Çin, Fransa, İngiltere, Hindistan, Hollanda, Yeni Zelanda, Filipinler, SSCB ve ABD olmak üzere 11 devletin yargıç ve savcılarında oluşmuştur. Tüm yargıç ve savcılar anılan her bir devletten bir kişi olmak üzere ABD'li başkomutan tarafından atanmıştır.⁴⁸ Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesinde duruşmalara 29 Nisan 1946 tarihinde başlanmış, yargılamalar 12 Kasım 1948 tarihinde son bulmuştur. Mahkeme bazı farklılıklar dışında esas bakımından Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi için geçerli olan prensipler dahilinde yargılamalarda bulunmuştur.⁴⁹ Yargılamalar sonucunda, yargılanan 25 kişiden 7 kişi hakkında ölüm cezasına, 7 kişi hakkında müebbet hapse, geriye kalanlar hakkında da ağır hapis cezasına hükmedilmiştir.⁵⁰

ABD tarafından Japonya'ya atom bombası atılması başta olmak üzere, savaşın galibi olan devletlerin yoğun bombardımanın neden olduğu sivil kayıplar da uluslararası insanîyet hukuku ihlalleri olmasına rağmen, yargılama konusu olmamıştır. Bu nedenle, tıpkı Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesine yöneltile eleştirilere benzer şekilde, galiplerin adaletinin gerçekleştiği bir Mahkeme olduğu eleştirisinden kurtulamamıştır.⁵¹

⁴⁷ BAŞAK, s.32.

⁴⁸ YAĞLIOĞLU, Zafer: "Milletlerarası Yargı Sistemleri ve Kuruluşları", Askeri Adalet Dergisi, S.115, Eylül 2002, s.139.

⁴⁹ PAZARCI, s.148.

⁵⁰ TEZCAN, s.274.

⁵¹ MİNEAR, R.H.: *Victors Justice the Tokyo War Crimes Trial* Princetan: Princeton Univ. Press., 1971.

C. ULUSLARARASI HUKUKTA SOYKIRIM SUÇUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 96 (1) Sayılı Kararı

Soykırım suçunun yer aldığı ilk hukuki belge, milletlerarası barış ve güvenliği koruma, savaşı önleme amacı ile 2. Dünya Savaşı ardından yeni kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın, New York, Lake Success'te toplanan Genel Kurulu'nda 23 Ekim-15 Aralık 1946 tarihleri arasında yapılan ilk oturumunun ikinci bölümünde kabul edilen, 11 Aralık 1946 tarih ve 96 (I) sayılı karar olmuştur. Genel Kurul bu karar ile soykırım kavramının ne anlama geldiğini açıklamış oldu. Bu karara göre soykırım, insan gruplarının, grup olarak tümüne yaşama hakkı tanımamaktır. Söz konusu kararda, cinayet nasıl insan hayatını ortadan kaldırmak anlamına gelmekte ise, soykırımın da insan topluluklarının hayat hakkının ortadan kaldırılması anlamına geldiği ve haklarından mahrum kaldığı, bu sebeple soykırımın diğer ahlak kurallarına aykırı olduğu kadar, Birleşmiş Milletler'in amaç ve prensiplerine de aykırı olduğu belirtildikten sonra, ırki, dini, siyasi ve diğer insan topluluklarının tamamen veya kısmen imhasına yol açan soykırım suçunun işlendiği tespiti yapılarak, bu suçun önlenmesinin uluslararası bir görev olduğunun üzerinde durulmuştur.⁵²

Bu tanımla, soykırımı tabi tutulan gruplar, ırki, dini, siyasi ve diğer gruplar olarak sayıldı. Kararın belki de en önemli yanı, soykırımın devletler hukukuna göre bir suç sayılmasıydı. Bu durum, soykırımın bir ülke içinde işlenmiş olmasının, devlet egemenliği ilkesi çerçevesinde içişleri olarak sayılmasını ve uluslararası kovuşturmadan kurtulmasına imkan vermemeyi amaçlıyordu. Soykırım suçunu işleyenlerin, özel görevli, kamu memuru ya da devlet adamı olmasına bakılmadan cezalandırılması kabul edildi.⁵³

Bu kararda, siyasi grupların soykırımı uğrayabileceği hükmü, siyasi mücadele yapan, grupların içindeki sivillerin, kısmen dahi olsa, önemli sayıda katledilmesi halinde soykırım işlenmiş olacağını ifade etmekteydi. Bu haliyle, Nüremberg İlkeleri içindeki insanlığa karşı suç kavramı, soykırım kavramıyla eşanlamlı

⁵² ASLAN, s.45.

⁵³ AKTAN, s.8.

sayılmaktaydı. Ancak, insanlığa karşı suçların aksine, bu karar, soykırımla savaş arasındaki bağı ortadan kaldırıyordu. Yani soykırımın savaş sırasında olduğu gibi barış döneminde de işlenebileceği kabul ediliyordu. Öte yandan, soykırımın, savaştan önce işgal ettiği yerlerde de işlenebileceği kabul ediliyordu. Bu suç, savaştan önce işgal ettiği yerlerde işlenebileceği gibi, o ülkenin kendi sınırları içinde de işlenebiliyordu. Böylece hangi nedenle, zamanda ve yerde olursa olsun, ciddi sayıda insan ölümü soykırım suçu sayıldı.

2) Soykırım Sözleşmesi

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme 6 Aralık 1948 tarihinde Paris'te toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 260/A (III) sayılı kararıyla, toplantıda hazır bulunan 56 üye devlet tarafından oybirliğiyle imzaya açılmış, 20. onay belgesini takip eden 90 günün sonunda 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 25 Mart 1950 tarihinde kabul edilen 5630 sayılı Yasa ile herhangi bir çekince koymaksızın Sözleşmeye taraf olmuştur. 5630 sayılı Onay Yasası 29 Mart 1950 tarih ve 7469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.⁵⁴

Soykırım Sözleşmesi bir giriş bölümü ile 19 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin giriş bölümünde soykırımdan “nefret uyandırıcı musibet” olarak bahsedilmiştir. Sözleşmenin giriş bölümünde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun vermiş olduğu 96 (1) sayılı karar dışında, ne Nürnberg İlkelerine, ne “insanlığa karşı suçlar” kavramına, ne Tokyo Mahkemesi Statüsü'ne, ne de yerel mahkeme kararlarında geçen “mass murder” (toplu katliam) kavramına atıfta bulunulmayarak, artık soykırım kavramının bu tarihten itibaren ayrı bir suç olarak sayıldığına işaret edilmektedir.

Sözleşmenin 2. maddesi ile soykırım suçunun tanımına yer verilmiş ve bu şekilde soykırım suçunun maddi unsuru ortaya konulmuştur.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi soykırımı şöyle tanımlamaktadır:

“Bu sözleşmeye göre soykırımın anlamı, milli etnik, ırki veya dini bir grubu,

⁵⁴ Sözleşmenin orijinal metni ve çevirisi için bkz. DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.250.

sırf bu niteliği nedeniyle, kısmen veya tamamen, yok etmek kastıyla, aşağıda sayılan fiillerin işlenmesidir:

f) Grup üyelerini öldürmek;

g) Grup üyelerine ciddi, bedensel veya zihinsel zarar vermek;

h) Bir grubun üyelerini, kasten, bunların fiziki olarak kısmen veya tamamen yok edilmesi sonucunu doğuracağı önceden hesaplanan yaşam koşulları altına sokmak;

i) Grup içinde doğumları bilinçli olarak önlemeye yönelik tedbirler dayatmak;

j) Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletmek.”

Bu tanımla ilgili taraf devletler tarafından 2. maddeye konulmuş herhangi bir çekince bulunmamaktadır.

Soykırım Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre soykırım teşkil eden fiiller şunlardır:

a) Soykırımda bulunmak

b) Soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak

c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve açıkça kışkırtmak

d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek

e) Soykırıma iştirak etmek

4. madde ile soykırım suçunu veya yukarıda ifade edilen fiillerden birini işleyenlerin, anayasal bir yetkiyle görevlendirilmiş olan en üst yöneticiler, yetkili kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılması hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin 6. maddesi, soykırım suçunu veya 3. maddede belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimselerin yargılanmasının, suçun işlendiği devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan taraf devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yapılacağını düzenlemiştir.⁵⁵

⁵⁵ Sözleşmenin 6. maddesine göre soykırımın işlendiğini belirleyecek yetkili organlar, soy-

Sözleşmenin bu noktadaki ilk uygulamasının, imza tarihi olan 1948 yılından tam 45 sene sonra Eski Yugoslavya’da işlenen soykırım suçlarını yargılamak için kurulan ad hoc nitelikte Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile somutlaşması, 6. maddenin zayıf bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir.⁵⁶ 1998’de Roma’da imzalanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de Sözleşmenin asıl amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için geç kalmış ama önemli bir adımdır.

D. SOYKIRIM SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI İÇİN KURULMUŞ ULUSLARARASI MAHKEMELER

1) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

1945 yılında 2. Dünya Savaşı sona erdiğinde Hırvat kökenli lider Tito Sosyal Federal Yugoslavya Cumhuriyeti’ni kurmayı başarmıştır. Tito’nun kurmuş olduğu Sosyal Federal Yugoslavya Cumhuriyeti, Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya, Makedonya, Bosna Hersek ve Karadağ olmak üzere 6 cumhuriyet ve Kosova ve Voyvodina olmak üzere 2 özerk bölgeden oluşmaktaydı. Tito’nun 1980 yılında ölümüyle birlikte çok-uluslu Yugoslavya’da huzursuzluklar artmıştı. 1987 yılında Sırbistan Komünist Parti liderliğine gelen Miloseviç, 1989 yılında tek taraflı olarak Kosova ve Voyvodina’nın özerk statüsüne son verdiğini açıklamış, bu durumu protesto eden Slovenya ve Hırvatistan, federal ordudan kuvvetlerini çekmiş ve federal yönetime vergilerini vermemeye başlamışlardır.

1990 yılında Slovenya ve Hırvatistan’da, ulusal egemenliği ve daha gevşek bir konfederasyonu savunan partiler seçimleri kazanınca 1991 yılında bu iki cumhuriyet ard arda bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Bosna Herseğin de 15.10.1991 tarihinde bağımsızlığını ilan etmesi ve Avrupa Topluluğu Bakan-

kırım suçunun işlendiği ülkenin yetkili bir mahkemesi veya tarafların yargı yetkisini kabul ettikleri uluslararası bir ceza mahkemesi olabileceğinden, bazı ülkelerin parlamentolarının veya eyalet meclislerinin 1915 yılında Osmanlı Devleti vatandaşı olan Ermenilere karşı soykırım suçu işlendiği yönünde ve sözde “Ermeni Soykırımı” inkarının suç sayılması yönünde aldıkları kararlar, hukuki olmaktan ziyade siyasi kararlar olarak değerlendirilmelidir.

⁵⁶ KOCAOĞLU, Sinan: “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayınları, Y.2005, S.3, s.155.

lar Konseyi'nin 6 Nisan 1992'de Bosna Herseği tanınması üzerine, daha önce Slovenya ve Hırvatistan'da yaşanmayan çatışmalar Bosna'da Sırp, Müslüman ve Hırvatlar arasında yaşanmaya başlamıştır. 1992 yılının ilkbaharında Bosna'nın doğusundaki bütün önemli şehirler Sırpların saldırısına uğramış ve çoğu ele geçirilmiştir.⁵⁷

Sırplar Belgrat'tan aldıkları büyük destekle 1993 yılında Saraybosna'yı kuşattılar. Saraybosna ve Srebrenika, 1992 yılında Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan güvenli yerler arasında yer almasına ve buralarda güvenliği sağlamak adına BM Barış Gücü (UNPROFOR) askerlerinin bulunmasına rağmen, 1995 yılında Srebrenika'da 7500 müslüman erkek ve erkek çocuk, 1992 ile 1995 tarihleri arasında Bosna Hersek'in tamamında ise 300.000'e yakın insan Sırp kuvvetleri tarafından öldürüldü. Gerçekleşen bu savaşta üç önemli nokta ise üç etnik gruba ait milis kuvvetlerin ve devlet ordularının karşı karşıya gelmesidir.⁵⁸

Bosnalı müslümanları hedef alan dini temelli cinayetler dışında, tecavüzler ve sürgünlerin de olduğu bölgedeki bütün bu olayların uluslararası kamuoyunda dikkat çekici bir boyuta ulaşması sonucu, Birleşmiş Milletler Şartı 7. Bölüm uyarınca, çatışmanın tüm ülkeye yayılması ve bu artan çatışmaların ortamdaki güvensizlik ve belirsizliği arttırarak tüm Avrupa'da tehlike yaratması ve 2. Dünya Savaşı sonrası çatışmanın tüm Avrupa'da geniş bir coğrafyada yayılarak, yeni bir savaş ortamı oluşturmasına tahammül edilemeyeceği gerekçesiyle, Güvenlik Konseyi harekete geçmiş, uluslararası hukuk ihlallerini göz önüne alarak 22.09.1993 tarihinde aldığı 808 nolu karar ile savaş suçlularının yargılanması ve cezalandırılması amacıyla bir ad hoc mahkeme kurulmasına karar vermiştir. Birleşmiş Milletler Sekreteryası birçok üye ülkenin önerilerini de dikkate alarak kurulacak ad hoc mahkeme için bir Statü hazırlamış ve bu Statü Güvenlik Konseyi'nin 25.05.1993 tarihli ve 827 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Statü, söz konusu kararın eki durumundadır. Soykırım suçuna iliş-

⁵⁷ TÜRBEDAR, Erhan: "Yüzyılın Davası: Bosna Adalet Peşinde", Stratejik Analiz, Mayıs 2006, s.29.

⁵⁸ KIZILSÜMER, Deniz Özer: "B.M. Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Dava (Bosna Hersek v. Sırbistan)", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2008, C. 4, S. 15, s. 62.

kin Soykırım Sözleşmesinde bulunan normlar, hiçbir değişiklik yapılmaksızın Statü'nün 4. maddesinde aynen yer almıştır.

Statünün giriş kısmında, “Eski Yugoslavya topraklarında 1991’den itibaren uluslararası hukukun ciddi şekilde ihlallerinden sorumlu olan kişilerin yargılanması amacıyla Birleşmiş Milletler Şartı’nın 7. Bölümüne dayanılarak, Güvenlik Konseyi tarafından kurulan Uluslararası Mahkeme” sözlerine yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 7. Bölüm dahilinde zorlayıcı bir tedbir olarak, yapısal nitelikli yardımcı bir organ tesis etmiştir. Birleşmiş Milletler Şartı’nda, Birleşmiş Milletler Teşkilatı’nın açıkça mahkeme kurma yetkisinden bahsedilmemekle birlikte, bu Mahkemenin Güvenlik Konseyi’nin sahip olduğu geniş yetkilere istinaden kurulmuş olması hukuki kabul edilmesi için yeterli görülmüştür.⁵⁹

Mahkemenin konu bakımından yargı yetkisi, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin, genel olarak savaş hukukunun ya da kurallarının ve Soykırım Sözleşmesi’nin ihlali sonucu oluşan suçları ve insanlığa karşı suçları kapsamaktadır.⁶⁰

Mahkemenin yer bakımından yargı yetkisi, Eski Yugoslavya toprakları, hava sahası ve ülke suları olarak belirlenmiş, zaman bakımından yetkisi ise, 01.01.1991 tarihinden itibaren işlenen suçları kapsayacak şekilde düzenlemiştir.⁶¹

Statü gereği, toplam 3 dairenden oluşan Mahkeme 16 yargıçtan oluşmaktadır. 16 yargıcın 14’ü, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından bir liste halinde sunularak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından seçilmiştir.

Mahkeme fiziki mekan olarak 16.11.1993 tarihinde La Haye’de kurulmuş olup, o tarihten bu yana görevini sürdürmektedir.

Mahkeme tarafından karara bağlanan ilk soykırım davası Goran Jelisc davası olmuştur. Jelisc toplam 32 maddeden yargılanmıştır. Hakkındaki suçla-

⁵⁹ Alpkaya, Güvenlik Konseyi’nin, bu kararının hukukiliğini tartışma konusu haline getirmediğine işaret etmektedir. Bkz. ALPKAYA, Gökçen: Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.41-45.

⁶⁰ Statü md. 2-5

⁶¹ Statü md. 8

malar, soykırım, adam öldürme, işkence, insanlığa karşı suçlar, savaş yarasası ve geleneklerinin ihlalidir. 19.10.1999 tarihinde mahkeme, sanığı, soykırım suçundan suçsuz, fakat diğer 31 suçlamadan suçlu bulmuştur. Jelisic 40 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Kurulan Mahkeme’de Eski Yugoslavya Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç, Pale’deki Bosna-Sırp Yönetimi Lideri Radovan Karadzic ve Bosna-Sırp Yönetimi Silahlı Kuvvetler Komutanı Ratko Mladic olmak üzere, tüm devlet sorumluları yargılanmıştır.⁶²

2) Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ankara İli büyüklüğünde bir ülke olan Ruanda’nın yüzölçümü 26.338 kilometre kare olup arazinin yüzde 45.56’sı tarıma elverişlidir ve bu arazinin yaklaşık yüzde 10’una karşılık gelen bir kısmı da ulusal park olarak korumaya alınmıştır. Üstelik bu sınırlı arazide 9.907.509 olan nüfusun yüzde 90’ı tarımla uğraşmaktadır. Arazinin büyük çoğunluğunun tepelik ve merdiven biçiminde oluşu ve herhangi bir aktiviteyle uğraşan herkesin birbirini görmesi, gözetilmesi ve denetlenmesine imkan vermesi çok sayıda kişinin sınırlı alanlarda bir arada çalışıyor olması ve ayrıca ekonomik faaliyetlere ilişkin toplumsal hiyerarşik bir yapının varlığı ve sıkı denetleme mekanizması Ruanda’da hem yönetimsel anlamda gözetlemeyi hem de gözetim anlamında gözetlemeyi mümkün kılmaktadır. Hutu, Tutsi, Tva gibi net ırk kimliklerine ayrılmış ve kayıt altına alınmış bir toplum olması anlamıyla ve de idari birimlerin aile birimine kadar doğrudan bilgi sahibi olabilmesi nedeniyle yönetimsel anlamda gözetleme Ruanda’da yerleşiktir.⁶³

Bu sosyolojik yapı içerisindeki Ruanda’daki çatışmaların temeli, Ruanda’nın Belçika’nın sömürgesi olduğu yıllara dayanmaktadır. Belçika’nın sömürgesi olduğu yıllarda Belçika’nın ülkede oluşturduğu kast sistemindeki, görünüşe ve ekonomik zenginliğe dayalı, iki kutuplu etnik ayırım yapılması Tutsiler ve Hutular arasındaki gerilimin belirleyicisi olmuştur.⁶⁴

⁶² Eski Yugoslavya Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç’in yargılaması Lahey’de tutulduğu hücrelerinde ölü olarak bulunduğu 2006 yılı Mart ayına kadar devam etmiştir.

⁶³ ÇOBAN, Ebru: “Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği”, Uluslararası İlişkiler, C.5, S.17, 2008, s. 62.

⁶⁴ TÖNER ŞEN, s.179-180.

Ruanda'da 1 Ocak 1990'dan 1992'ye kadar bir iç savaş yaşandı ancak Ağustos 1992'de imzalanan ateşkesle geçici olarak savaş durduruldu. Ancak bu süreçte, Hutular aldıkları kararları hayata geçirmeye karar verdiler ve 6 Nisan 1994'te tarihin gördüğü en kanlı soykırımlardan birisi radyoda yapılan anonsla başladı.

1994'ün Nisan ayından Haziran ayının başına kadar 100 gün içerisinde bölgede 800.000'e yakın Tutsi ve ılımlı Hutu öldürüldü.

1 Temmuz 1994 tarihinde, Güvenlik Konseyi'nin görevlendirdiği uzmanların Ruanda'da sistematik bir soykırımla birlikte insancıl hukukun ağır bir şekilde ihlal edildiğini rapor etmeleri sonucunda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 16 Kasım 1994 tarih ve 955 sayılı kararı ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına karar verilmiştir. Mahkemenin kurulmasının yasal dayanağı Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde olduğu gibi BM Şartı'nın 7. Bölümü olmuştur. Bu mahkeme de nitelik bakımından ad hoc, olağanüstü ve sivil bir mahkemedir.

Bu mahkeme, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü'ne ve bağlı olduğu kurallara çok yakın kurallar esas alınarak oluşturulmuş olup, Tanzanya'nın başkenti olan Arusha'da faaliyet göstermektedir. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi başta 11 yargıçtan oluşmaktadır. Fakat daha sonra bu sayı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 30.04.1998 tarihli ve 1165 sayılı kararı ile 14 yargıca çıkarılmıştır. Mahkemenin bir savcılığı bulunmakta ve araştırma, kovuşturma başlatmak ve dava açmak savcının yetkisindedir.⁶⁵

Mahkemenin yer bakımından yetkisi, Ruanda ülkesi ile Ruanda yurttaşlarının uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini işlediği komşu ülkeler şeklinde belirtilmiştir.⁶⁶ Mahkeme zaman bakımından ise 1 Ocak 1994 - 31 Aralık 1994 tarihleri arasında işlenen suçları yargılamakla yetkilidir.⁶⁷

Ruanda Hükümeti, Mahkemenin kurulmasını bizzat kendisi talep etme-

⁶⁵ PAZARCI, s.353.

⁶⁶ Statü md. 2-4.

⁶⁷ Statü md. 1., md.7

sine rağmen daha sonraları şartlar istediği şekilde gerçekleşmediği için Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne karşı çıkmıştır.⁶⁸ 1997 yılından itibaren, soykırım şüphelisi olarak birçok kişi tutuklanmaya başlanmış ve 2 Eylül 1998'de Mahkeme ilk soykırım hükmünü Akayesu davasında vermiştir. Bu kararın önemi, Soykırım Sözleşmesi'nin kabulünden yaklaşık yarım yüzyıl sonra, Sözleşmenin uygulandığı ilk mahkeme kararı olmasıdır. Akayesu davasında Mahkeme, Tutsilere karşı işlenen zalimce eylemlerin sayısına, yaygın eylemlerin sadece Taba komününü değil, Ruanda'nın tamamındaki Tutsileri hedef almasına, mağdurların belli bir sistem içinde ve kasten Tutsi grubunun üyeleri arasından seçilmesine, diğer gruplara karşı aynı eylemlerin gerçekleştirilmemesine bağlı olarak, makul şüphenin ötesinde sanığın soykırım niyetinin bulunduğu kanaat getirmiştir.⁶⁹ Akayesu ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiştir. 4 Eylül 1998 tarihinde ise Ruanda'nın eski Başbakanı Jean Kambando, Mahkemede suçluluk açıklamasında bulunmuş ve soykırım suçundan ömür boyu hapse mahkum edilmiştir. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi 1995 yılından bu yana görevini sürdürmektedir.⁷⁰

3) Uluslararası Ceza Mahkemesi

Roma'da toplanan Birleşmiş Milletler Konferansı'nın sonunda, 18 Temmuz 1998 tarihinde uluslararası hukuk kapsamında işlenebilecek en ağır suçlar olan soykırım, diğer insanlığa karşı suçlar ile savaş suçlarını soruşturmak amacıyla bağımsız, kalıcı ve sürekli bir yargı organı olan Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü, 120 olumlu, 7 olumsuz ve 29 çekimser oy ile kabul edilmiştir. Gerekli imza ve onay şartlarının tamamlanmasıyla, Roma Statüsü 01.07.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi ile başlayan ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi ile devam eden ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Ulus-

⁶⁸ ASLAN, s.235.

⁶⁹ DEĞİRMENÇİ, Olgun: "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK md. 76)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2007, S.70, s.101.

⁷⁰ TÖNER ŞEN, s. 185.

lararası Ceza Mahkemeleri'nin kurulmaları ile son ayağı oluşan bir sürecin sonucudur.⁷¹

Türkiye'nin henüz taraf olmadığı⁷² Roma Statüsü'ne 15 Şubat 2013 tarihi itibarıyla Fildişi Sahilleri'nin de katılımıyla 122 devlet taraf olmuştur.

Roma Statüsü, 128 maddeden oluşan ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılayacağı suçlar ile Mahkemede uygulanacak usul ilkeleri ve Mahkemenin yapısını belirleyen bir hukuk belgesidir.

Roma Statüsü'nün önsöz bölümü ile 1. ve 5. maddelerinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları yargılamakla görevli olduğu vurgusu yapılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin hangi suç tipleri üzerinde yargı yetkisi olduğu ise, Statü'nün 5. maddesinde açıkça sayılmıştır. Anılan maddeye göre Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren suçlar, soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırganlık⁷³ suçudur.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kişiler bakımından yetkisi 18 yaşından küçük olmayan gerçek kişileri kapsamakta olup, devletleri ve tüzel kişileri yargılaması mümkün değildir.⁷⁴ Ayrıca devlet başkanları dahil hiç kimse için yargı bağışıklığı söz konusu değildir. Mahkemenin zaman bakımından yetkisine bakılacak olunursa, Mahkeme, Statü yürürlüğe girdikten sonra işlenen suçlar bakımından yetkili olacaktır.⁷⁵ Sonradan taraf olan bir devlet yönünden zaman

⁷¹ ALİBABA, Arzu: "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", AÜHFHD, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 181.

⁷² Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulduğu ve Statü'nün kabul edildiği tarih itibarıyla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinde bulunan suçları içermemekteydi. Bu durumda Türkiye'nin Statüye taraf olması halinde Türkiye'de ya da Türk vatandaşlarının suçların işlenmesi durumunda Uluslararası Ceza Mahkemesi ilk elden yetkili olması durumu söz konusu olacaktı. Ancak 5237 sayılı TCK'da soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçlara yer verilmesi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin doğrudan müdahalesi ve ilk elden yetkili olması durumu ortadan kalkmıştır.

⁷³ Bu suçlardan ilk üçünün unsurları, geçmiş tecrübeler ile belirlenmiş ve jus cogens norm haline gelmiş oldukları için belirlidir, fakat saldırı suçu konusunda Roma'da yapılan görüşmelerden sonuç alınmamış olduğu için, saldırı suçu Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesinden 7 yıl sonra, suçun koşullarının ve uygulanmaya koyulmasının saptanmasına kadar Mahkemece bir işleme bağlı tutulmamak üzere askıya alınmıştır.

⁷⁴ Statü md. 25/1

⁷⁵ Statü md. 11

bakımından yetki, bu devletin önceki tarihte işlenen bir fiilden dolayı Mahkemeyi yetkilendirmesi hali dışında taraf olma tarihinden itibaren doğacaktır.⁷⁶ Bu hususlar, 22. maddedeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve 24. maddedeki “ceza kurallarının geriye yürümezliği” ilkeleri ile de teyit edilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü’nde yer bakımından yetki kapsamında herhangi bir hüküm bulunmadığından tüm dünyada işlenecek suçları kapsadığı söylenebilir.

Mahkemenin yargı yetkisi bakımından en önemli hususlardan bir tanesi, bu yetkinin ikincil (tali) ve tamamlayıcı nitelikte olmasıdır.⁷⁷ Buna göre, mahkemenin görev alanına giren suçlardan birinin işlenmesi halinde bu suçu kovuşturmada devletler asli ve birincil yetkiye sahiptirler. Devletlerin bu yetkilerini kullanmamaları halinde yetki, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne geçecektir.

Mahkeme 3 daire ve 18 yargıçtan oluşmaktadır. 1 Temmuz 2002 yılında faaliyete geçen Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Demokratik Kongo Cumhuriyeti Hükümeti’nin başvurusuyla Mayıs 2004’de Demokratik Kongo Cumhuriyeti ile ilgili, Uganda Hükümeti’nin başvurusuyla Temmuz 2004’de Uganda ile ilgili, BM Güvenlik Konseyi’nin başvurusuyla Haziran 2005’de Sudan ve Darfur ile ilgili, Orta Afrika Cumhuriyeti Hükümeti’nin başvurusuyla Mayıs 2007’de Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili soruşturma başlatılmıştır. Açılan soruşturmalar sonucu son olarak Sudan Devlet Başkanı hakkında soykırım, savaş suçu ve insanlığa karşı suçları işlediği iddiasıyla tutuklama kararı çıkarılmış fakat davanın hemen açılması konusunda B.M. Güvenlik Konseyi’nin beş daimi üyesi arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.⁷⁸

II) TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIM SUÇU

A. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Soykırım “başlıklı 76. maddesi de

⁷⁶ Osmanlı Devleti vatandaşı olan Ermenilere karşı soykırım suçu işlendiği yönündeki iddialar 1915 yılına ait olup, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin 01.07.2002 tarihinde kurulmasından çok uzun zaman önce meydana gelen olaylara ilişkin iddiaların Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin zaman bakımından yetkisi kapsamında olmadığı açıktır.

⁷⁷ Statü md 1, md.17

⁷⁸ BEŞİRİ, Arzu: Soykırım ve Soykırıma İlişkin Uluslararası Mekanizmalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.108, Y.2013, s.202.

soykırımı şu şekilde tanımlamıştır.

“Madde 76- (1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.
- c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.
- d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.
- e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.⁷⁹

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

TCK md. 76’ daki bu düzenleme Soykırım Sözleşmesinin 2. maddesinden alınarak düzenlenmiştir.⁸⁰ Madde gerekçesinde, Soykırım Sözleşmesi’ni 23 Mart 1950 tarihinde çekince koymaksızın onaylayan Türkiye’nin, Soykırım Sözleşmesi’nin 5. maddesinde yer alan soykırım suçu sanıklarına etkin cezaların verilmesinin sağlanması ve Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konması amacıyla, sözleşmeciler devletlere yüklenen yükümlülüğü yerine getirmek için Türk Ceza Kanunu’nda soykırım suçuna yer verildiği belirtilmektedir.

⁷⁹ Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ikinci cümle TBMM Genel Kurulu’nda madde hakkında yapılan görüşmeler sırasında (15.09.2004) iktidar ve ana muhalefet partisine mensup milletvekilleri tarafından verilen bir değişiklik önergesi üzerine metne eklenmiştir. Söz konusu önergede, bu değişiklikle Kanunda “suçların içtima açısından belirlenmiş hükümlerle “uyumun sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. ŞAHİN, Cumhur, ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.167.

⁸⁰ TURHAN, Faruk: Yeni Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>, Erişim: 08.05.2013.

Soykırım Sözleşmesi'nden farklı olarak, TCK düzenlenirken 76. maddeye “**bir planın icrası suretiyle**” ifadesi eklenerek objektif bir ölçüt kullanılmıştır. Böylece cürmi girişimin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır.⁸¹ AKÜN' e göre suçun bir plan dahilinde işlenmemiş olması katliamları soykırım niteliğinden çıkarmamaktadır. Tanıma böyle bir ibarenin eklenmiş olması suçun kapsamını daraltmaktadır. Plan adeta suçun unsurlarından biri haline getirilmiştir. Bu suçun bir planın icrası suretiyle işlenmemesi durumunda soykırım suçu oluşmayacak, suç fiillerinin de cezalandırılmaması sonucunu doğuracaktır.⁸²

Türk hukukunda soykırım suçu ilk kez, 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı'nın 128. maddesinde düzenlenmiştir.⁸³ 5237 sayılı TCK, 2001 Tasarısı'nda yer alan bu tanımı, bazı farklılıklarla 76. maddesine taşımıştır.⁸⁴ Maddenin son şekli 15 Eylül 2004 tarihinde Genel Kurul'da yapılan görüşmeler esnasında verilen önerge sayesinde oluşturulmuştur. Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesi, taraf devletin soykırım suçunu önlemek ve cezalandırmak yönünde bir taahhütte bulunduğunu ve bu konuda yasal düzenlemelerin yapılması konusunda yükümlülüğünü öngörmektedir. Türkiye bu yükümlülüğünü 55 yıl boyunca yerine getirmemiştir. Nihayetinde 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile “Uluslararası Suçlar” başlığı altında soyki-

⁸¹ ÇOLAK, Haluk: Güncel Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, 2005, s.207.

⁸² AKÜN, Neslihan Verda: “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid Suçu)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin TOLUNER'e Armağan, Y. 24, S. 1-2, 2004, s. 66.

⁸³ KÖPRÜLÜ, Timuçin: “Soykırım Suçu Üzerine Tartışmalar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.:6, Mayıs, 2006, s.98.

⁸⁴ Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metin şu şekildedir; Soykırım, MADDE 76.– (1) Bir planın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî, dinî veya **bunlar dışında bir özellikle belirlenen** bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Kasten öldürme,
 - b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme,
 - c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması,
 - d) Doğumların zorla engellenmesi,
 - e) Çocukların zorla başka yerlere götürülmesi.
- (2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.
(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir.
(4) Bu suçlardan dolayı zamaşımı işlemez.

rım suçunu (md.76), insanlığa karşı işlenen suçları (md.77), göçmen kaçakçılığı suçunu (md.79), ve insan ticareti suçunu (md.80) düzenlemiştir.

Bunun yanında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinde evrensellik ilkesi soykırım suçu açısından da kabul edilmiş ve Türk Mahkemeleri, yurt dışında işlenen, Türkiye'yi, Türk vatandaşını ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişiliğini ilgilendirmese dahi soykırım ve insanlığa karşı suçlardan dolayı da yetkili kılınmıştır.⁸⁵

Soykırım suçunun unsurlarının bir bütün olarak ortaya çıkması söz konusu olmadığı sürece, soykırım suçundan bahsedilmesi mümkün değildir.

B. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suçla öncelikle grubu oluşturan bireylerin maddi ve manevi varlıkları yani yaşam hakkı, vücut dokunulmazlıkları, onurları korunmaktadır.⁸⁶ Bireyler dışında grubun tamamına ait “grup olarak var olma hakkı” da korunmaktadır.⁸⁷

Bunlar yanında, tüm uluslararası suçlarda olduğu gibi uluslararası toplum düzeni de korunan hukuki değerler arasındadır.⁸⁸ Soykırım suçunun koruduğu hukuki değer sadece bir kişiye ait değil, tüm uluslararası topluma ait olması nedeniyle, bu suçu hukuka uygun hale getiren herhangi bir sebebin varlığı kabul edilemez. Bu nedenle meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme, ilgilinin rızası ve hakkın icrası şeklindeki klasik hukuka uygunluk nedenlerinin soykırımı hukuka uygun hale getirmesi mümkün olmadığı gibi, savaş hali, ülke savunması, amirin emri gibi hallerde de bu fiilin işlenmesini hukuka uygun görmek mümkün değildir.^{89 90}

⁸⁵ KÖPRÜLÜ, s. 97-98.

⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.64.

⁸⁷ BAŞAK, s. 95.

⁸⁸ DEĞİRMENCİ, s.77.

⁸⁹ KOCA, Mahmut: “Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan, 2010, S.1, s.22.

⁹⁰ Doktrinde TCK'nın 24. maddesi kapsamında kalan ve birer hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen kanun hükmünün icrası ve yetkili amirin usule uygun emrinin ifası sırasında işlenen fiillerin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediği için 76. madde uyarınca suç kabul edilmesinin mümkün olmadığını savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.237.

C. FAİL

Fail herhangi bir kimse olabilir.⁹¹ Failin, devlette veya devlet benzeri bir teşkilatlanmada çalışmasına gerek yoktur. Bu demektir ki, sadece soykırımı planlayan ve yapılmasını emreden bir devlet başkanı ya da hükümet bakanı değil suçu işleyen sıradan bir asker veya işlenmesine yardım eden her hangi bir sivil de soykırım suçunun faili olabilir. Bu suçun paramiliter gruplar terörist veya askeri güçler tarafından işlenme ihtimali oldukça yüksektir. Suçun işlenmesi için organize bir yapılanma ve silah gücü gerektirmesi böyle bir sonucu doğurmaktadır.⁹²

Türk hukukunda, tüzel kişi bakımından faillik kabul edilmemiş, 60. maddede yalnızca güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer yandan, Türk hukukunda suçun failinin, korunan gruplardan birine mensup olması yönünde bir engel bulunmamaktadır.⁹³

D. MAĞDUR

Öncelikle mağdurun belli bir milli, etnik, ırki veya dini bir gruba mensup olması gerekmektedir. Soykırım suçunun koruduğu gruplar, hem Soykırım Sözleşmesi'nde hem de TCK'da sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar, milli, etnik, ırki ve dini gruplardır. Meclise sevk edilen Tasarıdan **“bunlar dışında bir özelliklerle belirlenen”** ifadesinin çıkarılması yerindedir. Aksi halde düzenlemenin millî güvenlik ve kamu düzenini sağlamak amacıyla kimi gruplara yönelik olarak sürdürülen mücadelelere zarar vermek için kullanılma riski doğmuş olacaktı.⁹⁴

TCK. 76. maddede yer alan korunan grupları şu şekilde tanımlayabiliriz:

Milli Grup: Milli bir grubu oluşturan unsur, öncelikle üyelerinin aynı vatandaşlığa sahip olmalarıdır. Ayrıca ortak tarih, örf ve adet, kültür ve dil de

⁹¹ TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.49.

⁹² ARICAN, Mehmet: “Türk Ceza Hukukunda Soykırım Suçu”, Kriminoloji Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2009, s. 113.

⁹³ DEĞİRMENCİ, s.79.

⁹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.62.

milli grubu oluşturan değerlerdendir. Milli grupların tipik örneğini ulusal azınlıklar oluşturur.

Etnik Grup: Etnik grubun özelliği, belli bir kültürel geleneğe sahip olması ve zaman içinde oluşmuş olmasıyla kendini gösterir. Grup üyeleri aynı dili konuşur; ortak geleneklere ve hayat tarzına sahiptirler. Etnik grup olmak için aynı ırka mensup olmak gerekli değildir. Grup üyelerinde ortak olan özellikler; aynı dili konuşuyor olmaları, ortak gelenek ve göreneklere sahip olmaları ve hayat tarzlarının ortak olmasıdır.⁹⁵

Irki Grup: Irk kavramı, üyelerinin aynı kalıtımsal (irsi), görülebilen deri rengi veya beden şekli gibi vücut özelliklerine sahip olduğu sosyal grupları tanımlamak için kullanılmaktadır. Aynı kalıtımsal özelliklere, deri rengi, bedensel özellikler gibi dışarıdan kolayca görülebilecek farklılıklar dahildir.⁹⁶

Dini grup: Dini bir grubun mensupları aynı inanca sahip, aynı rehberine inanan, ortak manevi fikirlere sahip veya aynı ibadet şeklini icra eden kişilerden oluşur. Sadece büyük dini topluluklar değil, küçük topluluklar da suçun koruduğu gruplar kapsamındadır.

Bu gruplara üyelik genellikle doğuştandır. Özellikle etnik ve irki gruplar bakımından kişinin bu gruplara dahil olma ve gruptan ayrılma iradesi söz konusu olamaz. Ancak kişi pekala dini grubunu değiştirebilir. Kişinin vatandaşlığına değiştirmesi ise her zaman kişinin o milli gruptan ayrılmasını sonuçlamaz.⁹⁷

İnceleme konumuz olan soykırım suçu açısından mağdur, suçu oluşturan ve 76. maddede sayılan hareketlerin türüne göre belirlenecektir. Kasten öldürme hareketinde mağdur, öldürme fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği grubun üyesi veya üyeleridir. Bedensel veya ruhsal ağır hasarlar vermede, kendisine bedensel veya ruhsal zarar verilen üye veya üyeler suçun mağdurunu oluşturmaktadır. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması durumunda, zorlama eylemleri grup üye veya

⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.49.

⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.49.

⁹⁷ ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.80.

üyeleri üzerinde gerçekleştirilecektir. Bundan dolayı mağdur, olumsuz koşullarda yaşamaya zorlanan grup üye veya üyeleridir. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerde, tedbirlerin uygulandığı üye veya üyeler suçun mağdurudur. Örneğin kadın veya erkeklerde kısırlaştırma yoluna gidilmiş ise, kısırlaştırma uygulanan kişiler suçun mağduru olacaktır. Gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesinde ise mağdur, gruba ait çocuklardır.

Mağdurun ait olduğu grubun tespiti, suçun soykırım suçu olarak nitelendirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Mağdurun, ulusal, etnik, ırki veya dini bir gruba ait olup olmadığının değerlendirilmesinde objektif ölçütün kabul edilmesi yönünde doktrinde genel bir eğilim mevcuttur. Dolayısıyla, biyolojik ve genetik köken, kültürel farklılıklar veya dini farklılık gibi objektif kıstaslar dikkate alınmalı, failin grubu nitelemesine veya mağdurun kendisinin hangi gruba ait olduğuna dair taşıdığı hisse itibar edilmemelidir.⁹⁸ Bununla birlikte, grubun kendi kendini nitelemesine veya üçüncü kişiler tarafından yapılan nitelermeye de, faildeki saikin belirlenmesi açısından itibar edilmelidir.⁹⁹ Suç ile korunan hukuki menfaatin, grubun maddi ve manevi varlığını devam ettirmesi olduğunu göz önüne aldığımızda, grubun belirlenmesinde objektif ölçütün kullanılmasının gerekliliği ortaya çıkacaktır.

E. MADDİ UNSUR

Soykırım Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemeleri statülerinde olduğu gibi TCK md. 76' da da seçimlik hareketli bir suç tipi olan soykırım suçunu oluşturacak eylemler sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar:

1) Kasten öldürme: Kasten öldürmeden anlaşılması gereken grup üyelerinin öldürülmesidir. Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, gruba üye tek kişinin dahi öldürülmesi suçun tamamlanması için yeterlidir.¹⁰⁰

⁹⁸ ÖNOK, R. Murat: "5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S. 5, Nisan 2005, s. 184.

⁹⁹ DEĞİRMENCİ, s. 86.

¹⁰⁰ Sadece bir kişiye karşı gerçekleştirilmiş bir eylemin grubun tamamına yönelik saikin ispatını sağlaması çok zordur. Nitekim soykırım suçuna ilişkin uluslararası yargılamalarda beraat kararları genellikle suçun manevi unsurunun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat-

2) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme: Bu seçimlik hareket bakımından dikkat edilmesi gereken temel nokta, zararın bedensel veya ruhsal bütünlüğe karşı olması ve ağır olması gerekliliğidir. Bedensel ve ruhsal bütünlüklere ağır zarar verici eylemler, kişilerin yaralanması, kişilere işkence yapılması, tecavüz edilmesi, ölümle tehdit edilmesi şeklinde olabilir.¹⁰¹ Cinsel saldırılar da ağır bedensel ve ruhsal zararlara neden olma fiili kapsamındadır.¹⁰² Ne kadar ağır olursa olsun gruba ait mal varlığı değerlerine (ibadet yerlerine, tarihi eserlerine vs.) verilen zararlar soykırım suçunu oluşturmaz.

3) Grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması: Soykırım suçunu oluşturan bu eylemde mağdurun hayat ve vücuduna doğrudan bir saldırı yapılmamakta, ancak dolaylı yollardan grup üyeleri yok edilmeye çalışılmaktadır. Yok edilmeye elverişli hayat şartlarına örnek olarak, grup üyelerini toplama kamplarında hapsetmek, yaşam için zorunlu gıda, elbise, barınma veya tıbbi ihtiyaçlardan mahrum etmek gösterilebilir. Yine ağır şartlar altında sistematik sürgün de soykırım suçunu oluşturabilir.¹⁰³

4) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması: Grup içinde doğumların engellenmesi de zaman içinde grubun yok olmasını sonuçlayacak hareketlerdendir. “Biyolojik soykırım” olarak da adlandırılan bu soykırım şeklinde kısırlaştırma, zorla doğum kontrol ilaçlarının verilmesi, erkek ve kadınların ayrı yerlerde tutulması gibi hareketler suç oluşturur.¹⁰⁴

5) Gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi: Çocuklar bir grubun devamı için olmazsa olmaz koşul olduğundan, biyolojik soykırımın ikinci şeklini, gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi oluşturur. Çocuk kavramının 18 yaşından küçük kişi olarak yorumlanması gerekir. (TCK md. 6/1-b) Nakletme, süreklilik arz etmeli ve grubun varlığını yok etme

lanmaması gerekçesiyle olmaktadır. ALPKAYA, s.126.

¹⁰¹ ÖZBEK, s. 81.

¹⁰² ÇOLAK, s.208.

¹⁰³ ÇOLAK, s.208.

¹⁰⁴ TURHAN, s. 14.

kastıyla işlenmelidir. Başka bir gruba nakledilen çocuklar kendi sosyal bağlarından koparılmakta ve kimliğine yabancılaşmaktadır. Gruba ait dil, gelenek ve ahlaki değerler çocuğa yabancı kalmaktadır.

F. MANEVİ UNSUR

Soykırım suçunu oluşturan fiiller ancak kasten işlenebilir ve failde özel kastın bulunması gerekir. Soykırım suçunun manevî unsurunu, soykırım suçunu oluşturan fiillerin fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi oluşturur. TCK md. 76’da, sadece öldürme fiilinde failin kastından bahsedilmekle birlikte, TCK md. 21’de suçun oluşması için failin kasten hareket etmesi gerektiği belirtildiği için ve 22. maddede taksirle işlenen fiillerin ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılacağı açıklandığı için, diğer soykırım fiilleri için de failin kastının aranacağı anlaşılmaktadır. Bir fiilin soykırım suçu olarak cezalandırılabilmesi için genel kast yeterli değildir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 6. maddesinde, ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubu “tamamen veya kısmen yok etmek kastıyla” fiilin işlenmesinden bahsedilerek failde özel kastın varlığı aranmıştır. TCK md. 76’da da milli, etnik, ırki veya dini bir grubun “tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla” denilerek failde özel kast varlığının aranacağı açıkça belirtilmiştir. Yok etme kastı, soykırım suçunu diğer suçlardan, özellikle de insanlığa karşı suçlardan ayırmada en önemli kriterdir. Failin kastının grubun tamamını yok etmeye yönelik olması zorunlu değildir. Grubun önemli bir kısmını yok etmek isteğiyle hareket edilmesi yeterlidir. Bu nedenle, grubun sayıca önemli bir kısmını yok etmek kastı yanında, grubu temsil eden kesimi – örneğin yönetici kısmını – yok etmek kastı da özel kastın varlığı için yeterlidir.¹⁰⁵ Bu suç olası kast ve taksirle de işlenemez.¹⁰⁶

Manevi unsur açısından, özel kastla tasarlamayı birbirine karıştırmamak gereklidir. Bir kimseyi sırf belirli bir gruba aidiyeti nedeniyle ortadan kaldırmayı amaçlayan bir hareketin mutlaka tasarlayarak işlenmesi gerekmez. Bu

¹⁰⁵ TURHAN, s. 4.

¹⁰⁶ ALBAYRAK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap“, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 88.

amaca yönelik belirli bir planın var olması koşuluyla, bu planı uygulamak için söz konusu gruba ait herhangi bir kimseye yönelik ve ani kastla işlenen fiiller de soykırım suçunu teşkil edebilir.

G. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1) İştirak

Soykırım suçuna her türlü iştirak mümkündür. Soykırım suçunu azmettirenler, teşvik ve yardım edenler de TCK'nın iştirak hükümleri çerçevesinde yargılanacaklardır. Soykırım Sözleşmesinin 3. maddesinde de soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak, soykırımı iştirak etmek de cezalandırılması gereken fiiller arasında sayılmıştır. Bunlardan, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak, TCK' da suça iştirak kapsamında somut olayın özelliğine göre suça azmettirme veya suçu teşvik etme suçlarından dolayı cezalandırılabilir. Ancak suça iştirak için gerekli olan suça iştirak iradesinin söz konusu olmadığı hallerde, yani tamamen genel bir tahrikin söz konusu olduğu durumda, TCK. md. 214' de düzenlenen genel suç niteliğinde olan "suç işlemeye tahrik suçu" işlenmiş olur.¹⁰⁷

2) Suçların İçtimalı

Soykırım suçunda fail, soykırım suçunun cezasını aldıktan sonra ayrıca kasten öldürme ve yaralamadan dolayı ceza almayacaktır. Ancak TCK'nın 76/2. fıkrasında belirtildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan fiillerden kasten öldürme ve kasten yaralama açısından, mağdur sayısı kadar suç oluşacak ve gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Bunun amacı, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçların faillerinin Ceza Kanununda kasten öldürme ve yaralama faillerine göre avantajlı konuma geçmelerinin önlenmesi olabilir. Bu düzenleme, soykırım kastıyla kasten öldürme fiili açısından belki kabul edilebilir. Ancak, soykırım kastıyla kasten yaralama açısından kabul edilmesi mümkün olmayan ağır bir cezai yaptırım söz konusu olmaktadır. Örneğin, failin soykırım amacıyla iki kişiyi yaralaması halinde fail iki defa ağırlaştırılmış müebbet hapse

¹⁰⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.73-74.

mahkum edilecektir. Doktrinde, bu düzenlemenin özellikle yaralama suçları için kabul edilemez olduğu, failin saiki ne kadar ağır olursa olsun, söz konusu cezanın failin kusuru ile orantılı olmadığı belirtilmektedir.

Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda işlenen zincirleme suç hallerine, TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ceza artırımı yapılacaktır. Ancak cezası zaten ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olan soykırım suçlarında “zincirleme suç” müessesesine göre miktar bakımından artırım yapılması mümkün değildir.¹⁰⁸

H. YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

Soykırım suçunun cezası, ağırlaştırılmış müebbet haptistir. (TCK md. 76/2)¹⁰⁹ Görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir. Soykırım suçunda resen soruşturmaya başlanır.

Türkiye, soykırım suçunun bütün insanlığı ilgilendiren en ağır suçlardan olmasını ve Soykırım Sözleşmesiyle suçun faillerini cezalandırmayı taahhüt etmesini göz önünde bulundurarak, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından evrensellik ilkesini kabul etmiştir. TCK'nın 13. maddesinde soykırım suçunu yurtdışında işleyen vatandaş veya yabancının da, yabancı ülkede hakkında mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılanması öngörülmüştür.

Bu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir. (CMK. 100/3)

Soykırım suçu, bünyesinde barındırdığı özel kasttan dolayı, müstakil bir suç tipi olarak ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenmiştir. Soykırım suçunu oluşturan eylemlerin birçoğu, soykırım suçunu düzenleyen özel hükümler bulunmasa bile ülke kanunlarında cezalandırılan eylemlerdir. Bununla birlikte, grup içinde doğumların önlenmesine yönelik tedbirleri uygulamak gibi

¹⁰⁸ ŞEN, s. 239-240.

¹⁰⁹ Soykırım suçunu oluşturan beş hareket bakımından aynı cezanın öngörülmüş olmasının, eylem ile ceza arasında dengesizliğe neden olduğu, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler doğrultusunda, her hareket türü için farklılaştırılmış ceza uygulanmasının yerinde olacağı görüşü hakkında bkz. DEĞİRMENCİ, s.111.

eylemler, soykırım suçunu özel olarak düzenlemeyen ülkelerde, cezasız kalan eylemler olmuştur.¹¹⁰

Tüzel kişiler hakkında TCK'daki sisteme uygun olarak güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir.

TCK md. 76'nın son fıkrasında, uluslararası hukukta kabul edildiği gibi, soykırım suçlarının zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmiştir. Kanun sadece zamanaşımı dediğine göre, bunun hem dava, hem de ceza zamanaşımını kapsadığını kabul etmek gerekir. 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme, bu suçlarda zamanaşımının kabul edilmemesini düzenlemektedir. Yine Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 29. maddesinde, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların (soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları) zamanaşımına uğramayacağı düzenlenmiştir.

SONUÇ

Soykırım kavramı, hukuksal olarak tanınan ve belli özellikleri olan birtakım insan topluluklarının, bir plan çerçevesinde ve özel bir kastla yok edilmeleri anlamına gelmektedir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, soykırım kavramı uluslararası toplum açısından hafife alınamayacak kadar önemlidir ve her açıdan güncelliğini korumaktadır. Bundan dolayı, uluslararası hukukta birçok ülke tarafından soykırım suçunun önlenmesi konusunda fikir birliğine varılmış, soykırım suçunun herhangi bir belgede suç olarak düzenlenmese dahi, doğası gereği cezalandırılması gerektiği üzerinde uzlaşmıştır.

Bu suç, 11 Aralık 1946 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun oybirliği ile kabul ettiği 96 (1) sayılı kararıyla Birleşmiş Milletler nezdinde kabul görmüş olup, 9 Aralık 1948'de kabul edilip 12 Ocak 1951'de de yürürlüğe giren Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tanımlanmıştır.

Ülkemiz Soykırım Sözleşmesini 1950 yılında onaylamış olmasına rağmen,

¹¹⁰ TURHAN, Faruk: "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s. 12.

bu Sözleşmeden kaynaklanan ve soykırım suçuna konu olan fiillerin iç hukukta suç olarak düzenlenme yükümlülüğünü 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yerine getirmiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nin yorumu ve hükümlerinin uygulanması ilk kez Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri kararları neticesinde ortaya çıkmıştır.

İnsanlığın özellikle yirminci yüz yılda yaşadığı soykırım suçuna konu olaylar soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması ihtiyacını iyiden iyiye hissettirmiş ve 01.07.2002 tarihinde bu ihtiyaca cevap vermesi beklenen bağımsız, kalıcı ve sürekli bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur.

Ülkemiz, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna ilişkin Roma Statüsü'nü imzalamayarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisini tanımamakla birlikte, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte getirilen yenilikler ve Ceza Kanunumuzda "Uluslararası Suçlar" başlığı altında 76. madde düzenlemesi ile soykırımın suç olarak kabul edilmesi, iç hukukumuzda bu alanda atılmış olumlu adımlar olarak kabul edilebilir.

Bununla beraber, bugün Türkiye'de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren suçlardan birisinin failinin bulunması halinde, Türkiye'nin faili Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne teslim etmesi bakımından hukuki bir engel yoktur

TCK md. 76' da soykırım suçuna ilişkin olan düzenleme Soykırım Sözleşmesinin 2. maddesinden alınmakla birlikte "bir planın icrası suretiyle" ifadesi eklenerek objektif bir ölçüt kullanıldığı için, soykırım suçunu oluşturan fiillerin, önceden tasarlanmış belirli bir plan çerçevesinde işlenmesi gerekmektedir.



KAYNAKÇA

AKÜN, Neslihan Verda: “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Soykırım (Jenosid) Suçu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan, Y. 24, S. 1-2, 2004

AKBULUT, İlhan: “İnsan Hakları”, Askeri Adalet Dergisi, S.104, Ocak, 1999

AKTAN, Gündüz: “Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi, Türkiye Günlüğü, S.64, 2001

ALBAYRAK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap“, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

ALİBABA, Arzu: “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, AÜHFD, C. 49, S. 1–4, 2000

ALPKAYA, Gökçen: Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

ARICAN, Mehmet: “Türk Ceza Hukukunda Soykırım Suçu”, Kriminoloji Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2009

ASLAN, Muzaffer Yasin: Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006

AZARKAN, Ezeli: “Bireyin Uluslararası Sorumluluğu ve Miloseviç Davası” SÜHFD, Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı, C.11, S.3-4, 2003

BAUER, Yehuda: Soykırımı Yeniden Düşünmek, Çev: Orhun Yakın, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002

BASSIOUNI, Cherif: From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court, Harvard Human Rights Journal, 1997

BAŞAK, Cengiz: Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

BELGE, Murat: “Genocide Kavramı”, Radikal Gazetesi, 2 Haziran 1998

BERBERER, Halil Murat: Soykırım Suçu, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007

BEŞİRİ, Arzu: Soykırım ve Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.108, Y.2013

CANİKOĞLU DİKMEN, Meltem: Görebildiğimiz Kadar Hukukun Aklın ve Vicdanın Penceresinden İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2009, S.2009/3, C.83

ÇELİK, Edip F.: Milletlerarası Hukuk, İstanbul, İÜHF Yayınları, C.1, 1980

ÇOBAN, Ebru: “Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği”, Uluslararası İlişkiler, C.5, S.17, 2008

ÇOLAK, Haluk: Güncel Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, 2005

DADRIAN, Vahakn: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid, Belge Yayınları, 1.B., İstanbul, 1995

DEĞİRMENCİ, Olgun: Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK md. 76), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2007, S.70

DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998

GÖNLÜBOL, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, AÜSBF Yayınları, No:236, 2.B., Ankara, 1968

GÜRELLİ, Nevzat: İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçlar, Adalet Dergisi, 1951

İLKİZ, Fikret: Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2005, C.11, S.2

İLKİZ, Fikret: “Toplama Kamplarından Nüremberg Mahkemesine”, Güncel Hukuk Dergisi, S.20, Ağustos, 2005

KESKİN, O. Kadri: Jenosid Suçu ve Jenosid Sözleşmesi, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1986, S.5

KIZILSÜMER, Deniz Özer: “B.M. Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Dava (Bosna Hersek v. Sırbistan)”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2008, C. 4, S. 15

KOCA, Mahmut: Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S.1

KOCAOĞLU, Sinan: Suçların Suçu: Soykırım, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2010, S.90

KOCAOĞLU, Sinan: Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayınları, Y.2005, S.3

KÖPRÜLÜ, Timuçin: “Soykırım Suçu Üzerine Tartışmalar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs, 2006

LEMKİN, Rafael: Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress, Washington, 1944

LÜTEM, İlhan: Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara, 1951

MERAY, Seha: Devletler Hukukuna Giriş, C. 2, Ankara, 1959

MİNEAR, R.H.: Victors Justice the Tokyo War Crimes Trial Princetan: Princeton Univ. Press., 1971

ODMAN, Tefrik: Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996

ÖNOK, R. Murat: “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005

ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, C.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi, 5.B., Ankara, 1998

SCHABAS, William A: An Introduction to the International Criminal Court,

Second Edition, Cambridge, 2004

SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, Geliştirilmiş 2.B., İstanbul, 2006

ŞAHİN, Cumhur ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

TEZCAN, Durmuş: Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı, 2000, Ankara Barosu Yayınları, C. 1

TEZCAN, Durmuş ERDEM, Mustafa Ruhan ÖNOK, Murat: 5237 Sayılı Türk Ceza

Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

TOLUNER, Sevin: “Soykırım Nedir? Ne Değildir? Konulu Konferansa Katkısı. Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul, 2004

TÖNEL ŞEN, Semin: Uluslararası Hukukta Soykırım Etnik Temizlik Saldırısı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010

TURHAN, Faruk: Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005

TÜRBEDAR, Erhan: “Yüzyılın Davası: Bosna Adalet Peşinde, Stratejik Analiz, Mayıs 2006

YAĞLIOĞLU, Zafer: Milletlerarası Yargı Sistemleri ve Kuruluşları, Askeri Adalet Dergisi, S.115, Eylül 2002

YILMAZ, Alia: Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 144.

ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANMA AÇISINDAN SOĞUK SAVAŞ SONRASI DÖNEMDE NATO VE TERÖRİZMLE MÜCADELE

*NATO and The Fight Against Terrorism in The Post Cold War Era Within
The Perspective of Use of Force in International Law*

Eyyub KANDEMİR *

ÖZET

Bu çalışmada Soğuk Savaş sonrasında ortaya çıkan uluslararası ortam, yeni ulusötesi tehditler ve özelden terörizm konusu incelenmektedir. Bu bağlamda NATO'nun tutumunun nasıl geliştiği, Kasım 2010'da kabul edilen "Aktif Katılım, Modern Savunma" başlıklı Stratejik Konsept belgesi ile ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Soğuk Savaş döneminde Batı'ya ait bölgesel savunma örgütü olan NATO, genişleme ve transformasyon sonucunda günümüzde artık sadece Batı'ya değil gelişmiş Kuzeye de ait, bölgesel değil küresel tehdit değerlendirmesinde bulunan, klasik değil ulusötesi tehditlere karşı da strateji ve konsept geliştiren bir uluslararası güvenlik mekanizması olmuştur. 1991 ve 1999 tarihli NATO Stratejik Konseptlerinde terörizm bir tehdit unsuru olarak değil risk çeşidi olarak algılanmıştır. 11 Eylül 2001'de yaşanan terör saldırıları sonrasında NATO içerisindeki mevcut algı ve tutum dramatik şekilde değişmiş ve ilk kez Washington Antlaşmasının 5'nci maddesine başvurulmuştur. 2010 Stratejik Konsepti ile NATO, klasik tehdit algılamasının ötesine geçerek terörizm gibi ulusötesi tehditlerin zikredildiği modern güvenlik anlayışı ve küresel farkındalıkla İttifakı alan dışına çıkarmış ve küresel çerçevede çatışma önleme ve istikrar sağlama vizyonu ortaya koymuştur. Ortaya çıkacak bir terör tehdidi karşısında İttifakın vereceği "temel güvenliğin tehlikede olduğu ve kuvvet kullanmak üzere harekete geçilmesi" gerektiği kararı, ABD liderliğinin tek taraflı veya çok taraflı dış politika tercihinine bağlı olarak; uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin klasik / geleneksel veya neorealist okulların görüşlerinin hangisinin benimseneceği konusunda uluslararası ilişkilerde, terörizmle mücadelede ve NATO'nun kendisi açısından önemli sonuçlar doğurabilir.

Anahtar Kelimeler: ABD, BM, Çok Taraflılık, Kuvvet Kullanma Yasağı, Ku-

* Piri Reis Üniversitesi Denizcilik Meslek Yüksek Okulu Öğretim Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Doktora Öğrencisi, ekandemir@pirireis.edu.tr

zey-Güney Ayrımı, Meşru Müdafaa Hakkı. NATO, Stratejik Konsept, Tek Taraflılık, Terörizm, Ulusötesi Tehditler.

ABSTRACT

In this article, the international environment, the new transnational threats and particularly the subject of terrorism in post cold war are analyzed. Within this regard, it is aimed to show how NATO's policy has been developed with the Strategic Concept 2010 document: "Active Engagement, Modern Defence" accepted on November 2010. As a result of transformation and enlargement policy, NATO has become an international security organization which belongs not only to the West, but also the North and evaluates not only the regional and classical but also the global and transnational threats. However, in 1991 and 1999 Strategic Concepts, terrorism was perceived as one of the security risks and not as a threat. The 9/11 terrorist attacks of 2001 changed this perception dramatically and the Alliance triggered the Article 5 of the Washington Treaty. With the Strategic Concept 2010, NATO has moved the Alliance out of the area by going beyond the classical threat perception with the global awareness and the modern security perception which explain the transnational threats like terrorism. In a case where the Alliance will make a determination stating that "the security is at danger and it is necessary to take action to use force" against an emerging terrorist threat, subject to the American leadership's unilateral or multilateral foreign policy choice, dealing with whether classical / traditional or neorealist school's view regarding the use of force in international law will be accepted will have very important effects on the international relations, the fighting against terrorism and NATO itself.

Key Words: Multilateralism, NATO, North-South Division, Right of Self Defense, Strategic Concept, Terrorism, Transnational Threats, UN, Unilateralism, USA, Prohibition of Use of Force.



GİRİŞ

19-20 Kasım 2010 tarihlerinde devlet ve hükümet başkanları düzeyinde icra edilen Lizbon Zirvesinde, "Aktif Katılım, Modern Savunma" başlıklı NATO Stratejik Konsepti kabul edilmiştir. Soğuk Savaş döneminin ayakta kalan en önemli uluslararası güvenlik örgütü olan NATO'nun 21'nci yüzyılda varlığını ve etkinliğini devam ettirebilmek üzere günümüzün ulusötesi (transnational)

tehditlerine¹ (Kandemir, 2008: 42, 83-94) uygun bir anlayışla kurgulanması ve yönelimlerini şekillendirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda üye ülkeler arasında ortak bir vizyon ve algı birliği oluşturmak amacıyla hazırlanan Stratejik Konsept belgesinde yer alan terörizm ve terörle mücadele anlayışı özel önem arz etmektedir. Nitekim günümüz ulusötesi tehditlerinin başında gelen terörizm konusunda NATO üyeleri arasında algı ve tanımlamalardaki farklılıklar (Bebler, 2004-2005: 164,165), NATO'nun terörizme karşı yürüttüğü Afganistan ve Etkin Çaba (Active Endeavour) gibi harekâtlarını etkileme kapasitesini haiz bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Soğuk Savaş döneminin klasik tehditlerine göre kurulup şekillenmiş olan NATO'nun 21'nci yüzyılda günümüzün ulusötesi tehditlerinin başında gelen terörizm konusunda oluşturacağı ortak akıl ve anlayış, NATO'nun geleceğinin olumlu bir vizyonda devamı ve uluslararası güvenlik ve istikrara katkısı açısından büyük önem arz etmektedir. Bu makalede, terörizmle mücadele bağlamında Soğuk Savaş sonrası NATO'nun terörizm konusundaki tutumun nasıl geliştiği, en son kabul edilen Stratejik Konsept 2010 belgesi ile birlikte incelenmektedir. Müteakiben önümüzdeki dönemde NATO'nun müttefiklerden birine veya birkaçına karşı ortaya çıkabilecek bir terör tehdidi durumunda karar ve yönelişlerindeki alternatifler uluslararası hukuk açısından değerlendirilmektedir.

1. 21'nci Yüzyılda Güvenlik Kavramı ve Terörizm

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin beklenmedik bir şekilde dağılması ile Soğuk Savaş'ın aniden sona erışı, dünya uluslararası siyasetinde pek çok yapısal değişikliğin meydana gelmesine neden olmuştur. Yarım yüzyıla yakın bir süre içinde, Batı-Doğu blokları arasındaki etkileşim çerçevesinde şekillenen uluslararası siyaset, Doğu Bloğu'nun çöküşü ile Ba-

¹ "Ulusötesi" kavramı ilk defa 1950'li yıllarda uluslararası ilişkiler disiplininde Vatikan, petrol şirketleri, silahlı gruplar vb. devlet dışı birimlerin faaliyetleri sonucu uluslararası sistemdeki değişimi ifade etmek amacıyla kullanılmış, daha sonra Joseph S. Nye ve Robert Keohane ikilisi tarafından teorileştirilmiştir. Ulusötesi tehditler kavramı ile uluslararası sistemin yapısal sorunlarından kaynaklanan ve devlet dışı birim veya birimlerin etkileşimleri ile devlet veya devletlere doğrudan yönelen olumsuz etkiler kastedilmektedir.

tı'nın² (Huntington, 2005: 20, 21, 23) üstünlüğü söylemi doğrultusunda ve küreselleşme³ olgusu (Günsoy; 2006: 8-17) çerçevesinde yeniden şekillenmeye başlamıştır.

İçinde bulunulan süreçte, her ne kadar Batı'nın göreceli siyasal, askeri, ekonomik, kültürel ve psikolojik üstünlüğü karakteristik özellikler olarak ön planda olsa da, Doğu Bloğu'nun çöküşünün getirdiği siyasal belirsizlik ve kargaşa ortamı, uluslararası sistemde yeni bir düzen arayışını (Taylor, 1993: 33, 35, 40-41) beraberinde getirmiştir.⁴ Geçiş dönemi olarak da adlandırılabilir söz konusu dönemde uluslararası sistemde tespit edilen sorunlar, Soğuk Savaş döneminin sorunlarından oldukça farklılık göstermektedir. Yeni dönemi; Soğuk Savaş'ın güvenliğinin askeri ve siyasi boyutlarındaki sorunlarından farklı olarak, yarım yüzyıla yakın bir süredir ikincil önemi haiz olmuş güvenliğinin ekonomik, sosyal ve çevresel boyutlarındaki sorunların uluslararası toplumu doğrudan tehdit eden yeni alanlar olarak birincil önem kazanma süreci olarak ifade edebiliriz. (Buzan, 1991: 431-451)

Soğuk Savaş süresi boyunca Batı-Doğu blokları arasındaki siyasi ve askeri rekabet ve çatışma ortamı nedeniyle, söz konusu sorunlar ve bunların uluslararası sistemdeki yapısal nedeni olarak düşünülen “**Kuzey-Güney ayrımı**”⁵

² Batı kavramı izafi olup Soğuk Savaş döneminde Endüstrileşmiş Kuzey-Birinci Dünya olarak da ifade edilmiştir. Günümüzde ise özellikle gündeme gelen Dinler Savaşı diğer bir deyişle Medeniyetler Çatışması tartışmalarından sonra Huntington'ın da belirttiği gibi referans noktası ekonomik gelişmişlik ve kapitalizm yerine din ve kültür alanında ABD önderliğindeki Kanada, Batı, Orta ve Kuzey Avrupa ülkeleri ile Avustralya ve Yeni Zelanda olarak Batı'yı somutlaştırabiliriz. Bu görüşe göre ise bugün Batı'ya direkt tehdit ise İslam'dan gelmektedir.

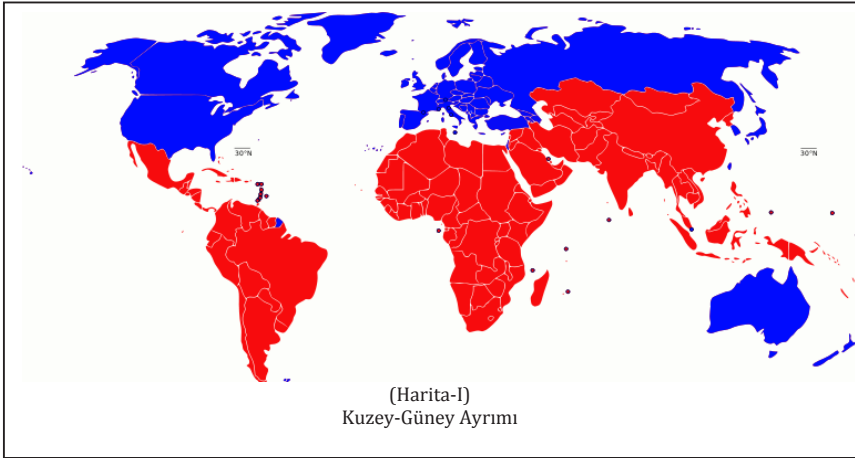
³ Küreselleşme oldukça uzun bir geçmişi olan ve halen de yaşayan çok boyutlu bir olgu olarak farklı düşünürler tarafından çok değişik şekillerde tanımlanmaktadır.

⁴ “Yeni Dünya Düzeni” kavramı veya “Yeni Dünya Düzeni Yaratmak” söylemi 1989 yılında Doğu Avrupa'da komünist rejimin çökmesi ile birlikte oldukça popüler hale gelmiştir. Varşova Paktı'nın dağılıp SSCB'nin yıkılmasıyla Soğuk Savaş'ın bitişi Yeni Dünya Düzeni'nin nasıl olacağı sorusunu da gündeme getirmiştir.

⁵ Kuzey-Güney ayrımı, “Kuzey” olarak bilinen zengin gelişmiş ülkeler ile fakir gelişmekte olan ülkeler ya da az gelişmiş ülkeler olarak bilinen “Güney” arasındaki sosyo-ekonomik ve siyasi bölünmeyi tanımlamakta kullanılmaktadır. Kuzey olarak bilinen ülkelerin çoğunluğu -Avustralya ve Yeni Zelanda hariç- -Kuzey Yarım Kürede bulunmasına rağmen ayrım coğrafi olarak belirlenmemiştir. Kuzey Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin beş daimi üyesinin dördünü ve G-8 üyesi tüm ülkeleri kapsamaktadır. Kuzey aynı zamanda bütün Batı ve Birinci Dünya ile İkinci Dünya'nın bir kısmını da içermektedir.

(Reuveny ve Thompson, 2008: 1-16) uluslararası ilişkiler biliminin akademisyenleri açısından bir çalışma alanı olarak ortaya çıkmış olsa da, dünya politik liderleri tarafından siyasi ajandanın ön sıralarında ele alınmamıştır.

Yeni dönemin sorunlarını; enerji güvenliği, Batı için siyasi tehdit olarak “radikal İslamcı yapı”⁶ (Ganor, 2006: 19) küresel ekonomik sistemin besleyip siyasal ortamın şekillendirdiği, özellikle nükleer ve biyolojik silah elde etme kapasiteleri ile terörizm, uyuşturucu ve insan ticareti ve bunlarla doğrudan bağlantılı olarak sınırların kontrolü, çevresel boyutta ise küresel ısınma sonucu iklimde meydana gelen radikal değişimler ve nihayetinde büyük çaplı kitlesel göç hareketleri (Gaskin, 2010: 3) olarak sıralayabiliriz.



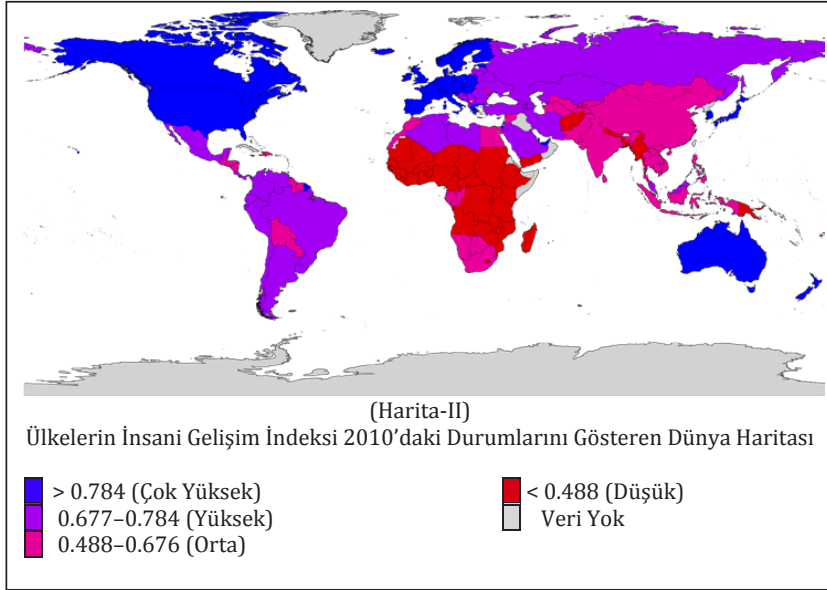
Soğuk Savaşın sonu itibari ile yarım yüzyıla yakın bir zaman içerisinde ihmal edilen Kuzey-Güney ülkeleri arasındaki gelişmişlik açısından söz konusu olan büyük uçurum (Günsoy, 2006: 85, 106)⁷ (Harita-II) özellikle terörizm,

⁶ Radikal İslamcı yapı kavramı, Batılı düşünürler tarafından, “tüm dünyaya yayılarak dünyanın her tarafını fethetmek ve yalın şekilde ifade etmek gerekirse Radikal İslam’ın ve onun kurallarının hâkim olmadığı hiçbir yer kalmamasına dayanmaktadır” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁷ Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ticaretin küreselleşmesi sürecindeki yerine baktığımızda, gelişmiş ülkelerin ticaret hacimleri 1980’lerde % 73 oranında, 1990’larda ise % 96,6 oranında karşımıza çıkmaktadır. Yine Gelişmekte Olan Ülkeler için bu oranlar 1980’lerde % 31 iken 1990’larda % 45 olmuştur. Az Gelişmiş ülkelerde ise küreselleşmeye katılmama oranı 1980’lerde %60,80 iken, 1990’larda %71 seviyesine çıkmıştır. Yine 1870’den 1998’e

uyuşturucu ve insan ticareti ve bunlarla doğrudan bağlantılı olarak sınırların kontrolü sorunlarının derinleşmesine ve dünya sathı mahalline yayılmasına neden olduğu söylenebilir. Bahse konu sorunlar uluslararası sistem açısından ulusötesi bir içerik kazanmıştır.

Konumuz açısından özellikle, yerel kültür ve gelenekleri bozarak insanları baskıladığına inanılan yabancı / dış kültür ve maddi nüfuza karşı duyulan kızgınlık ile beraber, devletler arasındaki siyasi, sosyal ve ekonomik alanlardaki eşitsizlikten kaynaklanan ve giderek artan memnuniyetsizliğin (Kegley, 2003;11), terörizmin başlıca nedenlerini teşkil ettiği söylenebilir.



Soğuk Savaş sonrası uluslararası terörizmin diğer en önemli kaynakları ise, 1979 İran Devrimi ve hemen sonrasında Sovyetlerin Afganistan müdahalesi sonrasında yaşanan gelişmeler (Rapoport, 2003; 44) olmuştur. İran Devrimi, Irak, Suudi Arabistan, Kuveyt, Lübnan gibi ülkelerdeki Şii motifli yanlısı terör hareketlerinin güçlenmesine neden olurken, Sovyetlerin Afganistan işgali ise,

gelindiğinde, Batı Avrupa, Orta ve Doğu Avrupa ve Afrika dışındaki bölgelerin toplam dünya ihracatındaki payının azaldığı, diğer bölgelerin ihracattaki paylarının ise arttığı görülmektedir.

buna karşı koymak üzere dünyanın pek çok yerinden gelen İslami militanların -ABD desteğiyle- düzensiz savaş ve direniş konusunda tecrübe kazanmasına ve sonrasında evlerine dönerek radikal örgütleri güçlendirmelerine (Laquer, 2003;165-166) neden olmuştur.

SSCB'nin dağılması ile birlikte dünya siyasal coğrafyasında ortaya çıkan "jeopolitik ve ideolojik boşlukta" (Fuller ve Lesser, 1996: 1);

- Balkanlar, Orta Asya ve Kafkasya'daki siyasal mücadelelerin etnik ve dini çatışmalarla neticelenmesi (Brzezinski, 1998: 112-123),

- Birçok nükleer fizikçinin işsiz kalması ve özellikle nükleer kapasiteye sahip eski Sovyet Cumhuriyetlerindeki siyasal yozlaşmanın, Kimyasal – Biyolojik – Radyoaktif - Nükleer (KBRN) araçları para karşılığında teröristlerin kullanımına açılabilir hale getirmesi (Wilkinson, 2006: 179),

- Müslüman dünyadaki diktatörlük rejimleri nedeni ile ortaya çıkan Radikal İslami anlayış ve Batı'ya karşı cihadı savunan ideolojik yaklaşımın yaygınlaşması (Wilkinson, 2006: 30-39),

- Terörist grupların teknoloji elde etme yeteneklerinin artması ile birlikte büyük bir tahrip etme potansiyelinin ortaya çıkması (Laquer, 2003: 154-156), terörizm konusunda önemli gelişmeler olarak ortaya çıkmıştır.

Böylece söz konusu dönem içerisinde terörizm, Batı değerlerinin dünyaya hâkim olmasını ifade eden küreselleşmeyle mücadele etmek için bir vasıta olarak algılanmış ve bu konjonktürde 11 Eylül 2001 terör saldırıları gerçekleşmiştir (Başeren, 2006: 17).

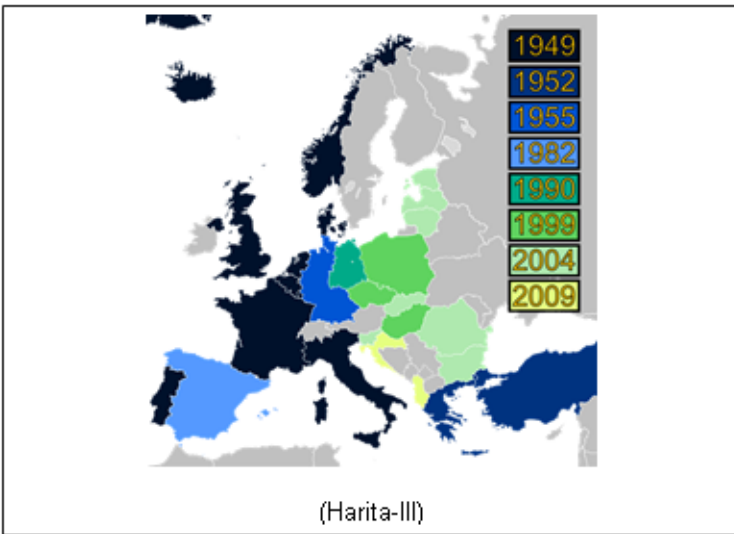
2. 21'nci Yüzyılda NATO'nun Görünümü ve Terörizm

Soğuk Savaş'ın sonu itibari ile Batı'nın ortak savunma örgütü olan NATO, geçtiğimiz yirmi yılda söz konusu ulusötesi tehditler ile karşılaşmış ve mücadele etmeye başlamıştır. Bu kapsamda NATO bunlar ile en uygun vasıta ve yöntemlerle mücadele etmek üzere dönüşme (transformasyon) ve genişleme stratejisini izlemiştir.

Öyle ki, 1990 yılı itibari ile klasik güvenlik anlayışına (konvansiyonel ve

nükleer tehdit) göre strateji, konsept ve hareketlerini şekillendiren, bu tehdit anlayışına göre teşkilatlanmış ve Batı'ya ait bölgesel bir savunma örgütü olan NATO, günümüzde yeni üyeleri (NATO'nun genişleme süreci- Harita-III) ve NATO-Rusya Konseyi, Barış İçin Ortaklık (BİO), Akdeniz Diyalogu programları ile birlikte sadece Batı'nın değil gelişmiş Kuzey'e de ait; bölgesel değil, küresel tehdit değerlendirmesinde bulunan, sadece klasik değil, ulusötesi tehditlere karşı da strateji ve konsept geliştiren, bir uluslararası güvenlik mekanizması görünümü almıştır.

Terörizm konusu ise, Soğuk Savaş'ın yumuşama / detant döneminde giderek artan bir şekilde yaşanan uçak kaçırma, rehine alma, bombalama gibi eylemlerin neticesinde uluslararası kamuoyunun gündemine gelmiştir. Birleşmiş Milletler (BM) çerçevesinde 1972 yılından bu yana çeşitli protokol, antlaşma ve Güvenlik Konseyi kararları ile çok taraflı hareket etmeyi öngören "Uluslararası Terörizme Karşı Düzen" oluşturulmaya (Kayalar; 2009, 14) çalışılmıştır. BM Genel Kurulu (BMGK), 08 Aralık 1972 tarihinde A/8791 sayılı karar ile uluslararası terörizmi genel bir sorun olarak tanımlamış, 1994'te ise uluslararası terörizmi yok edecek tedbirlere dair bir bildirme (UN General Assembly, A/RES/49/257; 1994) yayınlamış, 1997 yılında da terörizm konusunda ad hoc bir komite (UN General Assembly, A/RES/51/210; 1997) kurmuştur.



Uluslararası terörizm, Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası kamuoyu tarafından BMGK seviyesinde ciddi bir şekilde ve küresel ölçekte 1998’de Nairobi / Kenya ve Darüselam / Tanzania’daki ABD elçiliklerine yapılan saldırılar nedeniyle ele alınmış ve 1999’da 1267 ve 1269 numaralı BMGK Kararları yayınlanmıştır. 15 Ekim 1999 tarihinde alınan 1267 numaralı BMGK kararı ile Usame bin Ladin’in iade edilmesi vurgulanmış ve Afganistan’ın Taliban kontrolündeki bölümü üzerinde uçuş yasağı ilan edilmiştir (UN Security Council, S/RES/1267: 1999). 19 Ekim 1999 tarihinde alınan 1269 sayılı BMGK kararı ile, terörizm konusunda daha önce alınan BMGK kararları çerçevesinde devletlerin sorumlulukları hatırlatılmış ve uluslararası işbirliği için çağrıda bulunulmuştur (UN Security Council, S/RES/1269: 1999). Müteakiben 19 Aralık 2000 yılında alınan 1333 sayılı BMGK kararı ile silah ambargosu ilan edilmiş, bin Ladin, Taliban ve destekçilerine ait finansal hesaplar dondurulmuştur (UN Security Council, S/RES/1333: 2000).

2. 1. Soğuk Savaş Sonrası ile 11 Eylül 2001 Terör Saldırılarına Kadar Geçen Dönem

Uluslararası sistem açısından günümüzde çok boyutlu bir güvenlik işlevini haiz NATO için terörizm, yine de Eylül 2001’den önce belirgin bir şekilde gündemde değildir. Temmuz 1990’da Londra’da icra edilen NATO Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde hazırlanması kararlaştırılan ve Soğuk Savaş sonrası döneme ait Batı ittifakının ilk stratejik bakış ve anlayışını yansıtan 1991 tarihli Stratejik Konseptinde terörizm, kitle imha silahlarının yayılması, hayati kaynakların piyasalara akışının engellenmesi ve sabotaj faaliyetleri ile birlikte ittifakın güvenlik çıkarlarını etkileyebilecek çok geniş yelpazedeki diğer risklerden biri olarak zikredilmiştir (The Alliance’s Strategic Concept, 1991: Md.12). 1991 tarihli Stratejik Konseptte terörizm bir tehdit unsuru olarak değil, bir risk çeşidi olarak algılanmıştır.

Müteakip dönemde Temmuz 1997’de NATO Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde Soğuk Savaş sonrası ortaya çıkan yeni duruma uygun stratejik konsept belgesi ihtiyacı kabul edilmiş ve yazılması kararlaştırılmıştır. Söz konusu yeni stratejik konsept 1999’da Washington Zirvesinde kabul edilmiştir.

1999 tarihli Stratejik Konsept dâhilinde de NATO, 1991'deki ifadelerin hemen hemen aynısı ile terörizmi, kitle imha silahlarının yayılması, hayati kaynakların piyasalara akışının engellenmesi ve sabotaj faaliyetleri ile birlikte ittifakın güvenlik çıkarlarını etkileyebilecek çok geniş yelpazedeki diğer risklerden biri olarak tanımlamıştır (The Alliance's Strategic Concept, 1999: Md.24). Böylece NATO, terörizmi Soğuk Savaş'ın sona ermesinden bu yana ortaya çıkmış bir olgu olarak İttifak'ın güvenlik çıkarlarına yönelen yeni risk sınıflarından biri olarak tekrar teyit etmiş, doğrudan bir tehdit olarak tanımlamamış ve ortak bir karşı tavır alamamıştır (Colstone, 2006: 236).

Ancak, 1999 Stratejik Konseptinden sonra 11 Eylül 2001 terör saldırılarına kadar geçen süreçte yapılan Kuzey Atlantik Konseyi toplantıları sonrasında yayınlanan sonuç bildirilerinde:

- Bütün türleri ile terörizmin barış, güvenlik ve istikrara yöneltmiş ve ülkelerin toprak bütünlüğünü tehdit eden ciddi bir tehdit olduğu (Final Communiqué Meeting of the North Atlantic Council in Defence Ministers, 2 Aralık 1999: Md.35),

- İttifakın terörizmi kınadığı (Final Communiqué Ministerial Meeting of the North Atlantic Council, 15 Aralık 1999: Md.46) ve uluslararası taahhütlerine ve ulusal düzenlemelere uygun olarak terörizmle mücadele kararlılığını teyit ettiği (Final Communiqué Meeting of the North Atlantic Council in Defence Ministers, 5 Aralık 2000: Md.52),

- Terörizmin devletler arasındaki barışçıl ilişkilere, dünya üzerindeki demokratik kurumların işlemesine ve gelişmesine, insan hakları ve sivil özgürlüklerden yararlanmaya karşı bir tehdit olduğu (Final Communiqué Ministerial Meeting of the North Atlantic Council, 29 Mayıs 2001),

hususları uluslararası topluma terörizm konusundaki ortak irade anlayışı olarak açıklanmıştır.

2. 2. 11 Eylül Terör Saldırıları Sonrası Dönem

11 Eylül 2001 günü, terörizme ilişkin uluslararası kamuoyundaki ve NATO ittifakı içerisindeki mevcut algı ve tutum dramatik bir şekilde değişmiştir. 11

Eylül saldırılarından bir gün sonra BMGK'nın aldığı 1368 sayılı karar ile ilk defa terörizme karşı meşru bir yanıt olarak münferit veya müşterek savunmanın doğal bir hak olduğu kabul edilmiştir. 24 saat içerisinde, NATO Müttefikleri tarihte ilk kez Washington Antlaşmasının 5'nci maddesine⁸ başvurma kararı almışlardır. Müteakiben BMGK tarafından alınan 1373 sayılı karar ile küresel çaptaki terörizme karşı hükümetlerin performansının yükseltilmesi amaçlanmıştır. Söz konusu karar ile üye devletlerden ulusal yasalarında terörizmi suç olarak tanımlamaları, terörizmin finansal boyutuyla da mücadele etmeleri, sınır kontrollerini yeterli hale getirmeleri, silah teminini önlemeleri gibi aktif-pasif tedbirler öngörülmüştür. 12 Kasım 2001 tarihinde, BMGK'nın 1377 sayılı kararı ile "Terörizme Karşı Küresel Çaba Deklarasyonu" yayınlanmıştır. Bu bildirge ile uluslararası terörizm "21'nci yüzyılda barış ve güvenliğe yönelen en ciddi tehdit" olarak nitelendirilmiştir (UN Security Council, S/RES/1377, 2001).

Diğer taraftan NATO, 02 Ekim 2001'de çeşitli tedbirler alarak ABD ve müttefiklerini destekleme kararı almıştır. Ekim 2001-Mayıs 2002 tarihleri arasında ilk terörle mücadele harekâtı Kartal Yardımı - Eagle Asist⁹ (Statement by the Secretary General on the conclusion of Operation Eagle Asist, 2002), 26 Ekim 2001'de Doğu Akdeniz'de Etkin Çaba Harekâtı - Active Endeavour¹⁰ (Operation Active Endeavour, 2011) başlatılmıştır. İttifakın 5'nci madde kapsamında kararlar almasının uygulama alanındaki etkilerinin yanı sıra siyasi

⁸ Article 5: The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area. Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security.

⁹ 13 ülkeden 830 personelin iştiraki ile ABD Hava Sahası içinde 4300 uçuş saati ve 360 sorti ile icra edilen AWACS uçakları erken ihbar harekâtıdır. 16 Mayıs 2002'de sona erdirilmiştir.

¹⁰ Harekât Doğu Akdeniz'de müttefik ülkelerden birlik tahsis edenler ile beraber İsrail, Gürcistan, Fas, Rusya Federasyonu ve Ukrayna'nın da zaman zaman katılımı ile gerçekleştirilmektedir. İsveç ve Finlandiya, harekâtle ilgilenen diğer ülkelerdir.

olarak terörist bir tehdide karşılık İttifakın dayanışma içerisinde olduğunu göstermesi oldukça önemli olmuştur (Colstone, 2006: 236).

06–07 Aralık 2001 tarihinde Brüksel’de düzenlenen NATO Dışişleri Bakanları Toplantısı, 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra politik düzeyde yapılan ilk toplantı olması bakımından önem taşımıştır. Söz konusu toplantı bağlamında NATO tarihinde ilk kez terörizmle mücadele konusunda özel bir bildiri yayınlanmıştır. Bu bildiri de müttefik ülkelere karşı yapılan silahlı terörist saldırıların Washington Antlaşmasının 5’nci maddesi uyarınca İttifakın ortak savunmasıyla doğrudan bağlantılı bir husus olduğu ve bu çerçevede terörizmle mücadele konusunda İttifakın çalışmalarında bulunma kararlılığı teyit edilmiştir (NATO’s Response to Terrorism: 2001).

21 Kasım 2002’de yapılan Prag Zirvesi’nde terörizm dâhil her türlü tehdide karşı savunma kararlılığı vurgulanmıştır (Prague Summit Declaration, 2008). 28-29 Haziran 2004’te icra edilen İstanbul Zirvesi’nde; terörle mücadele konusundaki kararlılık ifade edilmiş ve özellikle Akdeniz’de icra edilen bir tür terörizme karşı deniz gözetleme harekâtı olan Etkin Çaba Harekâtının etkinliğinin arttırılacağı, istihbarat paylaşımında bulunulacağı, ortaklar ile işbirliğine gidilerek NATO’nun bu konudaki gayretlerinin güçlendirileceği belirtilmiştir (İstanbul Summit Communique, 2007). 29 Kasım 2006’da icra edilen Riga Zirvesi’nde de gelecek 10-15 yıllık dönemde terörizmin en ciddi tehdit olacağı değerlendirilmiştir (Riga Summit Declaration, 2009). 1999 Stratejik konseptinde tehdit değil, ancak risk alanı olarak ifade bulan terörizm, bu karar ile NATO’nun tehdit sınıflandırmalarından biri olarak resmen ilan edilmiştir. Nitekim Nisan 2009’da Strazburg-Kehl’de yapılan NATO zirvesinde 21’nci yüzyıl güvenlik ortamına uygun bir Stratejik Konsept geliştirme sürecinin başlatıldığı ilan edilmiştir (Strasbourg-Kehl Summit Declaration, 2009).

2.2.1. NATO’nun Terörizmle Mücadele Askeri Konsepti

NATO’nun Terörizmle Mücadele Stratejisinin esasları, 1999 Stratejik Konseptine göre hazırlanan ve 2002 yılında onaylanan NATO’nun Terörizme Karşı Savunma Askeri Konsepti (Military Concept For Defence Against Terrorism- MC472: 2005) dokümanında yer almaktadır.

Bu konsept dört temel esas üzerine inşa edilmiştir:

- Terörizmle Mücadelede Savunmaya Yönelik (önleyici) Tedbirler (Anti-terrorism),
- Terörizmle Mücadelede Karşı (bastırıcı) Tedbirler (Counter-terrorism),
- Sonuç Yönetimi (Consequence Management),
- Askeri İşbirliği (Military Cooperation: BİO, Akdeniz Diyalogu, NATO-Rusya, NATO-Ukrayna Konseyleri).

Bahse konu konsept ile İttifak güçlerinin terörist saldırıları caydırma, engelleme, önleme ve bu saldırılara karşı savunma (teröristlere ve onları himaye edenlere karşı harekete geçmek de dahil olmak üzere) konularında hazırlıklı olunması gerektiği vurgulanmaktadır (Colstone, 2006: 237). Bu amaçla, İttifak'ın güçlerini gereken her yere -coğrafi sınırlamalardan bağımsız olarak ("görev sahası dışında" tartışmalarına son noktayı koyacak bir talep kapsamında)- konuşlandırmaya hazır olması şart koşulmaktadır. Yine İttifak güçlerinin, talep halinde ilgili ülke makamlarına destek sağlamaya (terörist saldırıların ortaya çıkardığı sonuçlar ile mücadele kapsamında) hazır olması istenmektedir. Terörle mücadele harekâtları için NATO unsurları ile imkân ve kabiliyetlerinin diğer uluslararası teşkilatların kullanımına sunulması belirtilmektedir (Colstone, 2006: 238).

Söz konusu konseptin uygulama esasları, Ankara / Türkiye'de bulunan Terörle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi tarafından "NATO'nun Terörizmle Mücadeleye Askeri Katkısına Yönelik Stratejik Komutanlıklar Askeri Konsepti" adı altında hazırlanmıştır. 2008 yılında ülke görüşleri alınan söz konusu konseptin onay süreci devam etmektedir.

2.2.2. NATO'nun Terörizmle Mücadeledeki Rolüne Yönelik Teknoloji Kullanımı ve Kapasite Artırma Çalışmaları

İttifakın askeri imkân ve kabiliyetlerinin karşılaşılan yeni risk ve tehditlere uygun hale getirilmesi bir zorunluluktur. Bu tip gelişmelerin bir bölümü terörizmi de kapsamaktadır. Bahse konu süreç, NATO'nun kabiliyetleri üzerine

inşa edilen çok cepheli bir mücadeledir (Colstone, 2006: 239).

NATO'nun terörizmle mücadeledeki rolüne yönelik olarak; teknoloji kullanımı ve kapasite artırma faaliyetlerini aşağıda yer aldığı şekliyle özetlemek mümkündür (NATO Response to Terrorism Briefing: Operations, Capabilities, Partners, 2008: 6-10):

- Ulusal Silahlanma Direktörleri Konferansı-CNAD tarafından geliştirilen Terörizmle Mücadele Çalışma Programı-DAT POW (NATO Armament Directors Launch New Counter-Terrorism Measure, 2007),

- Kimyasal Biyolojik Radyoaktif Nükleer (KBRN) savunma çalışmaları (Temmuz 2007 tarihinde Vyskov Çek Cumhuriyeti'nde faaliyete geçen Müşterek KBRN Mükemmeliyet Merkezi (Joint Chemical Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre of Excellence),

- Siber terörizme karşı önlemler (Belçika'da bulunan NATO Siber Savunma ve Karşı Tedbirler Birimi ile Mayıs 2008'de Tallinn Estonya'da kurulan Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi (NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence),

- NATO Güvenlik Ofisi altında kurulan Terörist Tehdit İstihbarat Birimi-TTIU aracılığıyla geliştirilmiş istihbarat paylaşımı,

- Terörizmin ekonomik ve finansal boyutu ile mücadele,

- Mükemmeliyet merkezlerinin katkıları (Haziran 2005'te Ankara Türkiye'de Terörizmle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi "TMMM" Komutanlığının kurulması),

- NATO Bilim Yoluyla Barış ve Güvenlik Programı.

3. NATO'nun Yönelimlerine Rehberlik Edecek Stratejik Konsept 2010 ve Terörizmle Mücadele

19-20 Kasım 2010 tarihlerinde icra edilen Lizbon Zirvesinde kabul edilen "Aktif Katılım, Modern Savunma" başlıklı yeni stratejik konseptin uluslararası güvenlik sistemi açısından önemli değişiklikler getirebileceği söylenebilir.

Konsepte ilk olarak, İttifakın belirsizlikler ile dolu bir dünyada önemli bir güvenlik kaynağı olarak kaldığı vurgusu yapılmaktadır (Strategic Concept 2010: Md.1). Daha sonra ise, ortak savunma kapsamında, NATO'nun İttifakın bütününün veya müttefiklerin her birinin temel güvenliğini tehdit eden herhangi bir saldırı tehdidinde veya artan güvenlik tehlikelerine karşı, bu tehdit ve tehlikelerin çıktığı yerde caydırıcılık ve savunma sağlayacağı belirtilmektedir (Strategic Concept 2010: Md.4.a). Böylece Soğuk Savaş döneminde kullanılan alan anlayışının dışına çıkılmaktadır. Bu değişimin bir tezahürü olarak, İşbirliğine Dayalı Güvenlik - Cooperative Security kavramı ile İttifakın, sınırlarının ötesinde meydana gelebilecek siyasi ve güvenlik gelişmeleri tarafından olumsuz etkilenebileceği belirtilmektedir. Bu durumda İttifakın, uluslararası güvenliği sağlamak üzere ilgili ülkeler ve diğer uluslararası kurumlar ile ortaklık kurarak aktif bir şekilde müdahil olacağı ifade edilmektedir (Strategic Concept 2010: Md.4.c). 2010 Stratejik Konsepti ile küresel bir farkındalıkla **NATO, İttifakın sınırları dışında da çatışma önleme ve istikrarı sağlama vizyonunu ortaya koymaktadır.**

İkinci olarak, söz konusu yeni stratejik konsept ile NATO, ilk defa tehdit algılamasındaki klasik mantığını, ulusötesi tehditlerin de zikredildiği modern güvenlik algılamasına taşımıştır. Bu bağlamda terörizm, 11 Eylül 2001'den bu yana yukarıda zikredilen gelişmelere paralel olarak, Kitle İmha Silahları (KİS)'nin yayılması, insan, uyuşturucu madde ve silah kaçakçılığı ve siber saldırılar ile beraber NATO'nun sınırlarının ötesinden uğrayacağı tehditler olarak zikredilmiştir (Strategic Concept 2010: Md.9-12).

Bu ifadelerden terörizmin, NATO ülkelerinin vatandaşlarının güvenliğine, uluslararası istikrar ve dünya refahına karşı doğrudan bir tehdit olarak vurgulandığı görülmektedir. Yine terörizmle mücadeleye yönelik olarak ise;

- Yerel kuvvetlerin eğitimini de içeren uygun askeri yeteneklerin geliştirilmesi,
- Ortak ülkeler ile daha fazla diyalogun,
- Terör tehdidinin doğrudan analizinin,

gerekli olduğu belirtilmektedir (Strategic Concept 2010: Md.19).

Ayrıca, her türlü tehditle mücadele için Rusya Federasyonunun ismi partner (Strategic Concept 2010: Md.34) olarak zikredilerek, ortak ülkelerle ve başta Birleşmiş Milletler olmak üzere çeşitli uluslararası örgütler ile işbirliğinin artırılmasının da önemi (Strategic Concept 2010: Md.30) vurgulanmaktadır.

Stratejik Konsept 2010’da terörizmle mücadele kapsamında üye ülkelerden birinin veya İttifakın bütününe temel güvenliğinin tehlikede olduğunun Müttefiklerce kabul edilmesi durumunda, NATO’nun caydırıcılık ya da savunma amacıyla harekete geçmesinin öngörülmesinin, terörizmle mücadele konusunda ülke dışında kuvvet kullanma tartışmalarını orta vadede uluslararası siyasetin tekrar gündemine getirebileceğini düşündürmektedir.

4. NATO’nun Terörizmle Mücadelede Bağlamında Kuvvet Kullanması ve Uluslararası Hukuk

Günümüzün uluslararası toplumu, İkinci Dünya Savaşı felaketinden aldığı dersler sonucunda barışı, korunması gereken temel değer olarak kabul etmektedir. BM Antlaşması ile kurduğu uluslararası sistemde “meşru müdafaa hakkı” (BM Antlaşması, Md.51) ve BM kararlarını yerine getirme amacı (BM Antlaşması, Md.39-41) haricinde kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanılması tehdidini yasaklamaktadır (BM Antlaşması, Md.2/4). BM Antlaşması ile kurulan mevcut uluslararası sistem, uluslararası ilişkilerde esas aktör olarak devleti görmekte, devlet-dışı organize şiddet birimlerinin saldırı ve zararları veya ulusötesi tehditlerin kendi içinde ele alınmasına imkân vermemektedir (Gündüz, 2009: 51). Terörizm, BM Antlaşması yapılırken düşünülemeyen ve dolayısıyla dikkate alınmayan organize bir suçtur.

BM Antlaşması devletlerin kuvvet kullanmalarını düzenlerken organize bir hareketin parçası olan bireylerin devletlere ve vatandaşlarına karşı siyasi amaçlarını gerçekleştirmek üzere uyguladıkları uluslararası şiddet için herhangi bir tedbir öngörmemektedir (Gündüz, 2009: 51). Şiddete başvuran devlet-altı birimler ve ulusötesi tehditlerin kullandığı uluslararası sistemdeki mevcut hukuki boşluk, devletler tarafından kuvvet kullanma yasağının istisnası olan

“meşru müdafaa hakkının” farklı yorumlanmasıyla aşılmaya çalışılmaktadır. Söz konusu bu yorum—anlayış--farkları uluslararası hukuk literatüründe “geleneksel/klasik” ve “neorealist” okullar olarak adlandırılmaktadır (Scheffer, 1991: 3).

Genel olarak, Neorealist okula göre kuvvet kullanma yasağını getiren BM Antlaşması Md.2/4’ün amaç ve kapsamıyla ilgili yorumlar günümüzün şartlarına uygun olarak yapılmalıdır. BM Antlaşması ortak güvenlik sistemi öngörümüştür ve Md.2/4 bu güvenlik sisteminin bir parçasıdır. Ancak ortak güvenlik sistemi süreç içerisinde uluslararası siyasetteki çıkar çatışmaları nedeni ile çalışmamaktadır (Scheffer, 1991: 9). Bu nedenle BM Antlaşmasının çağdaş yorumu, Md.2/4’ün bizzat hak alma (“self-help”) kavramını, BM’nin uluslararası güvenliğe ilişkin yürütme işlevini yerine getirebildiği ölçüde yasakladığının kabul edilmesidir. Bu çerçevede, meşru müdafaa hakkını düzenleyen Md.51’e uygun olarak ABD, BM Antlaşmasının hükümlerinin ihlal edilmesini önlemek için karşılıklılık ilkesi çerçevesinde kuvvete karşı kuvvetle cevap vermelidir (Kirkpatrick & Gearson, 1991: 20, 21, 24, 25).

Klasik / Geleneksel okulda ise, BM Antlaşması Md.2/4 ve Md.51’in dar ve geniş yorumlanmasına bağlı olarak birbirinden oldukça farklı sonuçlara varan çeşitlilikte anlayışlar mevcuttur. Klasik okulun önde gelen isimlerinden Ian Brownlie’ye göre; kuvvet kullanma yasağı geniş kapsamlı bir yasaktır (Başeren, 2003: 56-58’den alıntı) ve meşru müdafaa hakkı da devletin ülkesel varlığına ve fiziki kimliğine yönelik silahlı saldırının gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkmaktadır (Başeren, 2003: 105’den alıntı). Klasik okulun diğer temsilcileri ise Md.2/4’ü dar kapsamlı bir yasak olarak kabul etmektedirler. Söz konusu temsilcilerden Julius Stone’a göre BM amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde kuvvet kullanılması yasaktır ve bu amaçlara uyulduğu takdirde kuvvet kullanılabilir (Başeren, 2003: 59’den alıntı). Stone, meşru müdafaa hakkı ile ilgili olarak, Md.51’deki tanımda bulunan “doğal hak” kavramından yola çıkarak kuvvet kullanma yasağını geniş kapsamlı bir kuvvet kullanma yasağı olarak görmemektedir (Başeren, 2003: 64’ten alıntı). Md.2/4’ün dar kapsamlı bir yasak olduğunu düşünen klasik okulun bir diğer temsilcisi McCoubrey ise silahlı saldırı ve saldırı kavramlarının birbirinin yerine kullanılan özdeş kav-

ramlar olduğunu ileri sürerek meşru müdafaa hakkının saldırı halinde ortaya çıktığını söylemektedir (Başeren, 2003: 63'ten alıntı). Korfu davası örneğinden yola çıkarak; Md.2/4'ü dar kapsamlı yasak olarak algılayan klasik okul temsilcilerinden Bowett, meşru müdafaa hakkının silahlı saldırıya mukabele ile sınırlı olmadığını ve belli temel hakların savunulmasına- -ihkak-ı hak- izin verdiğini (Başeren, 2003: 64'ten alıntı), Waldock ise silahlı saldırı ihtimalinin yüksek olduğu hallerde önleyici meşru müdafaa hakkının bulunduğunu ileri sürmüştür (Başeren, 2003: 127'den alıntı).

Ortaya çıkacak bir terör tehdidi karşısında İttifakın vereceği “temel güvenliğin tehlikede olduğu ve kuvvet kullanmak üzere harekete geçilmesi” gerektiği kararı, kuvvet kullanımına ilişkin okulların görüşlerinin hangisinin benimseneceğine bağlı olarak uluslararası ilişkilerde terörizmle mücadele ve NATO'nun kendisi açısından önemli sonuçlar doğurabilir. Her ne kadar Stratejik Konsept 2010, Başkan OBAMA yönetiminin dış politika tercihi olan çok taraflılık ilkesine (U.S National Security Strategy, 2010) paralel olarak partnerler ve özellikle BM gibi uluslararası örgütler ile yakın işbirliğini öngörse de, söz konusu kuvvet kullanımına ilişkin okulların görüşlerinden hangisinin benimseneceği kararının son tahlilde ABD tarafından verileceği söylenebilir. Nitekim Soğuk Savaş sonrası dönemde ABD'nin uluslararası siyasette kuvvet kullanma yoluna başvurmuş olması, yadsınamaz bir gerçektir. Söz konusu durumun alt yapısını, Soğuk Savaş ortamına kıyasla günümüzde ABD'nin;

- Daha büyük serbestiye sahip olması,
- Askeri üstünlüğünü kolayca dayatabilmesi,
- Kuvvet kullanımına ilişkin ortaklaşa alınması gereken kararları daha büyük bir kolaylıkla etkileyebilmesi oluşturmaktadır (Kohen, 2007: 226).

İlke olarak, olumlu senaryo açısından iki dönemdir iktidarda olan OBAMA yönetiminin **çok taraflılığa bağlı kalacağından hareketle**, kuvvet kullanma yasağının geniş kapsamlı bir yasak olduğuna ilişkin klasik okulun temsilcilerinden Brownlie'nin görüşlerine uygun hareket edeceği düşünülebilir. Bu senaryo içinde BM Md.2/4'teki kuvvet kullanma yasağını dar kapsamlı bir yasak olarak yorumlanarak hareket edilmesi ihtimali de, daha kötü bir alternatif

olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

11 Eylül terör saldırılarına benzer bir şekilde doğrudan kendisine bir tehdit vuku bulmadıkça ABD'nin neorealist okulun perspektifine uygun bir anlayışla NATO'yu çalıştırmayı tercih etmeyeceği değerlendirilmektedir. Ancak ABD'deki yönetimin yeniden neocon anlayışa geçmesi ihtimali, neorealist okulun görüşlerine uygun hareket edilmesine neden olabilir ki, bu durum da olumsuz senaryoyu teşkil etmektedir.

Klasik doktrindeki BM Antlaşması Md. 2/4'ün geniş kapsamlı kuvvet kullanma yasağı anlayışı ile yorumlanması, uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler Sisteminin devamı açısından daha tercih edilir bir durumdur. Ancak, uluslararası kamuoyunu ikna edecek derecede bir terör tehdidinin var olduğu bir durumda, klasik doktrinin BM Antlaşması Md.2/4'ün dar kapsamlı bir kuvvet kullanma yasağı şeklindeki yorumuna uygun şekilde harekete geçilmesi bile uluslararası meşruiyet açısından büyük bir sorun yaratmayabilir. 11 Eylül 2001 saldırıları karşısında dünyanın ABD'nin kuvvet kullanması konusunda takındığı tutumun, söz konusu konjonktüre uygun bir durumu yansıttığı söylenebilir. Böyle bir durumda terörizmle mücadele açısından büyük bir hareket serbestisi elde edilmiş olacaktır. Bu da müttefiklerin NATO harekâtlarına katkısını teşvik edecek ve NATO için böyle bir harekâtı icra etmek problem olmaktan uzak olacak ve uluslararası sistemde işlevsel bir araç olduğunu tekrar ortaya koyma fırsatı bulacaktır. Afganistan Harekâtının ilk yıllarını ve Etkin Çaba Harekâtını bu duruma örnek olarak vermek mümkündür.

Diğer bir seçenek ise, ABD yönetiminin neocon bir iktidara geçmesidir. Böyle bir durumda Bush Doktrinine uygun olarak ABD'nin **tek taraflı bir dış politika** yönelimine (U.S National Security Strategy, 2002) gideceği varsayımından hareket etmenin doğru bir hal tarzı olacağı değerlendirilmektedir. ABD'nin tek taraflı bir dış politika anlayışında, kuvvet kullanımı konusunda benimseyeceği tavır şüphesiz ki neorealist okulun ilkelerine uygun olacaktır. Böyle bir konjonktürde **“BM Md. 2/4 hükmü herhangi bir ülke tarafından ihlal edilir ise, BM'nin ortak güvenlik sistemi çalışmadığından, bu maddeye, ihlal edene karşı önlem bağlamında uyma zorunluluğu kalmamaktadır”** an-

layışına uygun olarak, NATO'nun ABD tarafından harekete geçirilmesi mümkün olabilir. Ancak NATO'nun Stratejik Konsept 2010'a uygun olarak, alan dışında tehdidin çıktığı yere müdahalesi durumunda, eğer uluslararası kamuoyunu ikna etmeye yetecek argümanlar yok ise, NATO harekâtlarına katılım istenen seviyede olmayacaktır. Nitekim uzayan Afganistan harekâtının son döneminde NATO, müttefiklerden yeterli katkı elde etmekte zorlanmaktadır. Böyle bir durumda NATO'nun sorgulanmasına yol açabilecek bir tehlike ile yüzleşmek ihtimal dâhilindedir. Ancak söz konusu olasılığın, NATO'da oybirliği sistemi devam ettiği müddetçe ortaya çıkması kolay olmayacaktır. Özellikle Fransa, Almanya ve Türkiye gibi kıta Avrupası ülkelerinin, NATO'nun geleneksel amacı ve alanı dışında yapılacak harekâtlar konusunda ABD tarafından ikna edilmeye ihtiyaç duydukları, 2003 Irak Harekâtı ve Afganistan Harekâtı örneklerinde olduğu üzere, bilinen bir husustur.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Günümüzün tehditleri ile başa çıkmada önkçelerine kıyasla daha yenilikçi bir belge olarak “Aktif Katılım, Modern Savunma” başlıklı Stratejik Konsept 2010, NATO tarihindeki yerini almıştır. Anılan dokümanın terörizmle mücadele bağında uygulanması açısından, hâlihazırda onay süreci devam eden Karma tehditlerle Mücadeleye Yönelik Askeri Konsept önem arz etmektedir. Nitekim Ağustos 2010'da NATO Genel Sekreterine bağlı olarak NATO Karargâhında Yeni Güvenlik Sınamaları Başkanlığı kurulmuştur. Bu birimin altında Terörizmle Mücadele Birimi yer almaktadır. Anılan birimin kurulmasının NATO'nun terörizmle mücadele alanındaki çalışmalarının kurumsallaştırılması açısından önem taşıdığı değerlendirilmektedir.

Batı ittifakının liderliğini yürüten ABD'nin dış politikasında çok taraflılık ya da tek taraflılık tercihlerine uygun olarak, NATO'nun günümüzün ulusötesi tehditlere karşı işlevi artacak ya da azalacaktır. ABD'nin dış politikada çok taraflılığa bağlı kalmasına veya kalmamasına paralel olarak, terörizm gibi ulusötesi tehditler karşısındaki yönelişlerde uluslararası hukukun klasik okulunun kuvvet kullanma yasağı yorumlarından birinin benimseneceği söylenebilir.

Bahse konu tehdidin oluşturacağı durumun aciliyeti ise (çok yakın bir sal-

dırı tehdidi altında olmak veya temel hakların kullanılmasının engellenmesi gibi), önleyici meşru müdafaa hakkı veya ihkak-ı hak kavramlarını ön plana çıkartabilecektir. Sözü edilen türden bir gelişme, klasik okulun BM Antlaşması Md. 2/4'ün dar kapsamlı bir yasak olduğuna ilişkin yorumlarının ve Md. 51 kapsamında meşru müdafaa hakkının oluştuğu düşüncesinin benimsenmesine yol açabilecektir.



KAYNAKÇA

Başeren, S.H., 2003. **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

Başeren, S.H., 2006. Kavramsal Olarak Terörizm, Tarihi ve Hukuki Boyutlarıyla, (Der.) Tümg. Erdinç, A., **Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği**, Ankara: Genelkurmay Başkanlığı Terörizmle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi Yayınları: 7-18.

Bebler, A., 2004-2005. NATO and Transnational Terrorism, **Perceptions**, Winter: 159-175.

Buzan, B., 1991. New Patterns of Global Security in the Twenty-first Century. **International Affairs**, 67, 3: 431-451.

Brzezinski, Z., 1998. **Büyük Satranç Tahtası**, Çev. Dikbaş E. ve Kocabıyık, E., İstanbul: Sabah Kitapları.

Colstone, J., 2006. NATO'nun Terörizmle Mücadeledeki Rolü ve Uluslararası İşbirliğinin Önemi, (Der.) Tümg. Erdinç, A., **Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği**, Ankara: Genelkurmay Başkanlığı Terörizmle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi Yayınları: 235-242.

Kayalar, D., 2009. **The Role and Impact of the United Nations in Confronting International Terrorism in the Aftermath of September 11: Prospects and Challenges in the Fight Against Global Jihadism**. Ankara: Middle East University (Uluslararası İlişkiler Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Final Communiqué Meeting of the North Atlantic Council in Defence Minis-

ters Session held in Brussels 2 December 1999, (06 Kasım 2008). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_27409.htm?selectedLocale=en (Erişim Tarihi:20 Temmuz 2011).

Final Communiqué Ministerial Meeting of the North Atlantic Council held at NATO Headquarters, Brussels 15 December 1999, (06 Kasım 2008). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/SID-DED3EB7C46D32086/natolive/official_texts_27405.htm?selectedLocale=en (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2011).

Final Communiqué Meeting of the North Atlantic Council in Defence Ministers Session held in Brussels on 5 December 2000, (03 Kasım 2008). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/SID-DED3EB7C-6D32086/natolive/official_texts_18167.htm?selectedLocale=en, (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2011).

Final Communiqué Ministerial meeting of the North Atlantic Council held in Budapest, Hungary 29 May 2001, (03 Kasım 2008). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/SID-DED3EB7C-46D32086/natoliveofficial_texts_18892.htm?selectedLocale=en, (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2011).

Fuller, G.E. ve Lesser, I.O., 1996. *Kuşatılanlar: İslam ve Batı'nın Jeopolitiği*, Çev.ARIKAN, Ö., İstanbul: Sabah Kitapları.

Ganor, B. 2006. Soğuk Savaş Döneminden Geçiş ve Terörizm, (Der.) Tümg. Erdiñç, A., *Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği*, Ankara: Genelkurmay Başkanlığı Terörizmle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi Yayınları: 19-32.

Gaskin, W.E. 2010. Security Perception of NATO in the Euro-Atlantic and beyond, *Paetnership for Peace Review: Selected Papers Presented at the Silk Road 2010 Flag Officers Seminar, "Toward a New Strategic Concept, The Future of NATO- Partners Relations"*, Vol.1.No.1. Special Edition.

Gündüz, A., 2009. *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, İstanbul: Beta Yayınları, 5. Baskı.

Günsoy, B., 2006. *Küreselleşme: Bir Varoluş Çözümlemesi*. Bursa: Ekin Kitabevi.

Huntington, S.P., 2005. *Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeni-*

den Kurulması, Çev. Turhan M. ve Soydemir, C. 4.bs., İstanbul: Okuyan Us Yayınları.

Istanbul Summit Communiqué, (28 Kasım 2007), *NATO*, <http://www.nato.int/docu/pr/2004/p04-096e.htm>, (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Joint Chemical Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre of Excellence, *JCBRN Defence COE*, http://jcbrncoe.cz/joomla/index.php?option=com_content&view=front_page&Itemid=63, (Erişim Tarihi: 06 Ağustos 2011)

Kandemir, E., 2008. *Uluslararası Sistemin Yeni Düzen Arayışında Karadeniz'in Değişen Jeopolitiği*. İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık.

Kegley, W.C.Jr., 2003. (Der.). *The New Global Terrorism*. New Jersey: Prentice Hall.

Kirkpatrick J.J. ve Gearson A., 1991. The Reagan Doctrine, Human Rights, and International Law, Henkin, L., Hoffman, S., Kirkpatrick, J&Gerson, A., Rogers, W.D., Scheffer D.J., *Right V. Might*, New York: Council On Foreign Relations Press: 19-36.

Kohen, M.G., 2007. ABD'nin Soğuk Savaş'ın Bitişinden Sonra Kuvvet Kullanması ve Bunun Uluslar arası Hukuka Etkisi, (Der.) Byers, M.ve Nolte, G., *ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri*, (Çev.Ed.) Denk, E., Ankara: PhoenixYayınevi: 221- 258.

Laqueur W. 2003. Postmodern Terrorism, (Der.) Kegley,C.W. *The New Global Terrorism:Characteristics, Causes, Controls*, New Jersey: Prentice Hall: 151-159.

Millitary Concept For Defence Against Terrorism- MC472, (14 Nisan 2005). *NATO*, <http://www.nato.int/ims/docu/terrorism.htm>, (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

NATO Armament Directors launch new counter-terrorism measure, (25- 26 Ekim 2007). *NATO*, <http://www.nato.int/docu/update/2007/10-october/e1025e.html>, (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2011)

NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *NATO CCD COE*, <http://www.ccdcoe.org/>, (Erişim Tarihi: 06 Ağustos 2011)

NATO Response to Terrorism Briefing: Operations, Capabilities, Partners, 2008. Brüksel: NATO Public Diplomacy Division.

NATO's Response to Terrorism, (06 Aralık 2001). *NATO*, <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-159e.htm>,

(Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Operation Active Endeavour, (22 Şubat 2011). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_7932.htm,

(Erişim Tarihi: 17 Mart 2011).

Prague Summit Declaration, (18 Ocak 2008). *NATO*, <http://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-127e.htm>,

(Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Rapoport, D.C. 2003. The Four Waves of Rebel Terror and September 11, (Der.) Kegley, W.C.Jr., *The New Global Terrorism*. New Jersey: Prentice Hall: 36-52.

Reuveny, R. ve Thompson, W.R., 2008. (Der). Observations on the North–South Divide, *North and South in the World Political Economy*. Singapore: Blackwall Publishing, 2008, s.1-16.

Riga Summit Declaration, (27 Şubat 2009), *NATO*, <http://www.nato.int/docu/pr/2006/p06-150e.htm>,

(Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Scheffer, D.J., 1991. Introduction: Great Debate of the 1980s, Henkin, L., Hoffman, S., Kirkpatrick, J&Gerson, A., Rogers, W.D., Scheffer D.J., *Right V. Might*, New York: Council On Foreign Relations Press:1-18.

Statement by the Secretary General on the Conclusion of Operation Eagle Asist, (3 Mayıs 2001). *NATO*, <http://www.nato.int/docu/update/2002/04-april/e0430a.htm>, (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Strasbourg-Kehl Summit Declaration, (04 Nisan 2009), *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/natolive/news_52837.htm?mode=pres_srelease, (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Strategic Concept 2010, *NATO*, www.nato.int/lisbon2010/strategic-concept-2010-eng.pdf, (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2011).

Taylor, J.P., 1993. *Political Geography of the Twentieth Century: A Global Analysis*. London: Belhaven Press.

Terörizmle Mücadele Mükemmeliyet Merkezi Komutanlığı, *TMMMK*, <http://www.coedat.nato.int/anasayfa.htm>,

(Erişim Tarihi: 06 Ağustos 2011)

The Alliance's New Strategic Concept. 1991. (26 Ağustos 2010). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_23847.htm?selectedLocale=en (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2011).

The Alliance's Strategic Concept. 1999. (25 Haziran 2009). *NATO*, http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_27433.htm (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2011).

The North Atlantic Treaty, *United Nations Treaty Collection*, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2034/v34.pdf>. (Erişim tarihi: 27 Haziran 2011)

UN General Assembly. 1994. A/RES/49/257, *United Nations*, <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/302/35/PDF/N9430235.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 21 Kasım 2011)

UN General Assembly, 1997. A/RES/51/210, *United Nations*, <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/65/PDF/N9776165.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 21 Kasım 2011)

UN Security Council, 1999. S/RES/1267, *United Nations*, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/300/44/PDF/N9930044.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 21 Kasım 2011).

UN Security Council, 1999. S/RES/1269, *United Nations*, <http://daccess-dds-y>.

un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/303/92/PDF/N9930392.pdf?OpenElement
(Erişim tarihi: 21 Kasım 2011).

UN Security Council, 2000. S/RES/1333, *United Nations*, <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/806/62/PDF/N0080662.pdf?OpenElement>
(Erişim tarihi: 21 Kasım 2011).

UN Security Council, 2001. S/RES/1377, *United Nations*, <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/633/01/PDF/N0163301.pdf?OpenElement>
(Erişim Tarihi: 21 Kasım 2011)

U.S. National Security Strategy May 2010, *The White House*, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf
(Erişim tarihi: 27 Haziran 2011)

U.S. National Security Strategy, September 2002. *The White House*, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/> (Erişim Tarihi: 27 Haziran 2011)

Wilkinson P., 2006. *Terrorism versus Democracy: The Liberal State Response*, London: Routledge.

SPOR TAHKİM KURULLARI

Sports Arbitration Boards

Mustafa ARTUÇ *

ÖZET

Spor Federasyonlarının aldığı kararlarla hakkı ihlal edilen kimselerin bu kararları Federasyon dışında başka bir merciinin önüne götürerek, hukukilik denetimi yaptırması zamanla zorunlu hale gelmiştir. İşte bu nedenlerle spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı başvuru mercii olarak Tahkim Kurulları öngörülmüştür.

Ülkemizde spor hukuku alanında iki tahkim kurulundan söz etmek mümkündür. Bunlar 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek 9, Ek-9/A ve Geçici 11'inci maddelerine göre kurulan Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu, diğeri ise 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre kurulan Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'dur.

Anahtar Kelime: Spor, tahkim, tahkim kurulu, federasyon, futbol federasyonu.

ABSTRACT

It became in time a necessity for people whose rights are violated by the decisions of sports federations to bring their case before another authority for legal review. Due to this necessity, the Arbitral Commissions have been created against the decisions taken by Sports Federations relating to the management and discipline of sports activities as authorities for appeal.

It is possible to mention two Arbitral Commissions in the field of sports law in Turkey. One of them is Arbitral Commissions of General Directorate of Sports which is established in accordance with additional 9, additional-9 A and Temporary Article 11 of Law on the Organization and Functions of General Directorate of Sports. The other is Arbitral Commission of Turkey Football Federation which is established in

* Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu üyesi, mustafartuc@gmail.com

accordance with Article 6 of Law on the Organization and Functions Turkey Football Federation.

Keyword: sport, arbitral, arbitral commission, federation, football federation.

◆◆◆◆

I. GENEL OLARAK

Spor dalı ile ilgili faaliyetleri ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütmek, gelişmesini sağlamak, sporcu sağlığı ile ilgili konularda gerekli önlemleri almak, teşkilatlandırmak, federasyonu uluslararası faaliyetlerde temsil etmekle görevli ve yetkili, özel hukuk hükümlerine tabi bağımsız spor federasyonları kurulmuştur. Bu federasyonlar, hak ihlali sonucunu doğuran bazı kararlar alır, bu kararlarla hakkı ihlal edilen kimselerin bu kararları Federasyon dışında başka bir merciinin önüne götürerek, hukukilik denetimi yaptırması zamanla zorunlu hale gelmiştir. İşte bu nedenlerle spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı başvuru mercii olarak Tahkim Kurulları öngörülmüştür.

Ülkemizde spor hukuku alanında iki tahkim kurulundan söz etmek mümkündür. Bunlar 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek 9, Ek-9/A ve Geçici 11'inci maddelerine göre kurulan Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu, diğeri ise 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre kurulan Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'dur.

II. TAHKİM KURULLARININ KAYNAKLARI

Tahkim Kurullarının oluşumu yönünden birincil kaynak Anayasanın 59. Maddesidir.¹ Bu maddeye 17.03.2011 tarih ve 6214 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkra ile, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve di-

¹ **B. Sporun geliştirilmesi ve tahkim**

MADDE 59—Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyla korur.

(**Ek fıkra: 17.3.2011—6214/1 md.**) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciiine başvurulamaz.

siplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmü getirilerek, tahkim kurullarının hem anayasal bir kurum olması sağlanmış, hem de bu kurulların kararlarının kesinliğine anayasal dayanak oluşturulmuştur. 6214 sayılı Yasa ile ekleme yapılmadan önce Anayasada böyle bir hüküm yer almadığından, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. Maddesinin 4. Fıkrasındaki "... ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 6/1/2011 tarihli ve E. 2010/61 K.: 2011/7 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.²

² Anayasa Mahkemesi anılan hükmü "Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, bu nedenle Anayasa'nın 9., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda Tahkim Kurulu'nun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." denilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi öngörülebilir. Bu durumda yasa koyucu, futbol sporu alanındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere, görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması gerekir. Tahkim genel olarak öğretilde, hukuki uyuşmazlıkların, söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 5894 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin incelenmesinden TFF Tahkim Kurulu'nun, hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığı, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın ilk cümlesinde geçen "kesin" ibaresi, Tahkim Kurulunun incelediği konularda vermiş olduğu kararların biçimsel yönden kesin, uygulanabilir ve bağlayıcı nite-

Anayasa'dan sonra Tahkim Kurullarının kaynakları ise; kanundur. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu yönünden diğer bir kaynak 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek-9,³ Ek-

likte olduğunu ifade etmekte, "nihai" ibaresi ise Kurul'un TFF içerisinde başvurulacak en son merci olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların TFF içinde kesin ve nihai olması, savunma ve hak arama özgürlüklerini sınırlandırmayacağı gibi, yargı yoluna başvurulmasını da engellemez. Bu nedenle, kuralın bu bölümüne yönelik iptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın kalan bölümünde ise, tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilerek, tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmaları engellenmektedir. Yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir ise de, bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, kuralın "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" bölümü Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." Gereğiyle iptal etmiştir.

³ *Bağımsız spor federasyonları*

Ek Madde 9 - (Ek: 4/3/2004-5105/2 md.)

(Değişik yedinci fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.) Tahkim Kurulu yedi asıl ve yedi yedek üyeden teşekkül eder. Üyelerin beşinin hukukçu, ikisinin ise spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş kariyer sahibi kişiler olmaları şarttır. Üyeler Genel Müdürün teklifi ve Gençlik ve Spor Bakanının onayı ile dört yıl için görevlendirilir. Hâkim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar hâkimlik teminatı esasları gözetilerek ve yetkili kurulların onayı alınmak suretiyle Tahkim Kurulunda görev alabilirler. Üyeler kendi aralarından bir başkan seçerler. Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir.()

(Değişik sekizinci fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.) Tahkim Kurulu, federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla, federasyonlarca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek sonuçlandırır. Tahkim Kurulu; itiraz üzerine Genel Müdürlük ile federasyonlar ve federasyonların birbirleri arasında çıkacak ihtilafları inceleyerek sonuçlandırır.

(Ek fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.; Değişik dokuzuncu fıkra: 29/3/2011-6215/10 md.) Tahkim Kurulu, bu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendi ile dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde federasyonu genel kurula götürece komisyonu belirler. Federasyon başkanı ile yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyelerinin, spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışlarının tespiti halinde Bakan tarafından Genel Müdürlük Merkez Ceza Kuruluna sevk edilmeleri sonucunda, Merkez Ceza Kurulunca verilecek kararlara karşı, ilgililerin itirazı üzerine karar verir.

(Ek fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.; Değişik onuncu fıkra: 29/3/2011-6215/10 md.) Tahkim Kurulu, görevinde bağımsız ve tarafsızdır. Üyeler, istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça, yerlerine yenisi görevlendirilemez. Federasyonların veya spor kulüplerinin kurullarında görevli olanlar ile ihbar cezası dışında sportif ceza alanlar ve maddenin beşinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen suçlardan ceza alanlar Tahkim Kurulu üyeliği yapamazlar.

(Ek fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.; Değişik onbirinci fıkra: 29/3/2011-6215/10 md.) Tahkim

9/A ve Geçici 11 inci maddeleri, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu yönünden ise 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. Maddesidir.⁴

Tahkim Kurullarının en son ve en ayrıntılı kaynağı ise, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu için Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği,⁵ Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu için de Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Talimatı'dır.

III. TAHKİM KURULLARININ OLUŞUMU

3289 sayılı Yasanın Ek 9. maddesinin 7. fıkrasına göre Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu, yedi asıl ve yedi yedek üyeden oluşur. Üyelerin beşinin hukukçu, ikisinin ise spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş kariyer sahibi kişiler olmaları şarttır. Hâkim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar hâkimlik teminatı esasları gözetilerek ve yetkili kurulların onayı alınmak suretiyle Tahkim Kurulunda görev alabilirler. Görüldüğü gibi, Tahkim Kurulu'na atanacak hukukçu

Kurulu ile Sportif Değerlendirme ve Geliştirme Kurulu üyelerine bir ayda dört toplantıyı geçmemek üzere, görev yapılan her gün için uhdesinde kamu görevi bulunanlar bakımından (5.000), bulunmayanlar bakımından (6.000) gösterge rakamının Devlet memuruna uygulanan aylık katsayıyla çarpımı sonucunda bulunulacak miktarı geçmemek üzere huzur ücreti ödenir. Tahkim Kurulu ile Sportif Değerlendirme ve Geliştirme Kurulu tarafından görevlendirilen bilirkişi ve uzmanların ücretleri Genel Müdürlükçe karşılanır.

(Ek fıkra: 27/5/2007-5674/2 md.) Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usûl ve esasları ile üyelere verilecek huzur ücretinin miktarı Genel Müdürlükçe hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

⁴ Tahkim Kurulu

MADDE 6 – (1) Tahkim Kurulu, bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kurulu ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir.

(2) Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kuruluna başvuru süresi TFF talimatlarının yayımından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren yedi gündür.

(3) Tahkim Kurulunun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerinin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulunun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

(4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar (...)

(5) Tahkim Kurulu üyeleri de bu Kanunun 5 inci maddesinin altıncı fıkrası hükümlerine tabidir.

⁵ Resmi Gazete Tarihi: 28.01.2012 Resmi Gazete Sayısı: 28187

üyelerin, yaşı, kamu görevinde belli bir süre görev yapması, spor alanında bilimsel çalışma yapması gibi herhangi bir özellikte olması aranmamıştır, önemli olan hukukçu olmasıdır. Burada özellikle vurgulamak gerekir ki, hukuk bir meslek dalı değil, bilim dalı olduğundan, yalnızca hukuk alanında bir kimsenin öğrenim görmüş olması hukukçu sayılması için yeterlidir, ayrıca avukatlık, hâkim veya savcılık mesleğini bizzat yapıyor olması gerekmez. Ancak bir kimse hukuk fakültesi mezunu olmamasına karşın, idari yargı hâkimliği gibi hukuk alanında bizzat çalışmakta ise, bu kimsenin de hukukçu sayılmasına bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Ancak hukukçu olmayan kimselerin Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nda üye olabilmeleri için spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş kariyer sahibi kişiler olmaları gerekir. Burada öncelik Tahkim Kurulu üyelerinin kariyer sahibi olmasıdır, kimlerin kariyer sahibi olup, kimlerin olmadığı konusunda mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak üniversite mezunu olup, çalıştığı kurumda da yetkili bir pozisyonda bulunan veya öğretim görevlisi olarak görev yapan kimseler kariyer meslekten sayılırlar. Her kariyer sahibi kişinin tahkim kuruluna atanması mümkün değildir, bu kimselerin aynı zamanda spor alanında bilimsel çalışma yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş olması gerekir. Bilimsel çalışmadan anlaşılması gereken, yüksek lisans, doktora gibi çalışmalar veya makale veya kitap gibi eserlerdir. Spor alanında benzeri görev ise, hakem, gözlemci, yönetim veya disiplin kurulu üyeliği gibi görevlerdir.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 4/8. maddesine göre, Federasyonların veya spor kulüplerinin kurullarında görev alanlar ve ihtar cezası dışında sportif ceza alanlar ile Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar ile casusluk, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı ve haksız mal edinme suçlarından ceza alanlar Tahkim Kurulu üyeliği yapamazlar.

Üyeler, Spor Genel Müdürünün teklifi ve Gençlik ve Spor Bakanının onayı ile dört yıl için görevlendirilir. Kanaatimizce üyeler Bakanlar Kurulu tarafından atanır ise idareye karşı daha bağımsız olacaktır. Ayrıca Tahkim Kurulu üyelerinin yalnızca bir defa seçileceğine ilişkin kural olmadığından, eski üyelerin yeniden seçilmesi de olanaklıdır.

Tahkim Kurulu Başkanını, Başkan Vekilini ve Raportörü üyeler ilk toplantıda kendi aralarından oylama yapmak suretiyle seçerler.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu ise Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Talimatının 3. maddesine göre, Federasyon Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip Hukuk Fakültesi mezunları arasından seçilecek bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşur. Buradan da anlaşılacağı gibi Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu üyesi olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak ve 5 yıllık mesleki tecrübeye sahip olmak yeterlidir. Doğal olarak bu 5 yıllık mesleki tecrübenin avukatlık, hâkimlik, C.Savcılığı, öğretim görevliği gibi hukukla ilgili konularda olması gerekir. Bir kimse hukuk fakültesi mezunu olmasına karşın, babasının pastanesinin işletilmesini yapıyorsa, buradaki tecrübesi 5 yıllık tecrübeden sayılmayacaktır.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Talimatı'nın 3/2. maddesine göre üyelerin belirlenmesinde FIFA ve UEFA kriterleri esas alınır. Özerk federasyonların veya spor kulüplerinin kurullarında görev alanlar ile ceza veya disiplin kurullarınca altı aydan fazla cezaya çarptırılmış olanlar Tahkim Kurulu üyesi olamazlar.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu üyeleri, Türkiye Futbol Federasyonu Başkanının teklif etmesi üzerine, Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu belirler. Hatta Tahkim Kurulu Başkanı da aynı yöntemle belirlenir, ancak Başkan Vekili ve bir Raportörü, Kurul, ilk toplantısında asıl üyeler arasından kendisi seçer.

Tahkim Kurulunun görev süresi, Federasyon Başkanının görev süresi ile sınırlıdır. Federasyon Başkanının görevi, sürenin dolması ile veya istifa, ölüm gibi nedenlerle sona erer ise, Tahkim Kurulu'nun süresi de sona erer, ancak

yeni Tahkim Kurulu göreve başlayıncaya kadar eski Kurul görevini yapmaya devam eder.

Hem Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu üyeleri, hem de Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu üyeleri, bir defa usulüne uygun olarak seçildikten sonra istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça, yerlerine yeni üye görevlendirilemez, bu durum Tahkim Kurulu üyelerinin idareden ve Federasyon Yönetim Kurulundan bağımsız olarak görev yapmasını sağlayan önemli bir husustur.

Tahkim Kurulu üyelerinden birisi veya bir kısmı istifa, ölüm, nitelikleri yitirme gibi nedenlerle görevlerinden devamlı olarak ayrılırlar ise, yedek üyeler sırasıyla asil üyeliğe geçerler, bu üyeler yerine geldiği üye veya üyelerin görev süresi kadar görev yaparlar. Asil üyelerin görevlerine geçici olarak devam edemediği durumlarda, onların yerine yedek üyeler toplantılara katılmazlar.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 6/2. maddesine göre özür beyan etmeksizin, aralıksız üç oturuma veya bir yıl içinde toplam beş oturuma katılmayan asil üyeler çekilmiş sayılır ve yerlerine yedekler göreve devam ederler.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Talimatının 4. maddesine göre, özür beyan etmeksizin, aralıksız 3 olağan oturuma veya bir sene içinde toplam 15 olağan oturuma katılmamış asil üyeler üyelikten çekilmiş sayılırlar. Ancak, bir sene içinde yapılan olağan toplantıların yarısından bir fazlasına katılmamış herhangi bir üye, mazeret bildirmiş ve izin almış olsa dahi çekilmiş sayılır. Çekilmiş sayılan üye, müteakip toplantıya iştirak ettirilmez. Durum Kurul Başkanı tarafından Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı'na yazılı olarak bildirilir ve yerine yedek üyeler yedeklik sırasına göre, eski üyenin yerine kendiliğinden göreve gelir.

IV. TAHKİM KURULLARININ GÖREVLERİ

1. Genel Olarak Tahkim Kurullarının Görevleri

Öncelikle Tahkim Kurulları tarafından bir konuda karar verilebilmesi için, hatta Federasyonların bir kimse hakkında bir işlem tesis edebilmesi için, o

kimsenin spor adamı olmasının yanında eylemin de sportif bir faaliyete ilişkin olması gerekir. Örneğin sporcunun mahallede, bir kimse ile kavga etmesi durumunda veya antrenörün çalıştığı kurumda zimmetine para geçirmesi halinde ortada sportif bir faaliyet bulunmadığından, bu kimselere sportif bir ceza verilemeyecektir.⁶

Tahkim Kurullarının görevlerinin genel çerçevesi, Anayasanın 59. maddesine 6214 sayılı yasa ile eklenen üçüncü fıkrada çizilmiştir. Anılan hükme göre “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir.*” Buna göre Tahkim Kurullarının görevleri “spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin” işlemlere bakma ile sınırlıdır. Anayasaya 6214 sayılı Yasa ile yapılan eklemenin Anayasa Komisyonu Gerekçesinde bu husus “*spor federasyonlarının organ ve kurullarının, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olarak ih-*

⁶ İTİRAZ KONUSU: B.. Spor Kulübünde **Taekwondo Antrenörü O..** hakkında Türkiye Taekwondo Federasyonu Disiplin Kurulunun 14.10.2011 tarih ve 26 sayılı kararı **ile reşit olmayanın cinsel ilişki ve cinsel tacizde bulunmak eylemi** nedeniyle Disiplin Talimatının 11. maddesi uyarınca tüm faaliyetlerden “ömür boyu hak mahrumiyeti” cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olup, kararın Disiplin Talimatının 53/4 maddesi uyarınca re’sen incelemeye tabi olması ve söz konusu karara karşı adı geçen vekili Avukat ... tarafından 22.11.2011 tarihli dilekçe ile Kurulumuza itirazda bulunulması nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Türkiye Taekwondo Federasyonu Disiplin Kurulunun Ceza Tayinine konu yaptığı eylemin, Taekwondo Antrenörü O..’nin **herhangi bir sportif faaliyetine ilişkin bulunmadığı, olayın adli bir soruşturma konusu yapıldığı**, Federasyon Disiplin Talimatında da yaptırıma konu bir eylem olarak düzenlenmediği, kişi hakkında yapılacak adli soruşturma ve yargılama sonucuna göre, Türkiye Taekwondo Federasyonu Antrenör Eğitim Talimatının “antrenör eğitim kursuna katılacaklarda aranacak şartlar” başlıklı 6. ve “antrenör belge ve lisansının geçersiz sayılması” başlıklı 16. maddeleri uyarınca işlem yapılabileceği gözetilmeden, Disiplin Talimatındaki ceza tanımına ilişkin 11.madde hükmü esas alınmak suretiyle yazılı şekilde ömür boyu hak mahrumiyeti cezasına karar verilmesi mevzuat hükümlerine aykırı bulunduğundan, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca itirazın bu yönden **KABULÜ** ile, Disiplin Talimatının 53/4 maddesi uyarınca re’sen’de incelenen Türkiye Taekwondo Federasyonu Disiplin Kurulunun 14.10.2011 tarih ve 26 sayılı kararı ile tayin olunan ömür boyu hak mahrumiyeti cezasının **KALDIRILMASINA**, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 17. maddesi uyarınca başvuru ücretinin iadesine, Kararın ilgililere tebliği ile kararda belirtildiği şekilde işlem yapılmak üzere Türkiye Taekwondo Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine,¹¹ Ocak 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu’nun 2011/135- 2012/006 sayılı kararı)**

tar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi bunun yanı sıra sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat ve benzeri hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrasına, tatiline, ertelenmesine” ilişkin kararlar biçiminde açıklanmıştır.

Aynı gerekçede “*kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışındadır. Bu çerçevedeki uyuşmazlıklar ya yargı mercileri nezdinde dava yoluyla ya da tarafların tercihine göre, karşılıklı yazılı mutabakatları ile yargı denetimine tabi olmak üzere spor federasyonlarının kurulları önünde de çözülebilecektir.”* hükmü de yer almaktadır. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu gerekçedeki bu açıklamayı, kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklarla ilgili uyuşmazlıkları gerekirse taraflarca anlaşarak önce spor federasyonlarının önüne götürebileceği, böyle bir anlaşma olur ise doğal olarak federasyon yetkili kurullarınca verilen kararlara, Tahkim Kurulları tarafından bakılabileceği şeklinde anlamaktadır.⁷

⁷ **BAŞVURU KONUSU OLAY:** Sporcu Mehmet ile Y... Belediye Spor Kulübü arasında imzalanan 10/09/2007 başlangıç 30/06/2008 bitiş tarihli ve Türkiye Hentbol Federasyonunca 14/09/2007 tarihinde tasdik edilen Deplasmanlı Lig Sporcuları Sözleşmesinde 55.000,00.- YTL transfer ücreti belirlenerek aylık 5.500,00.-YTL taksitlerle 10 ay içerisinde ödenmesinin kararlaştırıldığı,
- 8 aylık transfer taksiti ile ilgili olarak Yenişehir Belediye Spor Kulübü aleyhine 44.000,00.- YTL asıl alacak, 1.155,00.- YTL işlemiş faiz olmak üzere toplam 45.155,00.-YTL alacağın tahsili için Ankara 8.İcra Müdürlüğünün 2008/4251 sayılı dosyası ile icra takibinin başlatıldığı, takibe Yenişehir Belediyesi Spor Kulübü tarafından süresinde yapılan itiraz üzerine takibin durduğu ve yapılan yetki itirazı kabul edilerek dosyanın Mersin 2.İcra Müdürlüğüne gönderildiği, Mersin 2.İcra Müdürlüğünün 2008/6184 sayılı dosyasından davalı Kulübe 7 örnek ödeme emrinin tebliğ edildiği, yine davalı kulüp tarafından yapılan itiraz üzerine takibi durduğu,
- Sporcuya ödenmesi gereken transfer taksitleri ödenmediğinden, Ankara 56.Noterliğinin

18 Nisan 2008 tarih ve 6746 yevmiye numaralı ihbarnamesi ile 8 aylık transfer taksitinin ödenmesi talep edilerek, ödenmemesi halinde Süper Ligler ve Süper Lige Yükselme Grupları Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer İşlemleri Talimatınının 33.maddesi uyarınca sözleşmenin feshi için Türkiye Hentbol Federasyonuna başvurulacağı hususunun ihtar edildiği, Kulübün yapılan fesih ihbarına rağmen süresinde ödeme yapmadığı gibi Mersin 9.Noterliğinin 30 Nisan 2008 tarih ve 13292 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile sporcu ve kulüp arasındaki sözleşmenin 19/03/2008 tarih ve 67 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile tek taraflı feshedildiğini gerekçe göstererek sporcuya herhangi bir borçlarının bulunmadığını bildirdikleri, daha sonra sporcu vekili tarafından itirazın iptali ve sözleşmenin feshi talebiyle Hentbol Federasyonuna yapılan başvuru sonucu, sporcunun bonservis almadan dilediği kulübe transfer olabileceğine karar verildiği, şifahen de itirazın iptali hususunun görevlerine girmediklerinin bildirilmesi üzerine, sporcu Mehmet Nesih ÇAKAR Vekili Av. Yunus ZOP tarafından Kurulumuza başvuruda bulunulması üzerine Kurulumuzun 288/73-90 E.K. sayılı kararı ile; “Sporcu Mehmet . Vekili Av. . tarafından verilen 06/10/2008 tarihli dilekçe ile yapılan, İcra Müdürlüğü ödeme emrine itirazın iptali ve davalının icra inkar tazminatına mahkum edilmesi talebi ile ilgili olarak öncelikle yetkili Adliye Mahkemesine başvuruda bulunulması gerektiğinden, Kurulumuza yapılan itirazın Tahkim Kurulu Yönetmeliğininin 13. maddesi uyarınca REDDİNE,” karar verildiği; Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 26.03.2010 tarih ve 2008/607 E. 2010/105 K. Sayılı kararı ile davanın görev yönünden reddine karar verilmesi üzerine Sporcu Mehmet Vekili Av.... tarafından 10.05.2010 tarih ve 5891 sayılı dilekçe ile Kurulumuza yeniden başvuruda bulunulduğu, Kurulumuzun 04.06.2010 tarih ve 2008/073 E.-2010/142 K. sayılı kararı ile ; “Konu ile ilgili olarak başvuruda bulunulan Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 26.03.2010 tarih ve 2008/607 E. 2010/105 K. Sayılı kararı ile “09.03.2007 gününde yürürlüğe giren Hentbol Federasyonu Ana Statüsünün 13. maddesi uyarınca kulüpler ile sporcular arasında çıkan uyuşmazlıkların yönetim kurullarınca çözümleneceği, Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünün 11. maddesi uyarınca da yönetim kurullarınca verilecek kararlara karşı itiraz merci olarak Tahkim Kurulunun nihai karar merci olduğu” gerekçe ile davanın görev yönünden REDDİNE hükmedildiği, bu kararın taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleştiği, kulüpler ile sporcular arasında çıkacak ihtilafların halli konusunda gerek Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde, gerekse Federasyon Ana Statüsünde kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığı, bu nedenle de Sporcu Tescil, Lisans ve Transfer Talimatınının “Mali konularda T.C. Mahkemeleri diğer konularda ise Federasyon yetkilidir” şeklindeki 21.14 maddesi hükmünün üst normlara aykırılığı nedeniyle uygulama olanağı bulunmadığı, Tahkim Kurulu Kararlarının kesin olup uygulanmasının zorunlu bulunduğu belirtilerek, öncelikle konu ile ilgili olarak Türkiye Hentbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından bir karar verilmesi gerektiğinden, dosyanın gereği yapılmak üzere Türkiye Hentbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine” karar verilmiş olup, Türkiye Hentbol Federasyonu Yönetim Kurulunun 15.09.2010 tarih ve 57 sayılı kararı ile “Sporcuların davalı olduğu Mersin Yenişehir Belediyesi Spor Kulübü ile olan itilafının mali konular olması sebebiyle Sporcu Tescil ve Lisans Talimatının ilgili maddesine göre çözümün kulüple sporcuların kendi aralarında sağlanmasına, kararın ilgililere tebliğ edilmesine” karar verilmesi üzerine Mehmet Vekili Av. ... tarafından 29.09.2010 tarihli dilekçe ile Kurulumuza başvuruda bulunulması üzerine dosya yeniden ele alınıp yapılan inceleme sonunda, Kurulumuzun 15.10.2010 tarih ve 2008/072-2010/207 E. K. sayılı kararı ile; “Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünün 11. maddesine göre Tahkim Kurulu Kararlarının kesin olduğu, bu nedenle de uyma zorunluluğunun bulunduğu, yerine getirilmemesi veya eksik uygulamaların tespiti halinde disiplin soruşturmasını gerektirdiği belirtilmek suretiyle konu ile ilgili olarak öncelikle Federasyon Yönetim Kurulu tarafından bir karar verilmesi

2. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun Görevleri

Öncelikle şunu ifade etmekte fayda vardır ki, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu, 3289 sayılı Kanunun Ek-9 uncu maddesi hükümlerine göre kurulan bağımsız spor federasyonları ile ilgili hususlarda görevlidir, bu Kurulun Futbol Federasyonu tarafından verilen kararlarla ilgili herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Yine bu Kurul, bağımsız olmayan spor federasyonları ile ilgili

gerektiğinden bu aşamada Kurulumuzca bir karar verilmesine yer olmadığına,” karar verilmiş olup, aradan geçen zaman içerisinde Türkiye Hentbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından konu ile ilgili herhangi bir işlemde bulunulmaması üzerine de sporcu vekilinin 21.12.2011 tarihli dilekçe ile Kurulumuza yeniden başvurarak davanın esası hakkında bir karar verilmesini talep etmesi üzerine dosya yeniden ele alınıp incelendi,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Taraflar arasındaki alacak anlaşmazlığının 10/09/2007 başlangıç tarihli Deplasmanlı Lig Sporcuları Tıp Sözleşmesinden kaynaklandığı;

T.C. Anayasasının sporun geliştirilmesi ve Tahkim Başlıklı 59. maddesinin 29.03.2011 tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe giren Ek Fıkrasının “Spor Federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim Kurulu kararları kesin olup, bu kararlara karşı hiçbir yargı yoluna başvurulamaz.” hükmü ve madde gerekçesindeki “Spor Federasyonlarının Organ ve Kurullarının, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olarak ihtar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi bunun yanı sıra sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat vb. hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrasına, tatiline, etelenmesine gibi verdikleri tüm kararlarına karşı sadece zorunlu tahkim yoluna gidilebileceği, zorunlu Tahkim Kurullarının kararlarının kesin olduğu, bu kararlara karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamayacağı, bu kararların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla tesbit, iptal ve tazminat davası açılmasının mümkün olmadığı, kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar, sporun yönetilmesine ve disipline ilişkin olmadığından bu kapsam dışındadır. Bu çerçevedeki uyuşmazlıklar ya yargı mercileri nezdinde dava yolu ile yada tarafların tercihinin göre karşılıklı yazılı mutabakatları ile yargı denetimine tabi olmak üzere spor federasyonları kurulları önünde de çözülebilecektir.” şeklindeki açıklama gözetildiğinde; **itiraza konu anlaşmazlık zorunlu tahkim yoluyla kesin olarak çözümlenecek işlerden olmadığından konu ile ilgili olarak Kurulumuzca yapılacak bir işlem bulunmadığına, Türkiye Hentbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından, yukarıda belirtildiği şekilde yeniden değerlendirme yapılarak, uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların yazılı beyanları da alındıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden, dosyanın gereği için Türkiye Hentbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, kararın ilgililere tebliğine, 04 Ocak 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. (Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2008/073-2012/002 sayılı kararı)**

konuda görevli değildir, bu hususta Merkez Ceza Kurulu görevlidir.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun hangi uyuşmazlıklara bakacağı 3289 sayılı Kanunun Ek-9 uncu maddesi'nin 8, ve 9. fıkralarında belirlenmiştir. Buna göre; “*Tahkim Kurulu, federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla, federasyonlarca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek sonuçlandırır. Tahkim Kurulu; itiraz üzerine Genel Müdürlük ile federasyonlar ve federasyonların birbirleri arasında çıkacak ihtilafları inceleyerek sonuçlandırır.*

Tahkim Kurulu, bu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendi ile dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde federasyonu genel kurula götürecektir komisyonu belirler.

Federasyon başkanı ile yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyelerinin, spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışlarının tespiti halinde Bakan tarafından Genel Müdürlük Merkez Ceza Kuruluna sevk edilmeleri sonucunda, Merkez Ceza Kurulunca verilecek kararlara karşı, ilgililerin itirazı üzerine karar verir.”

Aynı husus Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 5. Maddesinde “Tahkim Kurulu;

a) Federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler arasındaki ihtilafları,

b) Kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular arasındaki uyuşmazlıkları,

c) Kulüplerle kulüpler arasında çıkacak anlaşmazlıkları,

ç) Federasyonlarca verilecek kararlar ile ceza ve disiplin kurulu kararlarını,

d) Genel Müdürlük ile federasyonlar arasında veya federasyonların kendi arasında çıkacak ihtilaflar hakkında Kurulca belirlenecek bir üyenin başkanlığı

ğında Genel Müdürlük ve federasyon temsilcilerinin katılımıyla oluşturulacak olan komisyon kararlarını,

e) Federasyon başkanları ile yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyelerinin spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışlarının tespiti halinde Bakan tarafından Genel Müdürlük Merkez Ceza Kuruluna sevk edilmeleri sonucunda Merkez Ceza Kurulunca verilecek kararları,

f) Sportif Değerlendirme ve Geliştirme Kurulu raporlarında yeterli düzeyde görülmeyen veya yapılan denetim sonucu görevi başında kalmasında sakınca görülen federasyon başkanı ve yönetim kurulu üyeleri hakkında karar almak üzere, Bakanın istemi üzerine toplanacak olağanüstü genel kurulu yapacak olan üç kişilik komisyonu belirleyerek bu komisyonun işlem ve kararlarını,

g) Olağan ve olağanüstü genel kurullarını 3289 sayılı Kanunda öngörülen süre ve esaslar dahilinde yapmayan federasyonların genel kurullarını altmış gün içerisinde yapacak olan üç kişilik komisyonu oluşturmak ve bu komisyonun işlem ve kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin sonuca bağlar.

(2) Spor federasyonlarının organ ve kurullarının, sporun disiplinine ilişkin olarak ihtar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi kararları ve sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat ve benzeri hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrası, tatili, ertelenmesi gibi verdikleri tüm kararlarına karşı sadece zorunlu tahkim yoluna gidilebilir. Kurulun kararları kesin olup, bu kararlara karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi yargı organları nezdinde kanun yollarına başvurulamaz. Bu kararların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla tespit, iptal ve tazminat davası açılmaz.

(3) Kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar bu Yönetmelik kapsamı dışındadır.” biçiminde belirlenmiştir.

Kanun ve Yönetmelik birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun görevleri şu şekilde formüle edilebilir:

- Federasyonlar ile Kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler arasındaki; Kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular arasındaki, Kulüplerle kulüpler arasındaki çıkacak uyuşmazlıkları çözmek,

- Federasyonlar tarafından verilen kararlar ile federasyonların ceza kurulu ve disiplin kurulunun kararlarına karşı yapılan itirazı incelemek,

- Federasyonlarla federasyonlar veya Genel Müdürlükle Federasyonlar arasında çıkacak ihtilafla ilgili kendi üyeleri arasından bir başkan belirlemek, Genel Müdürlük ve Federasyon temsilcisinden oluşan bir komisyon kurmak ve bu komisyonun kararlarını denetlemek,

- Federasyon Başkanı, Federasyon (Yedekler de dahil) Yönetim Kurulu,⁸ Federasyon Disiplin Kurulu başkan ve üyelerinin spor ahlakına ve spor disiplinine aykırı davranışları nedeniyle Bakan tarafından Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulu'na sevkedilmeleri üzerine, bu Kurul tarafından verilen kararları itirazın incelemek,

- Gençlik ve Spor Bakanının istemi üzerine toplanacak Federasyon Olağanüstü Genel Kurulu'nu yapacak 3 kişilik komisyonu belirlemek ve bu komisyonca verilen kararları denetlemek,

⁸ Türkiye Yelken Federasyonu Disiplin Kurulu tarafından hakkında disiplin cezası tayin olunan Gürbüz ...'in ... Yelken İhtisas Kulübü Başkanı ve Antrenörü olması yanında ayrıca Türkiye Yelken Federasyonu Yönetim Kurulu Yedek Üyeliği sıfatını da taşıdığı bu nedenle de aynı eylemle ilgili olarak, Yelken hakemi Hüsnü ...'in Kurulumuza 07.03.2012 tarihli dilekçe ile yapmış olduğu şikayet başvurusu üzerine konunun Kurulumuzun 29.03.2012 tarih ve 296 sayılı yazısı ile "3289 Sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Ek.9.Maddesinin 6215 sayılı Kanununun 10.maddesi ile değişik 9.fıkrası uyarınca işlem yapılmak üzere Genel Müdürlük makamına intikal ettirildiği, itiraz eden ...'in olay tarihinde aynı zamanda Federasyon Yönetim Kurulunun Yedek Üyesi olması nedeniyle Federasyon Disiplin Kurulunun hakkında ceza tayinine yetkili olmadığı anlaşıldığından, öncelikle bu nedenle yerinde görülen itirazların KABULÜ ile Türkiye Yelken Federasyonu Disiplin Kurulunun itiraza konu 26.03.2012 tarih ve 2012/2 sayılı kararının KALDIRILMASINA, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 17. maddesi uyarınca başvuru ücretlerinin iadesine, kararın ilgililere tebliği ile, gereği için Türkiye Yelken Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 19 Nisan 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012 /063- 2012 /085 sayılı kararı)

- Genel Kurulunu süresinde yapmayan federasyonların genel kurulunu 60 gün içerisinde yapacak 3 kişilik komisyonu oluşturmak ve bu komisyonca verilen kararları denetlemek

Görevleri bulunmaktadır.

Her ne kadar Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu mali haklarla ilgili tarafların aralarında yaptıkları sözleşme nedeniyle bu hususun Federasyon yetkili kurulları tarafından çözülmesi durumunda bu kurulların kararlarına karşı Tahkim Kuruluna başvurulabileceğini kabul etmiş ise de, Yönetmeliğin 5. Maddesinin 3. Fıkrasında “*Kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar bu Yönetmelik kapsamı dışındadır*” denerek, mali haklarla ilgili Tahkim Kurulu’nun herhangi bir yetkisi olmadığı vurgulanmıştır.

3. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Görevleri

5894 sayılı Kanun’un 6/1. maddesine göre, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir. İlgili Kanunda, Tahkim Kurulunun görevleri çok genel biçimde gösterilmiş ve TFF mevzuatında belirtilen uyuşmazlıkları çözeceği belirtilmiştir.

Ancak Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Talimatının 2. maddesinde Tahkim Kurulunun görevleri ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Buna Tahkim Kurulu;

“a) Federasyon ile kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ile diğer görevliler arasında çıkan ihtilaflar hakkında Yönetim Kurulu tarafından verilecek kararlara karşı yapılan başvuruları,

b) Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurulları kararlarına karşı yapılan itirazları,

c) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararlarına karşı yapılan başvuruları,

d) Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından çıkartılmış Talimatların, Kanun, Ana Statü, FIFA ve UEFA Ana Statülerine aykırılığına ilişkin başvuruları,” inceler ve karara bağlar.

Bu mevzuata göre Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu:

- Federasyon ile klüpler, federasyon ve klüpler ile hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ile diğer görevliler arasında çıkan ihtilaflar hakkında TFF Yönetim Kurulu tarafından verilen kararları inceler,

- Disiplin Kurulu kararlarına karşı itirazları değerlendirir,

- Uyuşmazlık çözüm kurulu kararlarını inceler,

- TFF tarafından hazırlanan talimatların, üst normlara aykırı olup olmadığı konusundaki başvuruları karara bağlar.

V. TAHKİM KURULLARINA BAŞVURU

Tahkim Kurullarına, ilgililer, kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu için 7 gün, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu için ise 10 gün içinde başvuru yapılarak karar verilmesi istenir.

Federasyon tarafından tesis edilen işlem, disipline ilişkin bir işlem ise, bu işlem için doğrudan Tahkim Kurulu'na başvurulabilir,⁹ ancak tesis edilen iş-

⁹ **İTİRAZ KONUSU:** B... Dans Spor Kulübünün 14-16 Haziran 2011 tarihleri arasında düzenlenen Balıkesir Gurup Yarışmasına katılması gerektiği halde geçerli mazereti olmaksızın katılmadığı gerekçesiyle Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Disiplin Kurulunun 10.02.2012 tarih ve 21 sayılı kararı ile söz konusu Kulüp yarışma sonrasında mazeret bildirmiş ise de, Disiplin Talimatının 19/c maddesi uyarınca mazeretinin haklı olduğu kanaatini uyandıracak herhangi bir delil veya belgenin dosyaya sunulmadığı gerekçesiyle aynı talimatın aynı maddesi uyarınca kulüp ve kulüp başkanının **alt hadden 1'er yıl hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiş**, bu karara karşı .. Dans Spor Kulübü Başkanı ... tarafından Kurulumuza 28.02.2012 tarihli dilekçe ile itirazda bulunulmuş olup; ancak Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Başkanlığının 12.03.2012 tarih ve 189 sayılı yazısı ve ekinde gönderilen belgeler ile Türkiye Halk Oyunları **Federasyonu Yönetim Kurulunun 17.02.2012 tarih ve 34 sayılı kararı ile Disiplin Talimatının 19. maddesinin (c) fıkrasının “bu suç fiilini ilk kez işleyenler hakkında uyarı, ikinci kez işlemleri halinde bir**

lem disipline ilişkin kararlar dışında bir işlem ise, örneğin hükmen mağlubiyet veya sporcu lisans veya tescili ile ilgili kararlar gibi, bu işlemi Disiplin Kurulu dışında MHK, Teknik Kurul gibi Federasyonun diğer organları tarafından verildiğinden, öncelikle bu kararlarla ilgili Federasyon Yönetim Kurulu'na başvurulmalı, daha sonra Federasyon Yönetim Kurulu kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na başvuru yapılmalıdır.¹⁰

Yıldan iki yıla kadar müsabakalardan men veya o kadar süre ile hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılır” şeklinde değiştirildiği ve söz konusu değiştirilen bu madde hükmü uyarınca Federasyon Disiplin Kurulunca 10.02.2012 tarihinde Disiplin Talimatının 19/c maddesi ile tayin olunan hak mahrumiyeti cezalarının “uyarı” cezasına dönüştürülmesine karar verildiği bildirilmiş olmakla dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Başkanlığının yazısı, Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Yönetim Kurulunun 17.02.2012 tarih ve 34 sayılı kararı, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Başkanlığı tarafından 12.03.2012 tarihli yazı ve ekleriyle Yönetim Kurulunun 17.02.2012 tarih ve 34 sayılı kararı ile yapılan Disiplin Talimatı değişikliği uyarınca Federasyon Disiplin Kurulunun 10.02.2012 tarihli kararı ile vermiş olduğu hak mahrumiyeti cezalarının uyarı cezasına dönüştürülmesine karar verildiği bildirilmiş ise de gerek bağımsız federasyonlarla ilgili yasa hükümleri, gerekse federasyonun ana statüsü hükümleri uyarınca disiplin talimatının uygulanması ve yapılan değişikliğe uygun ceza tayini konusu federasyon disiplin kurulunun yetkisinde bulunduğu Türkiye Halk Oyunları Federasyonu **Yönetim Kurulu tarafından yukarıda belirtildiği şekilde karar verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden** verilen Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Yönetim Kurulunun 17.02.2012 tarih ve 34 sayılı kararının hak mahrumiyeti cezasının uyarı cezasına çevrilmesine ilişkin kısmının kaldırılmasına, Türkiye Halk Oyunları Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından yapılan Disiplin Talimatı değişikliği nedeniyle Disiplin Kurulu tarafından yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden itirazın bu nedenle KABULÜ ile, Disiplin Talimatının 19/c maddesinde yapılan lehe değişiklik uyarınca yeniden değerlendirme yapılarak karar verilmek üzere Disiplin Kurulunun 10.02.2012 tarih ve 21 sayılı kararı ile verilen “bir yıl hak mahrumiyeti cezasının” KALDIRILMASINA, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Halk Oyunları Federasyonuna gönderilmesine, 15 Mart 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012 /043-2012/062 sayılı kararı)**

¹⁰ Türkiye Basketbol Federasyonu “A Klasman Teknik Komiserlik Kursuna çağrılmama işlemi” ve “Teknik Komiserlik B Klasmanı için yapılan sınavda başarısız sayılarak B Klasmanından çıkartılmasına ilişkin işlem ile Türkiye Basketbol Federasyonunun 29.08.2007 tarih ve 272 sayılı yazısının iptali talebi üzerine Kurulumuzun 24.09.2007 tarih ve 2007/70-71 E.K. sayılı Kararı ile konuyla ilgili olarak, Türkiye Basketbol Federasyonu Ana Statüsü hükümleri uyarınca **yönetim kurulu tarafından karar alınması gerektiğinden** bu hususun yerine getirilmesinin sağlanması için dosyanın Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiş olup, Türkiye Basketbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından alınan 29.09.2011 tarih ve 519 No’lu karar başvuruda bulunan Muhsin ...’a 22.11.2011 tarihinde tebliğ edilmiş ve bugüne kadar da bu karara karşı herhangi bir itirazda bulunulmamış olduğu anlaşıldığından, Kurulumuzca bir karar verilmesine

Kural olarak Tahkim Kurulu tarafından bir işlemin incelenmesi ilgilinin talepte bulunmasına bağlıdır,¹¹ ancak bazı Federasyonlarının Disiplin Talimatlarında müebbeden hak mahrumiyeti cezalarının re'sen incelemeye tabi olduğuna ilişkin hükümler bulunmaktadır, bu durumda istem olmasa bile ceza verildiğinde dosya doğrudan Federasyon tarafından Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na gönderilecek, Tahkim Kurulu da bu dosyayı inceleyip karara bağlayacaktır.

1. Tahkim Kurullarına başvurabilecekler

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na kimlerin başvuracağı, Yönetmeliğin 8/1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre başvurular, ilgili kişiler ile klüp başkanları veya yetkili kılınan idareciler tarafından yapılır.

İlgili kişiler ibaresinden anlaşılması gereken, Federasyon'un yetkili kurulları tarafından yapılan işlem, karar veya eylem sonucu hakkı ihlal olan, yapılan işlemin kendisini ilgilendirdiği kimseler ile bu kimsenin eylemi sonucu mağdur olan kişilerdir. Örneğin bir basketbol maçında bir oyuncu diğerine hakaret etmiş ve hakaret eden oyuncuya ceza verilmiş ise hem ceza verilen kimsenin hem de kendisine hakaret edilen kimsenin Tahkim Kuruluna başvurma hakkı vardır.

Yine klüp başkanları ile klüp adına yetkili kılınan idareciler de hem saha

yer olmadığına kararın ilgililere tebliği ile Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 06 Mart 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2007 /053- 2012/055 sayılı kararı**)

¹¹ Türkiye Basketbol Federasyonu "A Klasman Teknik Komiserlik Kursuna çağrılmama işlemi" ve "Teknik Komiserlik B Klasmanı için yapılan sınavda başarısız sayılarak B Klasmanından çıkartılmasına ilişkin işlem ile Türkiye Basketbol Federasyonunun 29.08.2007 tarih ve 272 sayılı yazısının iptali talebi üzerine Kurulumuzun 24.09.2007 tarih ve 2007/70-71 E.K. sayılı Kararı ile konuyla ilgili olarak, Türkiye Basketbol Federasyonu Ana Statüsü hükümleri uyarınca yönetim kurulu tarafından karar alınması gerektiğinden bu hususun yerine getirilmesinin sağlanması için dosyanın Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiş olup, Türkiye Basketbol Federasyonu **Yönetim Kurulu tarafından alınan 29.09.2011 tarih ve 519 No'lu karar başvuruda bulunan Muhsin ..'a 22.11.2011 tarihinde tebliğ edilmiş ve bugüne kadar da bu karara karşı herhangi bir itirazda bulunulmamış olduğu anlaşıldığından**, Kurulumuzca bir karar verilmesine yer olmadığına kararın ilgililere tebliği ile Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 06 Mart 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2007 /053- 2012/055 sayılı kararı**)

kapatma, genel kurulda delege gösterilmemesi gibi doğrudan kendilerini ve klübü ilgilendiren konularda, hem de oyuncularını ile ilgili yapılan işlemlerde Tahkim Kurulu'na başvurabilirler.

Federasyon başkanları da, kendi görev alanları ile ilgili Federasyon Kurulları tarafından verilen kararlara ve yapılan işlemlere karşı Tahkim Kuruluna başvurabilirler.¹²

¹² **İTİRAZ EDEN: Türkiye Kano Federasyonu Başkanlığı**

İTİRAZ KONUSU: Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunun 20.12.2011 tarih ve 2011/14-15 E.K. sayılı kararı ile Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu Üyesi .. hakkında; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 34. ve 25. Maddeleri uyarınca verilen 3 ay süre ile hak mahrumiyeti cezası.

İTİRAZ KONUSU OLAY: Bakanlık Makamının 27.09.2011 tarih ve 1927 sayılı oluru ve Teftiş Kurulu Başkanlığının 03.10.2011 tarih ve 1964 sayılı yazısı ile;

a) Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu Üyesi ...'nun 17.07.2010 Tarihinde İstanbul'da yapılan Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu toplantısında, Federasyon Başkanı ... ile Başkan Vekili ...'ye "sahtekarsınız, sahtekarlık yapıyorsunuz" sözlerini söylediğinin beş Yönetim Kurulu Üyesi tarafından doğrulandığı,

b) Federasyonun onayı olmadan, Rize İline mensup sporcuların 25 Temmuz – 01 Ağustos 2010 tarihleri arasında Artvin Yusufeli'nde yapılan milli takım aday sporcu performans artırımı ve gelişim kampına katılmamaları kararını aldığı ve bu şekilde sporcuların katılımını engellediği bunun Kano Federasyonu Sporcu Kamp ve Eğitim Talimatına aykırı olduğu iddiaları ile hakkında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 34. ve 32. (ek fıkra) maddeleri uyarınca işlem yapılmak üzere Merkez Ceza Kuruluna sevk edildiği, Merkez Ceza Kurulunun 20.12.2011 tarih ve 2011/14-15 E.K. sayılı kararı ile;

a) Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu Üyesi ...'nun Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 32. maddesinin ek fıkra hükmü uyarınca Genel Müdürlük veya Bağımsız (Özerk) Spor Federasyonlarının mevzuatına kasten aykırı hareketinde bulunması ile ilgili tecziyesi istenilmiş ise de dosya kapsamında kişinin bu fiili gerçekleştirdiğine ilişkin maddi belge tespit edilemediğinden bu hususta Ceza Tayinine Yer Olmadığına,

b) Diğer konu ile ilgili olarak Gençlik ve Spor Teşkilatına veya bir mensubuna hakaret etme suçunu işlediği beş Yönetim Kurulu Üyesinin beyanı ile belirlenmiş olduğundan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 34. maddesinin 1 fıkrası uyarınca 6 (altı) ay süre ile hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına, ancak 17.07.2010 tarihli kararın 22.05.2010 olarak çizilip düzeltilmesi nedeniyle olayın sahtecilik olacağı yönündeki savunma dikkate alındığında suçun tahrik altında işlendiği düşünülerek Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 25. maddesi uyarınca ceza ½ oranında indirilerek neticeten 3 (ÜÇ) AY SÜRE İLE HAK MAHRUMİYETİ CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA" karar verilmiş olup,

Bu karara karşı Türkiye Kano Federasyonu Başkanlığı tarafından 29.12.2011 tarih ve 1442 sayılı dilekçe ile; olayda tahrik unsurunun bulunmadığı, tarihi değiştirilen Yönetim Kurulu kararında Hamza Şafak TATOĞLU'nun da imzasının olduğu, ceza tayinine yer olmadığına karar verilen konuda da yeterli delil bulunduğu, dosya içerisindeki ... tarafından il temsilcisi sıfatı ile imzalanan 28.07.2010 tarihli yazı ile de bu hususun doğrulandığı yazıda Federasyonu küçük düşürücü ibareler kullanıldığı, haksız tahrik indiriminin kaldırılması ve ceza ta-

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na kimlerin başvurabileceği ile ilgili Kanunda ve Talimatta açık bir hüküm yer almamaktadır, bu nedenle yukarıdaki açıklamaların bu Kurul yönünden de geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

ynine yer olmadığına ilişkin kararın iptali ile sabit olan eylem nedeniyle ceza tayin edilmesi gerektiği belirtilerek Kurulumuza yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu Üyesi ...'nun itirazının Yönetmelikte öngörülen 10 günlük süre geçtikten sonra olması ve başvuru ücretinin de yatırılmamış bulunması nedeniyle REDDİNE,

Türkiye Kano Federasyonu Başkanlığının itirazına gelince;

a) Türkiye Kano Federasyonu Yönetim Kurulu Üyesi .. hakkında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 34. maddesi uyarınca tayin olunan 3 ay hak mahrumiyeti cezası ile ilgili olarak aynı yönetmeliğin 25. maddesi uyarınca taksiri indirim uygulandığı kabul edilmiş olup; bu cezaya ilişkin yerinde görülmeyen itirazın REDDİNE,

b) ... hakkında Bağımsız Spor Federasyonları mevzuatına kasten aykırı davranmaktan ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiş ise de;

... 'nun;

17.07.2010 tarihli Yönetim Kurulu toplantısına katılıp imza attığı karar ile Federasyon faaliyet programı gereğince 22.07.2010-24.07.2010 tarihleri arasında Artvin Yusufeli'nde yapılan Kano Slalom Yarışları akabinde 24.07.2010-02.08.2010 tarihleri arasında Milli Takım Eğitim Kampı açılmasına karar verilen yarışmalara Yönetim Kurulu Üyesi sıfatıyla katılıp, bu sıfatla yolluk ve harcırahı aldığı, yarışmalara Yeşil Rizem Spor Kulübü yöneticisi sıfatıyla katıldığını beyan ettiği, daha önceden kendilerine ulaştırılan yarışma bülteninde de anılan kampın toplanacağından söz edildiği, yarışlardan sonra yapılan değerlendirme toplantısına katıldığı ve kampa çağrılan sporcuları öğrendiği, ancak sporcuların kampa katılmamalarını sağladığının Rize İl Müdürlüğüne hitaben yazdığı 28.07.2010 tarihli yazı ile de belli olduğu, böylece Türkiye Kano Federasyonu Sporcu Kamp ve Eğitim Talimatının 6. maddesine aykırı hareket ederek, Gençlik ve Spor Bakanlığı Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 32. maddesinin ek fıkrası hükmü uyarınca cezalandırılması gerektiği anlaşıldığından Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunun 20.12.2011 tarih ve 2011/14-15 E.K. sayılı kararı ile **bu konuda verilen ceza tayinine yer olmadığına ilişkin kararın KALDIRILMASINA, ...'nun eylemine uyan Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 32. maddesinin ek fıkrası hükmü uyarınca taksiren altı ay süre ile hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına,**

Aynı Yönetmeliğin 27. maddesi uyarınca cezaların toplanması ile sonuç olarak Hamza Şafak TATOĞLU'nun DOKUZ AY SÜRE İLE HAK MAHRUMİYETİ CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, infazın buna göre yapılmasına, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Kano Federasyonu Başkanlığına ve Genel Müdürlük Makamına gönderilmesine, 01 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2011/145- 2012/021sayılı kararı)**

2. Tahkim Kurullarına başvuru süresi

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na başvuru süresi Yönetmeliğin 8/4. maddesinde, on gün olarak belirlenmiştir. Bu on günlük süre, federasyon yönetim kurulu kararı ile disiplin veya ceza kurulu kararının yazılı bildirimini takip eden günden itibaren başlar.¹³ O halde federasyon yönetim kurulu ile disiplin veya ceza kurulu kararları, ilgiliye yazılı olarak bildirilmedikçe, hat-ta sözlü olarak bildirilmiş olsa bile, bu süre başlamayacaktır. Kanaatimizce başvuru süresini başlatan, gerekçeli yönetim kurulu veya disiplin veya ceza kurulu kararıdır, kısa kararın bildirilmesi bu süreyi başlatmayacaktır.

Bu 10 günlük sürenin geçip geçmediği, dilekçenin Kurula verilmesi tarihine göre belirlenir, ancak dilekçe iadeli taahhütlü olarak posta ile gönderilmiş ise, Yönetmeliğin 8/3. maddesine göre başvurunun postaya verilmiş tarihi başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Bildirimden itibaren 10 günlük süre geçtikten sonra yapılan başvurular Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu tarafından süre yönünden reddedilmektedir.¹⁴

¹³ İtiraza konu Merkez Ceza Kurulunun 29.09.2012 tarih ve 2011/010-010 sayılı kararının PTT Genel Müdürlüğü, Manisa PTT Merkez Müdürlüğü'nün 15.02.2012 tarihli yazısı ile 03.10.2011 tarihinde itiraz edenin çalışanı **Kerem imzasına teslim edilerek tebliğ işleminin yerine getirildiği bu tarih itibarı ile de karara itiraz tarihi olan 04.02.2012 tarihinde Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 8/4. Maddesinde öngörülen 10 günlük başvuru süresinin geçmiş bulunduğu anlaşıldığından, süresinden sonra yapılan itirazın REDDİ ile, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irat kaydına, Kararın ilgililere tebliği ile Türkiye Sutopu Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine 22 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.((**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/027- 2012/045 sayılı kararı**))**

¹⁴ **İTİRAZ KONUSU:** Türkiye Yüzme Federasyonu Yönetim Kurulunun 25.12.2010 tarihli Kararının 4 maddesinde yer alan ; "...Milli Sporcu ..'nun imzalamış olduğu destek sözleşmesinin 2. maddesinin (a) ve (e) bendine, 6. maddesinin (c) ve (h) bendine, 8. maddesini (a) ve (c) bendine aykırı davranışlarda bulunduğu tespit edildiği, bu tespitler doğrultusunda eylemleri nedeniyle ...'nun Disiplin Kuruluna sevk edildiği, sözleşmenin 2. maddesinin (c) ve 6. maddesinin (p) bendi hükümlerine göre desteğin %50 indirilerek 5.000 USD (Amerikan Doları)'na düşürülmesine idari olarak işleme alınmasına ve sözleşmeye aykırılığın devamı halinde sözleşmenin feshi ve yasal prosedürlerin uygulanmasına, Dünya Şampiyonasıyla ilgili olarak ..'nun bilet iptalleri ve konaklama için yapılan fazla ödemelerin kendisinden tahsil edilmesine," karar verilerek, 25.01.2011 tarihli ihbarname ile 07.01.2011 tarihi itibarı ile sözleşmenin fesh edildiği bildirildikten sonra Türkiye Yüzme Federasyonu Disiplin Kurulunun 29 Ekim 2011 tarih ve 2011/1-1 E.K. sayılı kararı

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru süresi ise 5894 sayılı Kanun'un 6/2 ve Talimatın 7. maddesine göre 7 gündür. Bu yedi günlük süre, TFF talimatlarının yayımından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren yedi gündür." Bu iki maddeden anlaşılacağına göre, başvuru süresi eğer ortada TFF tarafından yapılmış bir talimat bulunmakta ise başvuru süresi bu talimatın yayımını takip eden günden itibaren başlayacak, eğer ortada bir karar söz konusu ise bu kararın ilgiliye tebliğini takip eden günden itibaren başvuru süresi başlayacaktır. Bu 7 günlük süre geçtikten sonra başvuru yapılmışsa, başvurunun reddine karar verilir.

3. Tahkim Kurullarına başvuru harcı

Hem Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na hem de Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru harca tabidir. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na başvuru ücreti Yönetmeliğin 9/2. maddesine göre sporcular için (2000) gösterge, diğer başvurularda ise (4000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan tutardır.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru ücreti, uyuşmazlığın parasal bir değerinin olup olmamasına göre farklılık arzeder. Talimatın 21. maddesine göre, parasal uyuşmazlıklarda dava konusunun değeri üzerinden % 2 oranında nispi başvuru ücreti ile birlikte maktu başvuru ücreti, uyuşmazlığın parasal bir değerinin bulunmaması halinde ise sadece maktu başvuru ücreti

ile; "kovuşturmaya yer olmadığına ve dosyanın işlemde kaldırılmamasına" karar verildiği; sporcu Vekilleri tarafından 03.01.2012 tarihli dilekçe ile 25.12.2010 tarihli Yönetim Kurulu kararına ve sözleşmenin feshine karşı Kurulumuza yapılan itiraz nedeniyle soruşturma tamamlandıktan sonra dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi, belgeler, Yönetim Kurulu Kararları, savunma ve ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

İtiraz konu Yönetim Kurulu kararının 01.02.2011 tarihinde, sözleşmenin feshinin ise **25.01.2011 tarihinde sporcuya tebliğ edildiği, Kurulumuza itirazın ise 03.01.2012 tarihinde yapıldığı, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinde öngörülen 10 günlük sürenin geçmiş olduğu anlaşıldığından**, süresinden sonra yapılan itirazın 3289 sayılı Yasanın Değişik Ek 9-A maddesi uyarınca REDDİNE, başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irat kaydına, kararın ilgililere tebliğ ile Türkiye Yüzme Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine,

01 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/004 - 2012/026 sayılı kararı)**

başvurandan alınır. Maktu başvuru ücretleri her sezon başında Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından belirlenir.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na başvuru sahibi başvuru ücretini peşin olarak yatırmak ve makbuzunu başvuru dilekçesine eklemek zorundadır. Ancak başvuru sahibi dilekçe ile başvurmasına karşın, başvuru ücretini ödememiş ise, ödeme yapıp makbuzunu ibraz edinceye kadar dilekçesi işleme konulmaz. Başvurunun yapılmış sayıldığı tarihten itibaren beş gün içerisinde başvuru sahibi başvuru ücretini yatırıp aynı sürede makbuzunu ibraz etmediği takdirde başvuru yapılmamış sayılır.¹⁵ Kanaatimizde başvurucu kendisine kararın tebliğinden itibaren 2. günü başvuruyu yapmış, ancak ücreti yatırmamış ise, bu durumda başvuru süresinin sonuna kadar ücreti yatırıp makbuzu ibraz etmesi beklenmelidir, çünkü bu durumda başvuru süresi henüz bitmeden makbuzu ibraz eder ise, başvurusu işleme konulacaktır.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru ücretinin yatırılması hususuna gelince, bu durum Talimatın 7. maddesinde hiçbir istisnaya yer vermeyecek biçimde düzenlenmiştir. Buna göre *“başvuru veya itirazlar, kararın yazılı bildirimini veya yazılı bildirim hükmündeki duyuruyu izleyen yedi gün içinde harcı yatırılmak suretiyle gerçekleştirilmek zorundadır.”* Bu açık hükme göre, başvuran kimse, kendisine bildirim yapıldığı veya duyurunun internet sitesine konulduğu tarihten itibaren 7 günlük sürede başvuru ücretini de ödemek zorundadır. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu yönünden başvuru ücreti ile ilgili başvuru süresinden sonra işleyen bir ek süre bulunmamaktadır. Talimatın 6/3. maddesine göre başvuru sahibi, başvuru harcını yatırmak ve makbuzunu dilekçesine eklemek zorundadır, harcı yatırılmamış başvurular reddedilir.

Başvuru ücretleri Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu için Genel Müdürlüğün banka hesabına yatırılır iken Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim

¹⁵ Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 9. maddesi uyarınca başvuru sahibinin **beş gün içinde başvuru ücretinin yatırıldığına dair makbuz ibraz etmesi gerekirken**, bu güne kadar istenilen şartın yerine getirilmediği anlaşıldığından; Yönetmeliğin aynı maddesi uyarınca **İTİRAZIN YAPILMAMIŞ SAYILMASINA**, kararın ilgiliye tebliğine, 15 Mart 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/039-2012/059 sayılı kararı)**

Kurulu için ise Federasyonun banka hesabına yatırılır.

4. Tahkim Kurullarına başvurunun etkisi

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kuruluna başvurulması, verilen kararın icra ve infazını durdurmaz. Ancak; Kurul ivedi ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ve itiraz konusu kararda hukuka açıkça aykırılık bulunması halinde ilgilinin talepte bulunması koşuluyla, başvuru veya ve yargılamanın seyrini dikkate alarak, icra veya infazın durdurulmasına karar verebilir. Kurul, haklı ve zorunlu nedenlerin bulunması halinde ihtilafla doğrudan ilgili konularda herhangi bir başvuru olmadan da, kendiliğinden icra ve infazın durdurulması kararı verebilir.

Talimatın 20. maddesine göre aksine düzenleme bulunmayan durumlarda, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru yapılması icra ve infazı durdurmaz. Bununla birlikte Kurul, ilgilinin talepte bulunması koşuluyla, başvuru veya itiraz konusu kararın açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi imkânsız zararlar doğurmasının kuvvetle muhtemel bulunması hallerinde yargılamanın seyrini dikkate alarak kararın yerine getirilmesinin durdurulmasına karar verebilir.

VI. TAHKİM KURULLARININ BAŞVURUYU İNCELEMESİ

1. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu yönünden

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu kendisine intikal eden dilekçeleri, dosya kabul defterine takvim senesine göre vereceği esas numarası karşılığındaki haneye; davacısı, davalısı, davanın konusu, kararın kabul, ret veya mercii atlaması gibi açıklamalar ile kaydeder. Dosya kayıt defterine yapılacak kayıtlardan koordinatör sorumludur.

Başvuru dilekçeleri, Kurul evrakına kayıt sırasına göre ve varsa ivedilik durumları da dikkate alınarak, Kurul tarafından incelenir.

Başkanın uygun görmesi halinde bir üye dosyayı; görev, merci atlanması,¹⁶

¹⁶ İTİRAZ KONUSU: 12-18 Eylül 2011 tarihleri arasında düzenlenen 10. Uluslar arası İstanbul Satranç Festivali'nde yarışmadan önce ve yarışma sırasında ..'in sporcular ile olan

ehliyet, menfaat, süre aşımı konularında ve esastan inceleyerek görüşünü en geç beş gün içinde bildirir.

Yapılan inceleme sonucu başvuruda biçimsel eksiklikler bulunması halinde, dilekçe, noksanlıkların tamamlanması için iade olunur. Bu işlemi izleyen beş gün içinde iadenin gereği yerine getirilmez ise, başvuru veya başvurular reddolunur.

Bu incelemede Kurul, merci atlandığını görür ise dilekçeyi gerekli işlem için ilgili yere gönderir ve başvuru sahibine de bildirimde bulunur. Örneğin, federasyonun bir kurulu tarafından bir karar verildiğinde, bu karara karşı öncelikle Federasyon Yönetim Kuruluna başvurulması gerekir, bu şekilde bir başvuru olmadan ilgili doğrudan Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na başvuruda bulunmuş ise, dosya Yönetim Kurulu tarafından bir karar verilmesi ve bu karara itiraz olması halinde dosyanın Kurula gönderilmesi için Federasyon'a gönderilir.

ilişkilerinde kaba, çirkin ve küçük düşürücü söz sarf ettiği gerekçesiyle Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Kurulunun 03.12.2011 tarihli ve 52/6 sayılı kararı ile Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Talimatının Cezalar Bölümünün 24. maddesi uyarınca üç ay hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olup, bu karara karşı ... tarafından kararın kaldırılması talebiyle Kurulumuza 15.12.2011 tarihli dilekçe ile yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri ile birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Olayın meydana geldiği müsabaka sırasında başhakem olarak görev yaptığı anlaşılan Simten KAMBER hakkında Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Talimatının 18. maddesinin; "a) Hakemlerin eylemleri, önce Merkez Hakem Kurulunca incelenir ve düzenlenen rapor Federasyon Başkanlığına sunulur,

b) Bu talimat kapsamında il yarışmalarda görevli hakemler hakkındaki sevk işlemleri için inceleme ve sevk başvurusu ilgili il hakem kurulunun önerisi, itiraz, ihbar veya başka yollar ile ulaşacak bildirimler üzerine Merkez Hakem Kurulunca yapılır,

c) Disiplin Kuruluna sevk yazılarında olayın özeti, tarihi, yarışmanın çeşidi, cezalandırılması istenen kişi veya kulüplerin isimleri, gerekçeler, tanıklar, belge ve diğer bilgiler belirtilir." Hükümü uyarınca gerekli işlemler yapıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde ceza tayini yoluna gidilmesi mevzuat hükümlerine aykırı bulunduğundan öncelikle bu nedenlerle yerinde görülen itirazın Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca KABULÜ ile, itiraz konusu Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Kurulunun 03.12.2011 tarihli ve 52/6 sayılı kararının KALDIRILMASINA, aynı Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca başvuru ücretinin iadesine, Kararın ilgililere tebliği ile kararda belirtildiği şekilde işlem yapılmak üzere Türkiye Satranç Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 04 Ocak 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2011/141-2012/004 sayılı kararı)**

İlk incelemede herhangi bir aykırılık görülmemesi halinde veya biçimsel eksikliklerin giderilmesi üzerine, dilekçe, karşı tarafa ve ihbarı gerekli görülen diğer kişilere gönderilir.

Karşı taraf kendisine gelen dilekçe ile ilgili cevap verecekse, kendisine dilekçenin gelmesinden itibaren en geç on gün içinde cevap dilekçesini vermek zorundadır. Dilekçede, maddî ve hukukî açıklamalar ile deliller ve talepler yer alabilir ve varsa ilgili belgeler eklenebilir. Karşı taraftan gelen dilekçeler, yeni delil içermekte ise, başvurana bildirilmelidir, bildirilmemesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde sayılacaktır.

Tamamlanan dosya, varsa üyenin düşüncesi veya bilirkişi raporu ile birlikte Kurula sevk edilir.

Kurul, incelemesini evrak üzerinde yapar. Ancak gerek görürse, bilgi ve belge istenmesine, başkaca inceleme işlemlerinin yapılmasına ve dosya kapsamı ile sınırlı kalmak koşuluyla, sözlü açıklamaların dinlenmesine de karar verebilir. Burada sözlü açıklamayı, Kurul kendisi isteyebileceği gibi, başvuranın veya cevap verenin talebi üzerine de bu konuda karar verebilir. Kurul isterse tanık da dinleyebilir.¹⁷

¹⁷ **İTİRAZ KONUSU:** Türkiye ... Federasyonunun olay tarihindeki Genel Sekreteri olan ve aynı zamanda antrenörlük belgesi bulunan Ahmet ..'nin Türkiye ... Federasyonu hakkında gazete ve televizyonlarda gerçek dışı beyanda bulunma, karar defterinde tahrifat yapma, başkanın kapısını zorlayarak açma eylemleri nedeniyle Türkiye .. Federasyonu Disiplin Kurulunun 24.02.2012 tarih ve 2012/08 sayılı kararı ile;

a) Federasyon Başkanının kapısının izinsiz bir şekilde zorlanarak açılması eylemi nedeniyle Türkiye .. Federasyonu Disiplin Talimatının 22. maddesi uyarınca 9 ay hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına,

b) Yönetim Kurulu Karar defterinde değişiklik ve karalama yaptırması eylemi nedeniyle Türkiye .. Federasyonu Disiplin Talimatının 31/2 maddesi delaletiyle 15/1 maddesi uyarınca 2 yıl hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına,

c) Federasyon ve federasyon yetkililerine karşı gazete ve televizyonlarda gerçek dışı beyanda bulunma Türkiye ... Federasyonu Disiplin Talimatının 11/1 maddesi uyarınca 9 ay hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına,

Neticeten toplam olarak 2 yıl 18 ay hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olup, bu karara karşı adı geçen tarafından 13.03.2012 tarihli dilekçe ile Kurulumuza yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, canlı yayın görüntü kayıtlarına ilişkin CD, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Olayın etraflıca aydınlatılması ve gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çı-

Federasyon disiplin veya ceza kurullarının kararlarına karşı yapılan itirazlarda taraf teşekkül ettirilmeyebilir. Bu husus tamamen Kurulun taktirine bağlıdır.

2. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu yönünden

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na başvuru dilekçeleri kural olarak, kayıt sıralarına göre incelenir. Bununla birlikte Kurul, önemini dikkate alarak bir uyuşmazlığın öncelikle incelenmesine karar verebilir.

Başvuru dilekçeleri Başkan veya Raportör ya da Başkan tarafından görevlendirilecek üye tarafından incelenir.

Başvuruda şekle ilişkin eksikliklerin bulunması halinde dilekçe, eksikliklerinin tamamlanması için başvuru sahibine iade edilir. Eksikliklerin başvuru sahibine bildirilmesinden itibaren beş gün içinde tamamlanması zorunludur. Eksiklikleri bu süre içerisinde tamamlanmayan başvurular yapılmamış sayılır.

Herhangi bir şekli eksikliği olmayan başvurular, görev, merci atlaması,¹⁸

karılması bakımından ayrıca savunmaya da ilişkin bulunduğu itiraz eden vekilin dilekçesinde isimlerini bildirdiği tanıkların beyanları alınmak üzere Kurulumuza başvurularının sağlanması için Türkiye Güreş Federasyonu Başkanlığına yazı yazılmasına, dilekçede belirtilen hususların daha sonra değerlendirilmesine, kararın gereği için Türkiye ... Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 29 Mart 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/047-2012/076 sayılı kararı)**

Olayın etraflıca aydınlatılması gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması bakımından itiraz eden Başkent Gençlik Spor Kulübünün 24.02.2012 tarihli başvuru dilekçesinde belirttiği gibi "uzatma periyodu başlamadan hatayı fark ederek maçın başhakemini uyardıkları ancak başhakemin bu uyarılarını dikkate almayarak oyunu yanlış şekilde başlattığı bunda rakip takıma avantaj sağlandığı" yönündeki beyanlarının belirlenmesi yönünde bu konuda müsabakanın başhakemi ve diğer ilgililerin beyanlarının alınmasından sonra sonucuna göre itirazla ilgili bir değerlendirme yapılmasına, kararın gereğinin yerine getirilmesi için Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine ve ilgili kulübe bildirilmesine,

29 Mart 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012 /038-2012/074 sayılı kararı)**

¹⁸ P. Dalış Merkezi Metin .. adına vekili Avukat .. tarafından 26.02.2012 tarihinde Fethiye Aziz Ağa Koyu Üç Tüneller Mevkiinde meydana gelen ve Bozkurt ...'nın ölümü ile sonuçlanan kaza ile ilgili olarak Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Başkanlığı tarafından Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Disiplin Talimatının 41. ve 43. Maddeleri uyarınca verilen tedbir kararına karşı Kurulumuza itirazda bulunulmuş ise de Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Disiplin Talimatının 59. Maddesinin 2. nolu fıkrasının "Federasyon ve kurulla-

ehliyet, harç, menfaat ve süre bakımından incelenir ve bu konudaki tespit başvuru tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde Kurul'a bildirilir.

Yapılan ilk incelemede dosyada herhangi bir eksiklik tespit edilmişse başvurunun reddine karar verilir.

Ancak yapılan inceleme sonucu merci atlandığı anlaşılır ise, dilekçe, işlem için yetkili mercie gönderilir ve durum başvuru sahibine bildirilir.

İlk incelemenin tamamlanması üzerine dilekçe, karşı tarafa ve ihbarı gerekli görülen diğer kişilere tebliğ edilir. Karşı taraf dilekçeyi cevaplayacak ise, cevabını dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren en geç yedi gün içinde Kurul'a göndermek zorundadır. Cevap dilekçesi, karşı taraf sayısından bir fazla sayıda hazırlanmak suretiyle Kurula gönderilir. Cevap dilekçesinde, açıklamalar, maddi vakıalar, delilleri ile herhangi bir talep var ise bu talep yer alır. Varsa deliller ve diğer belgeler dilekçe ekinde Kurul'a sunulur.

Futbol Disiplin Kurullarının kararlarına karşı yapılan itirazlarda taraf teşkili sağlanmayabilir.

Karşı taraftan gelen dilekçeler, yeni delil içermekte ise, başvurana bildirilmelidir, bildirilmemesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde sayılacaktır.

Dilekçelerin teatisi üzerine tamamlanan dosya, incelemeyi yapan üyenin esas hakkındaki düşüncesi ile birlikte Kurul'a sunulur.

Kurul, incelemesini kural olarak dosya üzerinde yapar. Bununla birlikte Kurul, gerekli görürse bilgi ve belge istenmesine, tarafların veya tanığın dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması gibi sair incelemeye ve yargılamanın duruşmalı yapılmasına karar verebilir. Kurul gerektiğinde duruşmanın gizli yapılmasına da hükmedebilir.

rın uygulamalarından doğan itilaflar karşısında kişi veya kulüpler anlaşmazlıkların çözümü için öncelikle Disiplin Kuruluna başvurabilirler” hükmü uyarınca konu ile ilgili olarak öncelikle Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Disiplin Kuruluna başvurulması gerektiğinden, Kurulumuzca bu aşama bir karar verilmesine yer olmadığına bu hususun ilgililere tebliği ile gereği için dosyanın Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 05 Nisan 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. **(Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/060- 2012/077 sayılı kararı)**

VII. TAHKİM KURULLARININ KARAR VERMESİ

3289 sayılı Yasanın Ek 9/A maddesinin sekizinci fıkrasına göre Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu kararlarını; kanun, ulusal ve uluslararası federasyonların kuralları, kanunların usule ilişkin hükümleri ile dosya münderecatı, tanık beyanları, bilirkişi incelemesi ve her türlü delile göre adalet ve nasafet esasları dairesinde tesis eder.

Burada üzerinde durulması gereken ilk husus, kanunların usule ilişkin hükümlerinden ne anlaşılması gerektiğidir. 3289 sayılı Yasanın Ek 9. maddesinin onuncu fıkrasına göre, “Taraflar, kararın tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde verilen karara karşı karar düzeltme yoluna başvurabilirler. 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kararların açıklanması, maddî hataların düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi halleri dışında Kurul aynı konuda tekrar karar veremez.” hükmü yer almaktadır. Bu durumda Tahkim Kurulu işlemlerinde 3289 sayılı Yasada ve Yönetmelikte hüküm bulunmadığı hallerde kıyas yoluyla sanki 6100 sayılı HMK uygulanacak gibi bir anlam çıkmaktadır, ki Kanun düzenlemesi de öyledir. Ancak bizim kanaatimize göre, Tahkim Kurulu’nun özellikle disipline ilişkin işlemleri, hak ihlalinin yargılanması ile ilgili olduğundan bu durumda 5271 sayılı CMK’ya göre yapılması gerekir. Kanun’un bir üst fıkrasında “kanunların usule ilişkin hükümleri” ibarelerinden de bunu çıkarmak ve hükmü böyle anlamak mümkündür. Bu konuda Talimatnamenin 18. Maddesinde “*Tahkim Kurulu, işbu talimatta zikredilen usul kurallarının yanı sıra yargılamaya ilişkin diğer mevzuatın bu talimata aykırı olmayan hükümlerini de uygular*” biçimindeki hüküm, yargılamanın özelliğine göre, hem 6100 sayılı HMK’nın hem de 5271 sayılı CMK’nın uygulanmasına olanak verecek şekilde kaleme alınmıştır.

Tahkim Kurullarında da, lehe kanun uygulaması, aleyhe bozma yasağı,-¹⁹kararların gerekçeli olması,gerekçesiz olarak aşacağı haddin üzerinde ceza ta-

¹⁹ Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, savunma, ilgili mevzuat hükümleri, birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Uygulanan Türkiye Basketbol Federasyonu Disiplin Yönergesinin 19.maddesinde “işlenen suçun ağırlığına göre ihtar veya hak mahrumiyeti veya yarışmalardan men cezası ile birlikte para cezası” öngörüldüğü **gözetilmeden yalnız para cezası tayin edilmiş olması itiraz edenin sıfatına göre kararın bozulması nedeni sayılmamıştır.**

yin etmeme,²⁰ dava açılmayan eylemden dolayı ceza vermeme²¹.... gibi bir

T...Basketbol Kulübü Baş Antrenörü ..'in daha önce de benzer eylemi nedeniyle, Türkiye Basketbol Federasyonu Disiplin Kurulunun 10.02.2012 tarih ve 99 sayılı Kararı ile ihtar cezası ile cezalandırıldığı da gözetildiğinde, itiraza konu Türkiye Basketbol Federasyonu Disiplin Kurulunun 23.03.2012 tarih ve 153 sayılı kararında yukarıdaki eleştiri dışında mevzuat hükümlerine aykırı bir yön bulunmadığı anlaşıldığından, yerinde görülme- yen itirazın REDDİNE, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irat kaydına, Kararın ilgiliye tebliği ile Türkiye Basketbol Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine,12 Nisan 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/ 062-2012/081 sayılı kararı**)

²⁰ Yerinde görülme- yen sair itirazların reddine, ancak; Türkiye Buz Hokeyi Federasyonu Disiplin Talimatının 11. maddesinin 5 numaralı bendi uyarınca, ceza tayin edilirken, eylemin birden fazla kişi tarafından işlendiği de gözetildiğinde, mevzuata uygun **gereğe gösterilmeden yazılı şekilde asgari had olan 4 ayın üzerinde cezaya hükmedilmesi** mevzuat hükümlerine aykırı bulunduğundan Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca itirazın bu yönden KABULÜ ile, Türkiye Buz Hokeyi Federasyonu Disiplin Kurulunun 30.12.2011 tarih ve 2011/9-12 E.K. sayılı Kararı ile Sporcular .. hakkında tayin olunan 5 ay yarışmalardan men cezası asgari hadde indirilerek, 4'er ay yarışmalardan men cezası ile cezalandırılmalarına, takdiri indirim nedeni ile bu cezalardan bir ay indirim yapılarak sonuçta 3 ay yarışmalardan men cezası ile cezalandırılmalarına, kararın diğer kısımlarının aynen bırakılmasına, infazın buna göre yapılmasına, aynı Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca başvuru ücretinin iadesine, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Buz Hokeyi Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine,

06 Mart 2012 tarihinde katılanların oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2012/028- 2012/058 sayılı kararı**)

²¹ **İTİRAZ KONUSU:** 03-10 Temmuz 2011 tarihleri arasında Konya'da icra edilen Kulüpler Satranç Şampiyonası'nda Beyazkale Satranç Kulübü Yöneticisi Erkal BÜYÜKAŞIK'ın Türkiye Satranç Federasyonu yarışmasının iyi bir şekilde başlamasına, devamına veya tamamlanmasına engel olmaya çalıştığı gerekçesiyle Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Kurulunun 03.12.2011 tarihli ve 52/3 sayılı kararı ile Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Talimatının Cezalar Bölümünün 15. maddesi uyarınca üç ay hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olup, Satranç Federasyonu Başkanı .. vekilleri Avukat ... tarafından sürekli hak mahrumiyeti cezası verilmesi, mümkün olmadığı takdirde üst haddен ceza tayin edilmesi talebiyle Kurulumuza 16.08.2011 tarihli dilekçe ile yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri ile birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Her ne kadar Türkiye Satranç Federasyonu Başkanı tarafından Federasyon Disiplin Kurulunun .. hakkındaki kararına karşı aleyhe itirazda bulunulmuş ise de; B... Satranç Kulübü Yöneticisi, sporcu ve antrenörü ..'ın **Türkiye Satranç Federasyonu Başkanlığının 08.07.2011 tarihli yazısı ile yalnız 03-10.07.2011 tarihleri arasında Konya'da yapılan Türkiye Kulüpler Satranç Şampiyonasındaki davranışları ile ilgili olarak Disiplin Kuruluna sevk edildiği de gözetildiğinde**, Türkiye Satranç Federasyonu Disiplin Kurulunun 03.12.2011 tarihli ve 52/3 sayılı kararına karşı yapılan itiraz yerinde görülmediğinden, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca REDDİNE, aynı Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irad kaydına, Kararın ilgiliye tebliği ile Türkiye Satranç Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 04 Ocak 2012 tari-

kısım ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kuralları uygulanmaktadır.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu zorunlu haller dışında sportif faaliyetlere ilişkin iş ve işlemlerde en geç on iş günü, diğer hususlarda ise en geç üç ay içerisinde kararını verir. Çünkü sportif faaliyetler, ivedi işlemlerdir, bir maçta olan bir olayın, diğer maça kadar sonuçlanmaması durumunda eylem yaptırımsız kalabilecektir. Veya ona göre puan durumu belirlenip, bu belirlemeye de sonuç bağlanacağından, daha sonra Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar sıkıntılı durumların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Bu nedenle Kanunkoyucu, Tahkim Kurulunun bir an evvel karar vermesini istemiştir.

Her iki Kurul için de görüşmeleri Başkan yönetir, inceleme ve değerlendirmelerin sonrasında Kurul üyeleri arasında soyadı sırasına göre oylama yapılır. Başkan, oyunu en son verir. Kararlar, toplantıda hazır bulunan üyelerin oy çokluğu ile alınır. Oyların eşitliği halinde Başkanın oyu belirleyicidir.

Oy kullanmak zorunlu olup çekimser kalmamaz. Oy kullanmayan üye toplantıya mazeretsiz olarak katılmamış sayılır.

Kurul; itirazın reddine, kabulüne veya itiraz konusu kararın değiştirilerek karara bağlanmasına (düzelterek onanmasına)²² hükmedebilir. Bu durumda

hinde katılanların oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun 2011/139- 2012/005 sayılı kararı**)

²² **İTİRAZ KONUSU:** 24.09.2011 tarihinde İzmir'de düzenlenen Bölge Kupası 2.Ayak yarışı sonrasında karada, Karşıyaka yelken Kulübü Sporcusu Emir . 'in yarışan sporculardan Murat . 'e hakarete bulunması ve yumruklaması nedeniyle Disiplin Kurulunun 11.01.2012 tarih ve 2011/3 sayılı kararı ile; "Disiplin Suçları ve Cezaları Talimatının 8. ve 15. maddeleri uyarınca 2 (iki) yıl hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına, ayrıca savunmasında Türkiye Yelken Federasyonu Disiplin Kuruluna karşı kullandığı ifade ve tarz ile ilgili olarak "kurul ve kişilere karşı çirkin veya nazik olmayan şekilde hareket eden" sıfatıyla aynı talimatın 5. maddesi uyarınca ihtar ile cezalandırılmasına" karar verilmiş olup, söz konusu karara karşı Emir tarafından 18.01.2012 tarihli dilekçe ile Kurulumuza itirazda bulunulması nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine ancak; tüm dosya kapsamı ve itiraz edenin samimi beyanları karşısında **eylemin tahrir sonucu meydana geldiği anlaşıldığından**; Türkiye Yelken Federasyonu Disiplin Suçları ve Cezaları Talimatının 31. maddesi uyarınca cezada indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi mevzuat hükümlerine aykırı bulunduğundan, Tahkim Kurulu Yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca itirazın bu yönden KABULÜ ile, Tür-

Tahkim Kurulları bazen hükmü yeniden kurdukları da olmaktadır.²³

kiye Yelken Federasyonu Disiplin Kurulu tarafından Disiplin Suçları ve Cezaları Talimatının 8. ve 15. maddeleri uyarınca tayin olunan “**2 (iki) yıl hak mahrumiyeti cezasının**” aynı talimatın **31. maddesi uyarınca tahrir nedeniyle taktiren ½ oranında indirilmesine, sonuç olarak Emir .’in 1 (BİR) YIL HAK MAHRUMİYETİ CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irat kaydına, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Yelken Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine 15 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu’nun 2012/015-2012/042 sayılı kararı**)

İTİRAZ KONUSU: 27 – 28 Ekim 2010 tarihli Habertürk Gazetesinde yayımlanan ve Federasyon Genel Sekreteri Mehmet .. tarafından söylendiği öne sürülen “sağlam kadınlar sizi boynuzlar” ve “terbiye özürü” başlıklı haberin kaynağının salsabasket.blogspot.com isimli internet sitesindeki Antrenör Remzi Sedat İNCESU’nun açıklamaları olduğu gerekçesiyle Türkiye Bedensel Engelliler Spor Federasyonu Disiplin Kurulunun 31.01.2012 tarih ve 2011/7-2012/4 E.K. sayılı kararı ile; Antrenör Remzi .. hakkında “sportmenliğe ve spor ahlakına aykırı hareket” suçundan; Türkiye Bedensel Engelliler Spor Federasyonu Disiplin Yönergesinin 10.2 maddesi uyarınca ve eylemin internet ve yazılı ve görsel basın kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi göz önüne alınarak, taktiren asgari haddenden uzaklaşım suretiyle 2 (iki) ay hak mahrumiyeti cezası ve 750 TL para cezası ile cezalandırılmasına, olayın faal sezon içinde ilk eylemi olması nedeniyle Yönergenin 9 (c) maddesi uyarınca 1/3 oranında taktiren indirim yapılmasına, neticeten 1 (bir) ay 10 (on) gün hak mahrumiyeti ve 500 TL para cezası ile cezalandırılmasına, süreli hak mahrumiyeti cezasının Disiplin Yönergesinin 23.A-b maddesi uyarınca, 5 (beş) resmi maç hak mahrumiyeti cezasına dönüştürülmesine karar verilmiş olup, söz konusu kararın kaldırılması talebiyle Antrenör Remzi adına Vekili Avukat ve GS Spor Kulübü Derneği adına vekili Av. tarafından 06.02.2012 tarihli dilekçe ile Kurulumuza yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosyada bulunan bilgi ve belgeler, ilgili Disiplin Kurulu Kararı ile savunma birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Yerinde görülmeyen itirazların reddine ancak, tayin olunan hak mahrumiyeti cezasının Disiplin Yönergesinin 23.a-b maddesine yanlış anlam verilerek 5 (beş) resmi maç hak mahrumiyeti cezasına çevrilmesi mevzuat hükümlerine aykırı bulunduğundan Türkiye Bedensel Engelliler Spor Federasyonu Disiplin Kurulu kararı ile sonuç olarak tayin olunan 5 (beş) resmi maç hak mahrumiyeti cezasının KALDIRILMASINA, Remzi .’nin sonuç olarak 1 (BİR) AY 10 (ON) GÜN HAK MAHRUMİYETİ CEZASI VE 500 TL PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, infazın buna göre yapılmasına, başvuru ücretinin Genel Müdürlük bütçesine irat kaydına, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Bedensel Engelliler Spor Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 15 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (**Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu’nun 2012/022-2012/043 sayılı kararı**)

²³ **İTİRAZ KONUSU:** 24.12.2011 tarihinde Yalova’da yapılan Kadınlar 1. Güreş Ligi müsabakalarında 67 Kg. müsabakası esnasında Sporcu ..’nin rakibine kafa atarak olayların başlamasına sebebiyet vermesi nedeniyle; Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Kurulunun 13.01.2012 tarih ve 2012/04 sayılı kararı ile Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Talimatının 8/2 maddesi uyarınca “Onur kırıcı, spor etiğine ve centilmenliğe aykırı harekette bulunmak” eyleminden 6 (altı) ay süre ile hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olup, bu karara karşı adı geçen tarafından 14.02.2012 tarihli dilekçe ile Kurulumuza yapılan itiraz nedeniyle dosya ele alınıp incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Kararlar tıpkı mahkeme kararları gibi mutlaka gerekçeli olur. Varsa muhafefet şerhleri de karara eklenir.

Ancak gerekçenin hemen yazılmadığı durumlarda, kısa karar, ilgiliye ve federasyon başkanlığına faks ve internet üzerinden derhal bildirilir ve federasyon ile ilgililer tarafından uygulanmaya başlanır. Bu durumda gerekçeli karar daha sonra tebliğ olunur.

Taraflar, kararın tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde verilen karara karşı karar düzeltme yoluna başvurabilirler. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kararların açıklanması, maddî hataların düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi halleri dışında Kurul aynı konuda tekrar karar veremez.

Tahkim Kurulları tarafından verilen, bu kararlar kesindir, bu kararlara karşı adli veya idari yargıda istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamaz, bu kararların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla tespit, iptal ve tazminat davası açılmaz.

3289 sayılı Yasanın Ek 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre Tahkim Kurulu kararları, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi hükmü uyarınca ilam mahiyetinde sayılır.

Dosyada bulunan bilgi, belgeler ve ilgili mevzuat hükümleri birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde;

Dosya kapsamı, itiraz edenin savunması, 24.12.2011 tarihli olaya ilişkin tutanak içeriği itibarıyla eylemin Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Talimatının 12. maddesi kapsamında “müessir fiil” suçunu oluşturduğu ve tahrik sonucu işlendiği gözetilmeden suç niteliğinde yanılığa düşülerek Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Talimatının 8. maddesi uyarınca yarışmalardan men cezası yerine de hak mahrumiyeti cezası uygulanmak suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi mevzuata aykırı bulunduğundan, itirazın bu yönlerden kabulü ile, Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Kurulunun 13.01.2012 tarih ve 2012/04 sayılı kararı ile Disiplin Talimatının 8/2 maddesi uyarınca **taayın olunan hak mahrumiyeti cezasının KALDIRILMASINA**, güreşçi ...’nın Türkiye Güreş Federasyonu Disiplin Talimatının 12/1 maddesi uyarınca “1 (bir) yıl yarışmalardan men cezası” ile cezalandırılmasına, eylemin tahrik sonucu işlenmesi nedeniyle 33. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ceza ½ oranında indirilerek “6 (altı) ay yarışmalardan men cezası” ile cezalandırılmasına, olayın oluş şekli gözetilerek 33. maddesinin 3. fıkrası uyarınca takdiri indirim uygulanmak suretiyle ceza ½ oranında indirilerek sonuç olarak 3 (ÜÇ) AY YARIŞMALAR D A N MEN CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, infazın buna göre yapılmasına, itiraz kısmen kabul edildiğinden başvuru ücretinin iadesine, kararın ilgililere tebliği ile gereği için Türkiye Güreş Federasyonu Başkanlığına gönderilmesine, 22 Şubat 2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu’nun 2012/0292012/048 sayılı kararı)

VIII. SONUÇ VE ÖNERİLER

1- Tahkim Kurulları, sporun içindeki hukukçu kimselerin katılımı ile oluşması ve kısmen de olsa bağımsız olması yönünden faydalı kurumlardır, ancak bu Kurulların, günümüzde sporun ekonomideki ve sosyal hayattaki konumu nazara alındığında bir Üst Kurul biçiminde örgütlenmesinin ve bu Kurulda da Yüksek Mahkemelerden ve spordan gelen meslek büyüklerinin bulunmasının anılan kurulların etkinliğini artıracaklarını düşünmekteyiz.

2- Bir an evvel Sportif Ceza Kanunu oluşturulmalıdır.

Çünkü Anayasanın 13. maddesinin açık hükmüne göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” Spor da bir temel haktır, bazen çalışma hakkı olarak, bazen seyahat hürriyeti olarak, bazen de spor yapma hakkı olarak Anayasada kendini göstermiştir.

Yine Sportif Ceza Kanunu oluşturularak, Federasyonlar arasındaki suç ve cezada orantılılık esası sağlanabilir, Çünkü bazı Federasyonların Disiplin Talimatında müsabakada rakip oyuncuya hakaret için 3 ay hak mahrumiyeti cezası öngörülürken, başka Federasyonların Disiplin Talimatında aynı eyleme 2 yıl hak mahrumiyeti cezası öngörülebilmektedir.

Yine Talimatla konulan bir şeyin değiştirilmesi çok kolaydır, bu nedenle sık sık Talimat değişiklikleri yapılmakta ve bu değişikliklerin bir standardı da bulunmamaktadır, Kanunla bu hususun düzenlenmesi bu durumun da önüne geçecektir.

3- Tahkim Kurulları bu şekilde kalacaksa, özerklikleri sağlanmalı, ayrı bir bütçesi ve personeli olmalı, bağımlı olmaktan çıkarılmalıdır.

RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNDA BAZI ÖZEL DURUMLAR

Some Exceptions for Forgery of Official Documents

Nurullah TEKİN *

ÖZET

Bu çalışmada, TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik ve bu tür suçlarda ortaya çıkan bazı özel durumlar incelenecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, önce resmi belgenin tanımı, çeşitleri ve unsurları anlatılacak ardından ise, bu suçlarda görülen bazı sahtecilik halleri, örneğin, fotokopi belgelerde, yabancı resmi belgelerde, hukuken sakat belgelerde ve özellikle de elektronik belgelerde görülen sahtecilik fiilleri ayrıntılarıyla irdelenecektir. Bu yapılırken, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararlarından yararlanılacak, kendi görüşümüz de belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sahtecilik, Resmi Belge, Kamu Görevlisi, Türk Ceza Kanunu, Gereksiz Sahtecilik, E-Belgede Sahtecilik

ABSTRACT

In this study, Forgery of official documents under the Article 204 of Turkish Criminal Code and some special cases for this crime in the practice will be examined. In order to understand this subject more clearly, it will be explain the definition, types and elements of the official documents. Thereafter, some exceptional forgery for this crime such as, forgery of copy documents, foreign official documents, invalid documents and e-document, specifically will be clarified in details. In this regard, we will benefit from doctrinal ideas and adjudications and will give our thoughts on this issue.

Keywords: Forgery, Official Document, Public Official, Turkish Criminal Code, Redundant Forgery, Forgery of E-Document

◆◆◆◆

* Cumhuriyet Savcısı, Menemen Adliyesi Cumhuriyet Başsavcılığı, nurullah.tekin@adalet.gov.tr

GİRİŞ

Sahtecilik, kamunun doğruluğuna inanıp, güven duyduğu bir belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgeye eklemeler yapılması ya da tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi şeklinde tanımlanabilir. Türk Ceza Kanununun metin ve gerekçe bölümünde resmi belgenin bir tanımı yapılmamış, kavramın tanımı ve açıklanması doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Bir belgenin resmi belge niteliğini haiz olabilmesi için, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği ve kanunda öngörülen usul ve şekillere uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Resmi belge devlet bürokrasisinin üretmiş olduğu bir belgedir. Her resmi belge kendisine dayanak olan bir ön düzenlemeye dayanmaktadır.

Resmi belgede sahtecilik suçları; TCK'nın 'Kamu Güvenine Karşı Suçlar' başlığını taşıyan dördüncü bölümde 204 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak çalışma konumuz sadece 204. maddeyle ilgili olduğundan, bu madde dışında kalan maddeler inceleme konusu yapılmayacaktır.

TCK'nın 204. maddesinde; *“(1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır”* denilmektedir.

Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında sivil kişi, ikinci fıkrasında kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu hüküm altına alınmış, üçüncü fıkrada ise birinci ve ikinci fıkradaki suçların nitelikli hali düzenlenmiştir.

Resmi belgede sahtecilik suçu ile korunmak istenen hukuki yarar kamu güvenidir. Zira resmi belge ya da resmi belge hükümdeki belgeler üzerinde yapılan sahtecilik suçu, sahteciliğin yapıldığı anda oluşmaktadır. Belgelerin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgeye ekleme yapılması, tamamen veya kısmen değiştirilmesi eylemlerinin kamu güvenini sarstığı kabul edilerek suç sayılmıştır.

Resmi belgede sahtecilik suçu ve bu suça ilişkin bazı haller, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında çok tartışılan ve fikir ayrılıklarının olduğu bir suç ve durum-

dur. Bu kapsamda örneğin, bir belgenin fotokopi olup, bunun üzerinde yapılan sahteciliğin suç teşkil edip etmediği, yine bu belgenin onaylı ya da onaysız olması durumunda sonucun değişip değişmediği, yapılan sahteciliğin başkasının zararına veya sahteciliği yapan kişinin yararına olmaması durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği, bunun dışında teknolojinin gelişmesiyle birlikte özellikle son yıllarda ortaya çıkan elektronik belge üzerinde yapılan bir değişikliğin sahtecilik olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği gibi hususlar önem arz eden ve tartışmaya değer konulardır.

Bu çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, belge kavramı ve unsurları üzerinde durulacak, ardından resmi belgenin tanımı, unsurları ve çeşitleri açıklanacaktır. İkinci bölümde ise, doktrin ve uygulamada tartışmalı olan resmi belgede sahteciliğin bazı özel durumları, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında, ayrıntılarıyla açıklanmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. BELGE

A. TANIM

Resmi belgede sahtecilik suçunun anlaşılabilmesi için öncelikle belge kavramının ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Suçun maddi konusunu belge oluşturmaktadır. Sahtecilik suçunun oluşabilmesi için ortada bir belgenin bulunması zorunludur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mevzuatımıza giren belgenin tanımı kanunda yapılmamıştır¹.

Belge kelimesi, dilimizde mülga 765 sayılı TCK'da kullanılan evrak² kelimesinin karşılığında kullanılmaktadır³. Esasında her iki kelime arasında her-

¹ Ancak bazı ceza kanunlarında belgenin tanımı yapılmıştır. Örneğin; Polonya Ceza Kanununa göre; bir hakkın, bir hukuki ilişkinin veya hukuki hükme haiz olabilecek bir durumun varlığını ispata yarayacak her şey belgedir. Benzer şekilde Danimarka ve Norveç Ceza Kanunlarında da belgenin tanımı yapılmıştır. (Aydil Ertan; Yetkili Kamu Görevlisinin Resmi Evrakta Sahtekârlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 33)

² Evrak kelimesi; kâğıtlar, yapraklar anlamına gelip varaka sözcüğünün çoğuludur. Varaka ise; tek kâğıt, tek yaprak, yazılı kâğıt demektir. (Devellioğlu Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara, 2000, s. 242), Evrak kelimesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Erman Sahir; Evrakta Sahtekârlık Suçlarında 'Varaka' Mefhumu, İÜHFİM, C. XV, İstanbul, 1949, s. 167 vd.

³ Bu durum TCK'nın 204.maddesinin gerekçesinde "Suçun konusu resmi belgedir. Belge, eski dilimizdeki "evrak" kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kâğıt anlamına gelmek-

hangi bir anlam farklılığı bulunmamasına rağmen, yasa koyucu dili sadeleştirmek veya Türkçeleştirmek için ‘evrak’ yerine ‘belge’ kelimesini kullanmayı tercih etmiştir⁴.

Belge sözlük anlamıyla; bir gerçeğe tanıklık eden ya da bir olguyu gösteren yazı, fotoğraf, resim, vesika olarak tanımlanabilir⁵. Ceza hukuku anlamında ise öğreti ve uygulamada birçok benzer görüş dile getirilmiştir. Bazı yazarlara göre belgeyi; olayları nakleden veya irade beyanlarını içeren ve belirli bir kişi tarafından meydana getirilen her türlü yazı olarak tanımlamak mümkünken⁶; diğer bir takım yazarlara göre belge; hukuki açıdan önem arz eden ve onu meydana getiren kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını ihtiva eden yazı parçasıdır⁷.

Ceza kanunumuzda belgenin tanımı yapılmamış ise de bazı kanunlarımızda nelerin belge sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanununun⁸ (HMK) 199. maddesinde; “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata*

tedir.” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴ **Dağdeviren Cevher**; Türk Ceza Hukukunda Resmi Belgede Sahtecilik Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s. 1

⁵ **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1974, s. 105; **Meydan Larousse**, Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Meydan Yayınevi, C. 3, s. 84; **Türkçe Sözlük I**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, s. 260

⁶ **Gökcan Ahmet**; Belgede Sahtecilik Suçları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s. 44; **Toroslu Nevzat**; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2009, s. 220; **Erem Faruk/Toroslu Nevzat**; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8.Baskı, Ankara, 2000, s. 252; **Gökcan Hasan Tahsin**; Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 96; **Artuk Mehmet Emin/Gökcan Ahmet/Yenidünya A. Caner**; TCK Şerhi Özel Hükümler, 4. Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 4107-4108

⁷ **Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R.Murat**; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 733; **Ekinci Mustafa/Esen Sinan**; Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 245. Benzer şekilde Soyaslan belgeyi; bir kişi tarafından yazıldığı anlaşılan bazı olguları gözler önüne seren irade açıklaması olarak tanımlarken (**Soyaslan Doğan**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 409); Taşdemir/Özkepir, Çam ve Kaylan’a göre belge; hukuki hüküm ifade eden ve bir hakkın doğmasına, bir olay ya da olgunun kanıtlanmasına yarayan yazılardır. (**Taşdemir Kubilay/Özkepir Ramazan**; 5237 Sayılı TCK’da Açıklamalı-İçtihatlı Sahtekârlık Suçları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 6; Çam Nihat Bozkurt; Evrakta Sahtekârlık Suçları, ABD, S.3, Ankara, 1989, s. 450; **Keskin Kaylan**; Belgelerde Sahtecilik Suçları, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Ankara, 2004, s. 164)

⁸ 6100 sayılı HMK; 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazetede

elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

Yargıtay kararlarında ise belge; içeriği olan, hak doğurucu, kaldıracı ve ispat aracı olan yazı⁹ ve hukuki bir hüküm ifade eden, bir hakkın doğmasına, bir olayın kanıtlanmasına yarayan yazıların bulunduğu nesne olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Yukarıda belirtilen tanımlar doğrultusunda, sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan bir belgeden söz edilebilmesi için aşağıda sayılan unsurların bulunması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz.

B. UNSURLARI

1. Yazılı Olması

Belgenin temel özelliklerinin başında yazılı olması gelmektedir. Yazının irade beyanını yansıtması, elverişli bir cisme kaydedilmesi, okunabilir ve içeriğinin anlaşılır olması yeterli olup, kullanılan dil, alfabe ya da aracın herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹¹.

2. Anlaşılabilir Bir İçeriğe Sahip Olması

Her belge bir yazı olmasına rağmen her yazı bir belge değildir¹². Yazılı olan şeyin belge olarak kabul edilebilmesi için hukuken korunmaya değer ve anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması gerekir. Bu durum TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde “*Kâğıt üzerindeki yazının, anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması ve ayrıca, bir irade beyanını ihtiva etmesi gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir.

yayınlanmış ve 01.10.2011 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

⁹ CGK, 07.12.1987, 6-333/574 (Taşdemir/Özkepir, s.6)

¹⁰ 11. CD, 11.02.2013, 2012/28001 E, 2013/2051 K; (Uğur Hüsamettin; Gerçek Bir Resmi Belgeyi Değiştirme ve Bozma Eylemlerinin TCK'nın 204/1 ve 205. Maddeleri Açısından Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 8, S. 86, Ekim 2013, s. 41; 6. CD, 04.07.1983, 2707/3846 (Çetin Erol/Malkoç İsmail; Uygulamada Sahtekârlık Suçları, Bilgisayar Suçları, Tebligat Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara, 1995, s. 130)

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 733; Gökçen (Belgede Sahtecilik), s. 49; Soyaslan, s. 409

¹² **Güngör Devrim**; Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 39; **Demirel Muhammed**; Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, *İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013*, s. 33

3. Düzenleyenin Belli Olması

Belgenin zorunlu unsurlarından birisi de düzenleyenin belirlenebilir olmasıdır. Zaten bu husus, TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde “*Bu yazının belli bir kişiye veya kişilere izafe edilebilir olması gerekir. Ancak, bu kişilerin gerçekten mevcut kişiler olması gerekmez. Bu itibarla, gerçek veya hayalî belli bir kişiye izafe edilemeyen yazılı kâğıt, belge niteliği taşımaz. Kâğıt üzerindeki yazının belli bir kişiye izafe edilebilmesi için, bu kişinin ad ve soyadının kâğıda eksiksiz bir şekilde yazılması ve kâğıdın bu kişi tarafından imzalanmış olması şart değildir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Düzenleyeni (faili) belli olmayan yazılar, hukuki yönden bir hüküm ifade etmediklerinden belge olarak nitelendirilemezler. Düzenleyenin belli olmasından kasıt, fiilen yazıyı yazan kişinin değil kim adına düzenlendiğinin bilinmesidir¹³. Örneğin, belge bir zabıt kâtibi tarafından yazılırsa fail, adına belge düzenlenen kişi olacaktır.

4. Taşınabilir Olması

Kanun, bir belgeyi hem içeriği hem de maddi varlığı itibariyle koruması altına almıştır. Bu açıdan bakıldığında, belgenin kendine özgü varlığının bulunabilmesi için, yazının üzerine yazılmasına, elden ele taşınmasına ve devredilmesine müsait bir şey üzerine kaydedilmesi gerekir¹⁴. Yargıtay da yazının taşınabilir bir şey üzerine yazılması gerektiği, ancak belgenin varlığı için bunun mutlaka kâğıt üzerine yazılmasının şart olmadığını görüşündedir¹⁵.

¹³ Toroslu, s. 222; Güngör, s. 36; **Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa**; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 5627; Soyaslan, s. 410

¹⁴ **Gözübüyük Abdullah Pulat**; Belgelerde Sahtecilik Cürümleri, Adalet Dergisi, 1970, s. 77; **Cengiz Sibel**; Evrakta Sahtekârlık Suçları, US-A Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 14; Gökcan (Resmi Belge), s. 97; **Erman Sahir/Özek Çetin**; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1996, s. 314

¹⁵ “... sahtecilik konusunu oluşturan belgenin, taşınabilen bir şey üzerine yazılıp da hukuki hüküm ifade eden bir olayı kanıtlamaya yarayan yazı olduğu, 5237 sayılı TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, belgenin varlığının kabulü için yazılı kâğıdın bulunması nın zorunlu olmadığı, bir metal levha üzerine yazı yazılması halinde de diğer unsurların varlığı durumunda, belgeden söz edilebileceği, bu bakımdan araç plakalarının da resmi belge olarak kabulü gerekeceğinin vurgulanması karşısında sahte olarak düzenlenen mühür kullanılarak araç plakalarında yapılan sahteciliğin 5237 sayılı TCK'nın 204/1

II. RESMİ BELGE

A. GENEL OLARAK

Ceza Kanunumuzun metin ve gerekçe bölümünde resmi belgenin bir tanımı yapılmamış, kavramın tanımı ve açıklanması doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır¹⁶. Ancak TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde “*Resmi belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu itibarla, düzenlenen belge ile kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması gerekir. Bu itibarla, bir kamu kurumu ile akdedilen sözleşme dolayısıyla özel hukuk hükümlerinin uygulama kabiliyetinin olması hâlinde dahi, resmi belge vardır. Çünkü sözleşme, kamu kurumu adına kamu görevlisi tarafından imzalanmaktadır.*” şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

Doktrinde resmi belge ile ilgili birçok tanım yapılmıştır. Resmi belgeyi, bir kamu görevlisi tarafından görev ve fonksiyonu nedeniyle düzenlenen yazı¹⁷; kamu görevlisi tarafından görevin yapıldığı sırada görev dolayısıyla düzenlenen yazı¹⁸; özel belge karşısında hukukun daha fazla önem verdiği, belli şekil ve usullere bağlandığı belge türü¹⁹; bir kamu görevlisi tarafından, kamu görevinin gereği olarak ve kanunun belirlediği usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen yazı²⁰ şeklinde tarif eden yazarlar bulunmaktadır.

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen tanımları birleştirdiğimizde resmi belgenin tarifine de ulaşmış oluruz. Yani, resmi belgeyi; bir kamu görevlisi ya da hukuken yetkili kabul edilen kişi tarafından görev ve fonksiyonu nedeniyle, kanunların belirlediği şekil ve esaslara uygun olarak düzenlenen yazı şeklinde tanımlayabiliriz.

Yargıtay bir kararında; “*Bir belgenin resmi belge niteliğini elde edebilmesi*

maddesine uyan suçu oluşturduğu...” 11. CD, 22.02.2007, 8681/1073; 11. CD, 02.05.2007, 2311/2994 (<http://www.adalet.org/forum2/karar/yenickarar.php>, ET; 23.11.2013)

¹⁶ **Ünal Oğuz Kürşat**; Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006, s. 29

¹⁷ Erman/Özek, s. 373

¹⁸ Soyaslan, s. 413

¹⁹ **Akış Ercüment**; Resmi Evrak ve Sahtecilik, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.2, S.5, Temmuz, 1997, s. 6

²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 736

için yalnızca bir memur tarafından düzenlenmiş olması yeterli değildir. Memurun düzenlediği her belge resmi belge sayılmaz bir belgenin resmi belge sayılması için, memurun gördüğü göreve düzenlenen belge arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ayrıca resmi belgeye vücut veren yasal dayanağa uygun olması ve zorunlu biçimsel koşulları taşıması gerekir” diyerek resmi belgede bulunması zorunlu olan unsurları açıklamıştır²¹.

Her ne kadar bir yazının resmi belge olarak kabul edilmesi için bu belgenin kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi gerekmekte ise de, TCK'nın 204. maddesinin ikinci fıkrasında, kamu görevlisinin bu suçu işlemesi hali ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. İlk fıkrada yer alan suç açısından ise failin kamu görevlisi olması şart değildir²². Sahte resmi belgenin düzenlenmesinde, sivil (özel) kişi gerçekte kamu görevlisinin düzenlemesi gereken resmi belgeyi oluşturarak veya onu aldatıp araç olarak kullanmak suretiyle sahtecilik suçunu işlemektedir²³.

B. UNSURLARI

Yukarıda belirttiğimiz tanım ve açıklamalardan yola çıkarak, resmi bir belgenin taşınması gereken özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz;

1. Kamu Görevlisi Tarafından Düzenlenmesi

Bu özellik, belgenin şekli unsuru olarak da adlandırılmaktadır²⁴. Bir belgenin resmi belge sayılabilmesi için öncelikle bunun kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi gerekir²⁵.

²¹ CGK, 08.12.1986, 6-328/573 (Çetin/Malkoç, s. 134; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5630)

²² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5630; Dağdeviren, s. 12

²³ “görevli ve yetkili memurun gerçeğe aykırı bilgileri içeren resmi belge düzenlemesi; memurun resmi belgede sahteciliği, memurun herhangi bir biçimde aldatılmış ve böylece araç olarak kullanılması suretiyle sahte belge düzenlenmesi ile de bireyin resmi belge de sahteciliği suçu oluşur.” 6.CD, 29.09.2003, 6243/5880 (Türkiye **Barolar Birliği Dergisi**, S. 50, Ankara, 2004, s. 212

²⁴ **Akçal Nevin**; Pasaport Sahteciliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s. 8; Çetin/Malkoç, s. 137; **Kuru Kadir**; Resmi Evrakta Sahtekârlık Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s. 29; **Tuna Mehmet**; Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 66

²⁵ Kamu görevlisi kavramı ve uygulaması için bkz: **Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa**;

2. Görev Gereği Düzenlenmiş Olması

Bir belgenin resmi belge olarak kabul edilmesi için, kamu görevlisi tarafından düzenlenmiş olması yeterli değildir. Kamu görevlisinin aynı zamanda belgeyi görevi gereği düzenlemeye yetkili olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, belgenin düzenlenmesi ile kamu görevlisinin görevi arasında zorunlu bir ilişki bulunmalıdır.

3. Kanundaki Usul ve Esaslara Uygun Olarak Düzenlenmesi

Kural olarak resmi belgenin mutlaka belirli bir şekle uygun olması ya da bazı unsurları taşıması gerekmez. Ancak, mevzuat gereği bazı resmi evraklar için belirli şekil ve esas şartlarının aranması söz konusu olabilir. Bu nedenle resmi belge olarak üretilen bir yazının kanunen kabul edilebilmesi için kamu görevlisinin gösterilen şekil ve esaslara uyması, belirlenen içerik ve biçimsel özellikleri göz önünde bulundurması şarttır²⁶.

C. ÇEŞİTLERİ

Resmi belgeler öğretilerde çeşitli açılardan tasnif edilmişlerdir. Genellikle bu ayrım; şekil ve içerik yönünden, sadece şekil yönünden ve ispat gücü yönünden resmi belgeler şeklindedir. Şekil ve içerik açısından resmi belgeler, kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenen ve aynı zamanda içerik itibarıyla kamusal bir özellik arz eden belgelerdir. Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianame, mahkeme kararları, yakalama tutanağı gibi belgeler bu kategoride yer alan resmi belgelere örnek olarak verilebilir²⁷.

Sadece şekil açısından resmi belgeler, kamu görevlisi tarafından yine görevi gereği düzenlenmekle beraber kamuyu ilgilendiren bir içeriği olmayan

Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 35 vd; **Aydın Hüseyin**; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, ABD, Y. 68, S. 1, Ankara, 2010, s. 109 vd. Ayrıca Kamu görevlisinin uluslararası alandaki tanımları için bkz: “Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi”, “Uluslar arası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi” ve “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”.

²⁶ **Çiçek Niyazi**; Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, Aralık 2007, s. 145; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5630

²⁷ Toroslu, s. 225; Güngör, s. 59; Aydil, s. 53

belgelerdir. Başka bir deyişle, içeriği özel hukukun konusu olan bir işleme dair belgenin yetkili kamu görevlisi tarafından onaylama veya düzenleme suretiyle resmi şekil verilen belgelerdir. Örneğin, kira kontratının noter tarafından onaylanması neticesinde ortaya çıkan belge, resmi noter senetleri gibi belgeler bu gruba dâhildir²⁸.

Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu resmi evrakı asıl, suret ve tasdikli suret olarak ayırmış iken, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda böyle bir ayırım ön görülmemiştir. Bu nedenle resmi belgenin aslı, sureti veya tasdikli suretinde yapılan sahtecilikler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Doktrinde en çok yapılan ayırım, ispat gücüne göre resmi belgeler şeklinde yapılan ayırımdır. Burada resmi belgeler, sahteliği sabit oluncaya ve aksi ispat edilinceye kadar belge olarak ikiye ayrılmaktadır. Böyle bir ayırım mülga 765 sayılı TCK'da da yapılmıştı. Sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belgelerin ispat gücü daha fazla olduğundan ve bu tür belgelerde yapılan sahtecilik kamu güvenini daha çok sarstığından, kanun koyucu bu belgelerdeki sahtecilik için daha ağır bir ceza öngörmüştür.

İKİNCİ BÖLÜM

I. RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNDA BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Suret Belgede Sahtecilik

Belgelerin asıl ve suret belge olarak ikiye ayrıldığına daha önce belge çeşitleri başlığı altında değinmiştik. Ancak asıl belge ile suret belgede yapılan sahtecilik hükümlerinin ayrıca incelenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Resmi belgenin aslı, yetkili kamu görevlisince ilk olarak düzenlenen belgedir. Asıl/orijinal belgenin mutlaka tek nüsha olması şart değildir. Bir belge daha baştan meydana getirilirken birden fazla basılabilir ya da çıkarılabilir²⁹. Diğer bir ifadeyle, İlk kez oluşturulduğunda birden fazla nüsha yazılıp imzalanmışsa, bunların hepsi asıl belge sayılır. Örneğin, hâkimin yazdığı kararı

²⁸ Toroslu, s. 225–226; Güngör, s. 59

²⁹ Cengiz, s. 31

bilgisayar veya baskı makinesiyle üç nüsha olarak çıkartıp imzalaması durumunda nüshaların her biri asıl belgedir.

Bunun dışında, asıl belge kaybedildiğinde düzenlemeye yetkili olan kamu görevlisinin aynı şekilde başka bir nüsha düzenleyip imzalaması halinde de her biri orijinal olan birden fazla asıl belgenin bulunduğu kabul edilir³⁰.

Genel anlamda suret belge kavramı ise, asıl belgenin aynı unsurlarının yer aldığı onaylı nüshası, örneğidir. Ancak suretin hukuki anlamının genel anlamından daha dar olduğu ifade edilmiştir³¹. Bir belgenin aslına uygun olarak çoğaltılması, suret belge oluşturulması anlamına gelmektedir. Örneğin, belgenin fotokopi ile ya da karbon konulmuş kopyalarının çıkarılması suret elde edilmesidir³². Hemen belirtelim ki, onaysız olan suret belge hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.

Yargıtay suret kavramını; “*resmi bir daire veya noterlikte saklı bulunan bir resmi varakanın aslına tamamen ve kelimesi kelimesine uygun bulunan ve bu uygunluğu yetkili memur tarafından onaylanan belge*” olarak tanımlamıştır³³. Başka deyişle, onaylanmadığı takdirde resmi belge suretinin hukuki bir sonucu ve delil niteliği bulunmamakta, dolayısıyla ‘resmi belge’ sayılmamaktadır³⁴. Bu bakımdan, suret resmi belge denildiğinde, asıl belgenin yetkilisince onaylanmış kopyası olduğu anlaşılmalıdır.

Delil niteliği taşıması nedeniyle, suretler üzerinde yapılan sahtecilikler de suç oluşturmaktadır. Örneğin HMK’nın 217. maddesinde, “*Bir kişi veya kurumun elinde bulunup mahkemeye teslim edilmesi gereken belgenin aslı istendiğinde,*

³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5651

³¹ Demirel, s. 37

³² Gökcan, s. 114

³³ CGK, 14.10.2003, 6-232/250

³⁴ “*Sanık tarafından görevi ihmal suçundan yargılanmakta olduğu Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/371 esas sayılı dosyasına 21.12.2006 tarihinde ibraz edilerek kullanılan telefaks şeklindeki belge üzerinde gönderici ve alıcı numaralarının bulunmadığı, düzenleyicisini tanımlar şekilde oluşturulmadığı, bu haliyle onaysız belge fotokopisi hükmünde olup, Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232/250 sayılı kararında açıklandığı üzere suret belge özelliği taşımadığı, hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı ve aldatıcılık yeteneği bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması*”, (11. CD, 29.04.2014, 2013/25372 E, 2014/8290 K)

kişi veya kurumun bulunduğu ya da belgenin teslim edileceği yerdeki asliye mahkemesi tarafından örneği onaylanarak aslı mahkemeye gönderilir yahut teslim edilir. Mahkemece onaylanmış belge örneği, aslı gibi hüküm ifade eder”.

Resmi belgenin suretinde sahteciliğin suç teşkil edebilmesi için, aslına uygun bulunması zorunludur. HMK'nın 216. maddesinde belirtildiği üzere, “*Belgenin sadece örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebilir”.* Bu hüküm, uyarınca da suretin delil kuvveti bulunmakla birlikte, aslın kanıt gücü daha yüksektir³⁵.

Mülga 765 sayılı TCK döneminde suret belge üzerinde sahteciliğin yapılabileceği kabul edilmiş ve asılda sahteciliğe (m.342/1) göre, surette sahtecilik (m.342/3) daha hafif ceza ile cezalandırılmak istenilmiştir. Bunun yanı sıra, aslı yerine kullanılan tasdikli suret de asıl gibi kabul edilmiştir.

5237 sayılı TCK ile asıl-suret belge ayrımı kaldırılmış, suret belgede sahtecilik de aslı gibi kabul edilmiştir. Ancak suret belgenin onaylanması yeterli olmayıp, asıl belge yerine geçmesi halinde 204. madde ile cezalandırılması mümkün olur. Daha açık bir ifadeyle, resmi belge niteliğinde olan surette sahtecilik de asılda sahtecilik gibi cezalandırılmaktadır. Ancak suretteki sahteciliğin cezalandırılması için, delil niteliği bulunacak şekilde suretin yetkili makam ya da kişi tarafından tasdik edilmiş olması ve asıl belge gibi kullanılabilir olması zorunludur³⁶.

Özel belgenin suretindeki sahtecilikte ise, yetkili kamu görevlisi tarafından suretin onaylanması durumunda, onay bölümü resmi belge niteliğini kazandıracak ve bu onay kısmıyla ilgili sahtecilik yapılmışsa resmi belgede sahtecilik suçu oluşacaktır. Onaylı suret belge üzerindeki sahtecilik, suret belgeyi düzenlemekle yetkili kamu görevlisince işlenirse 204. maddenin 2. fıkrası, yetkisiz kamu görevlisi veya sivil kişi tarafından işlenirse, aynı maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır³⁷.

³⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5652

³⁶ Gökcan (Resmi Belge), s. 115

³⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5652-5653

B. Özet Belgede Sahtecilik

Resmi bir belgenin özeti olarak düzenlenen ve onaylanan belgeler de resmi belge niteliğindedir. Özet belgeler, dayanağı olduğu belge, kayıt ve sicillerdeki bütün bilgileri içermeyen, onların gerekli özetini gösteren belgelerdir. Bu nedenle diğer resmi belgeler gibi her yerde değil, ancak belirli yer ve durumlarda kullanılabilir³⁸.

Bu nitelikleriyle özet belge, asıl belge olmadığı gibi suret de değildir. Özet belge, özeti verdiği asıl belgenin varlığını kanıtlayan resmi bir belgedir. Özeti içeriğinden, gerçekliğinden şüphelenildiği zaman, asıl belgeden gerçek anlaşılacaktır. Bu nedenle Mülga 765 sayılı TCK döneminde fail, özet belgenin kanıt gücünün azlığını esas alınarak 341/2. madde ile sorumlu tutulmaktaydı³⁹. Diğer taraftan anılan 341/2. maddedeki suç sadece kamu görevlisi fail tarafından işlenebilmekteydi. Kamu görevlisi olmayanın memurun eylemine iştiraki halinde 64, 65. maddelerdeki iştirak hükümleri çerçevesinde 341/2. madde ile cezalandırılması gerektiği kabul edilmekteydi⁴⁰.

Yargıtay uygulamalarında tapu senetleri⁴¹, tarımda doğrudan gelir desteği alınması amacıyla tapu dairesi tarafından verilen ve kişinin üzerine kayıtlı taşınmazların miktarıyla ilgili bilgileri içeren resmi yazı, okul diploması, bir ipotegün varlığını gösteren belge, sınav kazandı belgesi, terhis tezkereleri gibi belgeler özet belgede sahtecilik kapsamında değerlendirilmiştir⁴².

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “*Suçta konu özet belge niteliğindeki tapu senetleri, dayanakları olan tapu kütüklerine uygun olup, içerik itibariyle sahte olmadıklarının anlaşılması karşısında, sanığın, yetkili olmadığı halde tapu senetlerine tapu müdürü yerine imza atmaktan ibaret sübutu kabul edilen*

³⁸ Gökcan (Resmi Belge), s. 115

³⁹ Kuru, s. 38

⁴⁰ CGK, 24.04.1989, 105/165 (Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5653)

⁴¹ “*Sanığın tapu kütüğündeki bilgileri değiştirmeyip, özet belge niteliğindeki tapu kayıtlarını aslına uygun olmayacak şekilde düzenlemekten ibaret eyleminin, 765 sayılı TCK'nın 341. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki suçu oluşturduğu gözetilmemişse de temel cezanın alt sınır uygulanarak belirlenmesi nedeniyle sonuç ceza değişmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır*”. (11. CD, 26.12.2011, 2008/8543 E, 2011/24032 K)

⁴² Bu belgeler ve ilgili Yargıtay kararları için bkz, Kuru, s. 38; Gökcan (Resmi Belge), s. 115

eylemlerinin bütün halinde görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözeltmeden yazılı şekilde resmi evrakta sahtecilik suçundan mahkumiyetine hük-molunmasını” bozma nedeni yaparak, özet belgenin, dayanağı olan asıl belge-nin içeriğini doğru şekilde yansıtmaması ancak içerik dışında başka bir yerinde değişiklik yapılmasını suçun oluşması için yeterli saymamıştır⁴³.

Mülga 765 sayılı TCK’dan farklı olarak, 5237 sayılı Kanun ile özet belge-deki sahtecilik fiilleri de 204. madde kapsamına alınırken ‘genel veya özel bir zarar doğması’ şartı aranmadığı gibi, fail bakımından da özet belgeyle ilgili bir özgüleme yapılmadığından, eylemin her iki fıkra kapsamına girmesi müm-kündür. Dolayısıyla, özet belgedeki sahtecilik fiilini sivil kişinin veya yetkisiz kamu görevlisinin işlemesi halinde 204. maddenin ilk fıkrası, yetkili kamu gö-revlisinin işlemesi durumunda ise ikinci fıkrası uygulanmalıdır⁴⁴.

C. Fotokopi Üzerinde Sahtecilik

Bir belge fotokopisi aslının kopyası olup, resmi belge kabul edilebilme-si için yetkilisince onaylanmış olması gerekir. Bir başka ifadeyle, onaylanan resmi belge fotokopisi resmi belgeye özgü bir delil değeri taşır ve suret belge sayılır⁴⁵.

Öğretide bazı yazarlar onaysız resmi belge fotokopisinin, resmi belgeye ilişkin kanıt değerini taşımayacağı için, özel belge sayılması gerektiğini ka-bul etse de⁴⁶, Yargıtay vermiş olduğu birçok kararında, resmi belgenin onay-

⁴³ 11. CD, 02.04.2013, 2013/1905 E, 2013/5426 K

⁴⁴ “Şanlıurfa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğünde müdür yardımcısı olarak görev yapan sanık Müslüm Yılmaz’ın özet belge niteliğindeki sahte tapu senetleri düzenlemek suretiyle sahte-cilik ve kamu kurumunu dolandırmaya iştirak; diğer sanıkların ise sanık Müslüm Yılmaz’ın sahtecilik eylemine iştirak ettiklerinin iddia olunması karşısında; yüklenen suçların suç tari-hinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nun 341/1 ve 504/7. maddeleri kapsamında kaldığı”, (11. CD, 02.03.2012, 2010/12403 E, 2012/2716 K)

⁴⁵ Gökcan (Resmi Belge), s. 116; Bazı yazarlar ise, fotokopi olan bir belgenin suret olarak kabul edilemeyeceği görüşünü kabul etmektedir. (Tezcan/Erdem/Önok, s. 735)

⁴⁶ **Esen Sinan**; Mal Varlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2007, s. 464; **Bakıcı Sedat/Yalvaç Gürsel**; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 743; Belirtilim ki, onaysız sahte fotokopi, belge niteliğini taşımasa bile bununla çıkar sağlanması eylemi, şartları varsa, dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. (**Gökcan Hasan Tahsin**; Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M. 207), Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 1, 2010, s. 223

sız olan fotokopisinin doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağını ve aldatma yeteneğinin bulunmayacağını kabul etmektedir. Fotokopinin verildiği resmi merciin onaylı olmasını veya aslını araması zorunlu ise, belgenin delil gücü bulunmayacak, görevlilerin ihmalkar davranıp bu belgeyi kabul etmeleri de ona bu niteliği kazandırmayacaktır.

Bu kapsamda Yargıtay bir kararında, “*Sanığın, Anadolu Üniversitesi İşletme Fakültesi Lisans Diploması fotokopisini çalışma vizesi almak için Amerikan Konsolosluğuna ibraz etmesinden sonra diplomanın doğruluğunun adı geçen üniversiteden araştırılması üzerine sahte olduğu anlaşıldığından bahisle açılan kamu davasında, düzenlenen sahte diplomanın aslı değil, fotokopisinin kullanıldığı iddia ve kabul olunmasına göre; Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232/250 sayılı kararında açıklandığı üzere, sunulan suçla konu belge fotokopisi onaysız olup, bu yönüyle suret belge özelliği taşımadığı, hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı ve aldatıcılık yeteneği bulunmadığı, fotokopi ile işlem yapmayan konsolosluk belgenin gerçek olup olmadığının teyidini istemesi nedeniyle filin kandırıcılık ögesi de gerçekleşmediği gözetilmeden... beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulmasını” bozma nedeni yapmıştır⁴⁷.*

Genel olarak doktrinde, onaysız fotokopinin resmi belge sayılmadığı, fakat belgenin aslına uygun fotokopisinin yetkili kamu görevlisince onaylanması halinde resmi belge sayılacağını ve delil niteliğinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Yargıtay’ın uygulaması da bu şekildedir. Bir kararında Yargıtay:

“*Sanığın, gümrük müşavir yardımcılığı sınavına girmek için gerçeğe aykırı üniversite geçici mezuniyet belgesinin noter onaylı fotokopisini kullandığının iddia olunması karşısında eylemin sabit olması durumunda, 765 sayılı TCK’nun 342/1. (5237 sayılı TCK’nun 204/1) maddesinde yazılı resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı ve zamanaşımının 765 sayılı TCK’nun 102/3 ve 104/2 maddelerine tabi olacağı gözetilmeden suç vasfının yanlış belirlenmesi sonucu kamu davasının 765 sayılı TCK’nun 102/4 ve CMK’nun 223/8. madde-*

⁴⁷ 11. CD, 11.11.2009, 2007/256 E, 2009/12906 K

⁴⁸ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5654; Gökcan (Resmi Belge), s. 116

leri uyarınca düşürülmesine karar verilmesini” yanlışı bularak yerel mahkeme kararını bozmuş ve onaylı fotokopinin delil değerini vurgulamıştır⁴⁹.

Diğer bir kararında da Yargıtay, “*Sanığın, bilgi bölümlerini kapatarak fotokopi çektilirip, boş kalan bölümleri doldurmak suretiyle elde ettiği lise diplomasinin bir örneğini notere götürerek 24.6.2002 tarihinde aslına uygundur şeklinde onaylatıp çalıştığı kuruma (Tedaş) verdiği sabit olduğu halde, resmi belgede sahtecilik suçundan mahkumiyeti yerine beraatine hükmolunması kanuna aykırıdır*” diyerek sahte fotokopinin onaylatılmasının resmi belgenin suretinde sahtecilik suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir⁵⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yargıtay vermiş olduğu birçok kararında, onaysız resmi belge fotokopisinin doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağını ve aldatma yeteneğinin bulunmayacağını kabul etmektedir. Ancak bazı kararlarında belgenin onaysız fotokopiden oluşması halinde, duruşma sırasında bunun Hâkim tarafından incelenmesini ve aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının tartışılmasını istemektedir⁵¹.

Örneğin bir kararında, “*Suçta konu sanık adına sahte olarak düzenlenen lise diploması aslının bulunmaması, belgenin fotokopi olması ve bilirkişi incelemesinde fotokopi belgenin aldatma yeteneğinin mahkemece yorumlanmasının daha uygun olacağına belirtilmesi karşısında, belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu da göz önüne alınarak, fotokopi belge duruşmaya getirilip incelenerek özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve anılan belgenin aldatma yeteneğinin ne surette oluştuğu karar yerinde açıklanıp tartışılmadan yazılı*

⁴⁹ 11. CD, 14.05.2012, 2011/9874 E, 2012/853 K

⁵⁰ 11. CD. 10.04.2007, 2005/7308 E, 2007/2545 K

⁵¹ “*Her ne kadar hükme esas alınan 21.08.2007 tarihli ekspertiz raporunda; bu tür fotokopi belgeleri onaysız olarak kabul edip işlem yapan kurumlarca aldatma kabiliyetini haiz olduğu belirtilmiş ise de, sahteliği kabul edilen belgenin bahsi geçen abonelik işlemleri sırasında onaylı mı, yoksa onaysız mı fotokopisinin ibraz edildiğinin katılan kurumdan sorulması, onaysız fotokopinin ibraz edildiğinin belirlenmesi durumunda, sahtecilik suçlarında aldatıcılık özelliğinin tespitinin hakime ait olduğu cihetle, suçta konu belgenin duruşmada incelenip özellikleri duruşma tutanağına yazıldıktan sonra ne şekilde hukuki sonuç doğurduğu ve aldatma kabiliyeti taşıdığı karar yerinde açıklanıp tartışılmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi*”, (11. CD. 24.06.2013, 2011/2246 E, 2013/10595 K)

şekilde hüküm kurulmasını” yasaya aykırı bularak, belgenin fotokopi olması durumunda bile aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının mahkemece tartışılmasını istemektedir⁵².

Son olarak fotokopi belge üzerinde sahtecilik incelemesinin yaptırılıp yaptırılmayacağı, daha doğrusu böyle bir incelemenin sağlıklı olup olmayacağı ya da hukuki bir sonuç doğurup doğurmayacağı üzerinde durmak gerekir.

Yüksek mahkeme, “...fotokopilerde bazı grafolojik tanı unsurları kayba uğramakta ise de; fotokopi belgelerin net olması halinde üzerinde inceleme yapılması mümkün bulunduğundan, sanığın ve onun adına belgeyi ibraz edenin olay tarihinden önceki günlere ait imza ve yazı örnekleri temin edilerek Adli Tıp Kurumuna gönderilip bilirkişi incelemesi yaptırılarak yazı ve imzaların kime ait olduğu saptanıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır” diyerek fotokopi üzerinde de sahtecilik incelemesinin yapılabileceğini kabul etmektedir⁵³.

Bir başka kararında ise, “05.11.2004 tarihli soruşturma raporunda asıllarının mevcut olduğu bildirilen suçta konu belge asıllarının katılan kurumdan istenilip duruşmaya getirilerek dosya arasına alınmasından sonra vasıf ve nitelikleri bizzat incelenip, ...belge asıllarının yeniden alanında uzman bir bilirkişiye tevdi ile ayrıntılı imza incelemesi yaptırılarak ve belgelerin aldatma yeteneği hususu da tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini”, diyerek belgenin asıllarına ulaşmak mümkün iken bunun yapılmayıp, fotokopi belgelerin bilirkişiye gönderilip rapor alınmasını yetersiz bulmuş ve bozma nedeni yapmıştır⁵⁴.

Kanaatimizce, fotokopi belge üzerinde kalem baskı izi, hız ve imzadaki el kaldırma hareketleri gibi özellikler bulunmadığından, sahteciliğin saptanması çoğu kez mümkün değildir. Ancak, asıl belgenin hiçbir şekilde bulunmaması

⁵² 11. CD. 21.12.2011, 2008/13140 E, 2011/23807 K

⁵³ 11. CD. 10.07.2007, 7226/4889 (Karar, özel belge olan kira sözleşmesi fotokopisiyle ilgilidir)

⁵⁴ 11. CD. 22.12.2011, 2009/12629 E, 2011/23867 K; Benzer bir karar için bkz, 11. CD. 04.09.2013, 2013/17534 E, 2013/12047 K

ihtimalinde, fotokopi belgelerin okunması net, grafolojik incelemeye elverişli ve bilirkişinin de belgenin fotokopi olmasından kaynaklı olumsuz bir görüşü yok ise, fotokopi belge üzerinde inceleme yaptırılabilir ve alınan rapor da geçerlidir. Ancak bizce de, belgenin aslının getirilmesi mümkün iken, bu yola başvurulmayıp, fotokopi belge net bile olsa, bu belge üzerinden bilirkişi raporu alınması doğru değildir ve bunun bozma nedeni yapılması gerekir.

D. Yabancı Resmi Belgede Sahtecilik

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ne mülga 765 Sayılı TCK ne de 5237 sayılı Kanun yabancı bir ülkede düzenlenmiş resmi belgenin ülkemizde resmi belge hükmünde kabul edilip edilmeyeceği hususundan bahsetmiştir.

Bununla birlikte, 1947 tarihinde Brüksel’de yapılan ve Türkiye’nin de katıldığı 8. Ceza Hukuku Birleştirme Milletlerarası Konferansında katılan ülkelerin kanunlarında mevcut sahtecilik cezalarının yabancı belgelerde yapılan sahteciklerde de uygulanacağını kararlaştırılması karşısında; yabancı memleketlerde düzenlenen resmi belgeler için ülkemizde kullanılmak şartıyla belgede sahtecilik hükümlerinin uygulanacağını belirtebiliriz. Diğer bir ifade ile, yabancı memleketlerde düzenlenen resmi belge ile milli belge arasında sahtecilik suçu açısından herhangi bir fark yoktur⁵⁵.

Zira bu husus HMK’nın 224. maddesinde, “*Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır. Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu itibarla, yabancı bir ülkede usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından düzenlenmiş bir resmi belgenin yine bu yetkili makam veya Türk konsolosluğunca onaylanması durumunda, bu belge resmi belge kuvvetinde sayılacaktır⁵⁶. Bu şekilde Türk Hukuku yönünden delil olma ve hukuki sonuç

⁵⁵ Gözübüyük, s. 79

⁵⁶ Bakıcı/Yalvaç, s. 720

doğurma niteliği kazanan yabancı belgeler de resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilecektir.

Yargıtay da, ülkemizde belge niteliği kabul edilmesi halinde, yabancı ülke resmi makamlarınca verilmiş gibi düzenlenen sahte belgenin resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir. Örneğin bir kararında, “*Sanıkların Azerbaycan’da düzenledikleri sahte ruhsatnameye dayanarak düzenledikleri gümrük giriş beyannamesi ile yurda sokarak suça konu aracı millileştirip trafiğe tescil ettirdiğinin anlaşılması karşısında eylemlerinin 765 sayılı Yasanın 342/1, 80. maddelerine uyduğunu*” belirterek bu hususu vurgulamıştır⁵⁷.

Yüksek mahkeme bir taraftan yabancı belgelerle ilgili bu hususu vurgularken, diğer taraftan “*Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği*”nin 5. maddesinde, yapılması gereken araştırmalar arasında ‘*belgenin orijinal olup olmadığı...*’ sayılması, YÖK tarafından yapılması zorunlu olan araştırma sonunda Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla sahteliğin belirlenmiş olduğu anlaşıldığından, sahtecilik suçunun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden, Kazakistan’dan alınan diplomalar yönünden mutaden araştırma yapılmadığına ilişkin cevabi yazı esas alınarak karar verilmesi kanuna aykırıdır” diyerek bu tür belgelerin mevzuat veya mutad uygulama gereği araştırıldığına gerçek olmadığının anlaşılması halinde, aldatma yeteneğinin bulunmaması nedeniyle suçun oluşmayacağına karar vermektedir⁵⁸.

Bununla beraber, ülkemiz 27.07.1984 tarih ve 94/8373 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına Dair La Haye Sözleşmesini” onaylamıştır. Bu sözleşmeye göre yargı organına bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenen belgelerle, idari belgeler, noter senetleri bu sözleşme amaçları bakımından resmi belge sayılacaktır⁵⁹. Ayrıca bu sözleşme ile taraf devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmiş olup da diğer akit devlet ülkesinde kullanılacak olan resmi belge-

⁵⁷ 6. CD, 18.12.2006, 5842/14212

⁵⁸ 11. CD, 14.04.2008, 2201/2797; benzer bir karar için bkz, CGK, 20.10.2009, 89/243

⁵⁹ Aydil, s. 56; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5656

lerin diploması ve konsolosluk memurları tarafından onaylanması zorunluluğu kalkmakta ve resmi belgenin düzenlendiği yabancı devletin yetkili makamı tarafından düzenlenen bir tasdik şerhi (apostil) yeterli görülmeye başlanmıştır⁶⁰.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, “...dosya içinde bulunan belge örneğinde de apostil şerhinin mevcut olmadığı görülmekle; Yabancı Resmi Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına ilişkin 1961 tarihli Lahey Konvansiyonu, bu Sözleşmeye taraf devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmiş olup da diğer akit devlet ülkesinde kullanılacak olan resmi belgelerin diploması ve konsolosluk memurları tarafından onaylanması zorunluluğunu kaldırmış ise de anılan bu Sözleşme gereğince belgedeki imzanın, imzalayan kişinin sıfatının, gerektiğinde bu belge üzerindeki mühür ve damganın belgeyi düzenleyen ülkenin yetkili makamınca tasdik edilmiş olmasının, başka bir ifadeyle apostil şerhini ihtiva etmesinin zorunlu olduğu cihetle; suça konu vekaletnamenin bu şerhi içermemesi nedeniyle hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge olmadığına ve resmi belgede sahtecilik suçunun unsurlarının bulunmadığına ilişkin mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” diyerek belgede tasdik şerhi bulunmaması durumunda, bu belgenin hukuki bir sonuç doğurmayacağını, dolayısıyla da resmi belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir⁶¹.

Bu konu ile hakkında açıklayacağımız son husus, tanıma ve tenfiz ile ilgili olacaktır. Buna göre, yabancı mahkeme kararlarının verildiği ülke dışında etkisini doğurması milletlerarası özel hukukta tanıma ve tenfiz kavramları ile ifade edilmektedir.

Bu kapsamda örneğin, yabancı mahkemelerden verilen boşanma kararlarının tanınması için, farklı kişilere tebligat yapılması gibi, yapılan sahtecilik fiilinin sonunda elde edilen ilamlar hakkında, TCK'nın 211. maddesinin uygu-

⁶⁰ Adalet Bakanlığı da yargı teşkilatlarına bir genelge göndererek, yetkili makamlar tarafından kullanılan tasdik şerhinin (apostil) şekil ve geçerlilik şartlarını da hatırlatarak, yabancı resmi belgelere tasdik şerhi işlemlerinin bu genelge esaslarına uygun şekilde yürütülmesini istemiştir. (Genelge için bkz, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/68.1.pdf>, ET; 05.06.2014)

⁶¹ 11. CD, 18.03.2013, 2012/13801 E, 2013/4284 K

lanması gündeme gelecektir⁶². Zira Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir⁶³.

Yukarıda belirtilen bütün hususlar ve şartlar birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki, yabancı ülkelerde düzenlenen ve onaylanan resmi belgeler üzerinde Türkiye'de sahtecilik yapılması halinde, Türk Ceza Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

E. Gereksiz/Faydasız Sahtecilik

Faydasız ya da gereksiz sahtecilik olarak adlandırılan bu sahtecilik çeşidinde gerçekte bir sahtecilik fiili işlenmektedir. Ancak bu sahteciliğin pratikte hukuki bir sonuç doğurmayan konularda gerçekleştirilmesi nedeniyle eylem cezalandırılmamaktadır⁶⁴. Başka bir ifadeyle, sahtecilikle ulaşılmak istenilen hukuki sonuç, sahtecilik yapılmamış olsaydı dahi gerçekleşebiliyorsa, gereksiz ya da faydasız sahtecilikten söz edilir. Bu takdirde sahteciliğin herhangi bir zarar veya böyle bir olasılığa yol açmaması nedeniyle suçun yasal unsurları oluşmamakta ve dolayısıyla da eylem suç teşkil etmemektedir⁶⁵.

Esasında burada, sahtecilik eylemi yapılmadan da gerçekleştirilebilecek bir sonuç, gerekli olduğuna inanılarak veya bilgisizlikle sahtecilik suçu işlenmek suretiyle elde edilmek istenilmektedir. Fail, hakkını kanuni olarak elde ettiğini bilmediği ya da güvenemediği için elindeki belgeyi sonradan değiştirerek hakkını yeniden almaya çalışmaktadır. Oysa ki, fiilinden önce bu hakkı doğduğundan ve belge görevini yerine getirdiğinden sonradan yapılan değişiklik belgeye olan kamu güvenini sarsmayacaktır⁶⁶.

Mesela, yurtdışından bedelsiz ithalat yoluyla sakat arabası getirilmesi için gereken sağlık kurulu raporu yeterli olduğu halde, bu rapora eklemeler yapıl-

⁶² **Taşdemir Kubilay**; Açıklamalı-İçtihatlı Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2013, s. 45

⁶³ “*Sanığın 2675 sayılı yasanın 34 vd maddeleri uyarınca açtığı tenfiz davasında, davalı katılan yurt dışında bulunmasına rağmen, dava dilekçesinde adres olarak davalının babasının adresini gösterip, dava dilekçesini davayı açtığı gün yanında getirdiği diğer sanığa kalemde usulsüz olarak tebliğ ettirerek, yasaya aykırı bir şekilde taraf teşkili sağlayıp tenfiz kararı alınmasını sağlaması 765 sayılı TCK'nın 347. maddesindeki (5237 sayılı TCK'nın 211. maddesi) suçu oluşturur*”. (CGK, 14.03.2006, 22/38)

⁶⁴ Erman/Özek, s. 314; Taşdemir, s. 91

⁶⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5657

⁶⁶ Bakıcı/Yalvaç, s. 701

ması durumunda, imza atılması gerekli olmayan bir belgeye sahte imza atılması halinde ya da miras bırakan tarafından yapılan daha yeni tarihli el yazılı bir vasiyetname ile esasında hükümsüz kalmış olan daha eski tarihli vasiyetnamede yapılan sahteciliklerde, gereksiz ya da faydasız sahtecilik söz konusudur⁶⁷.

Yargıtay da kendi uygulamasında gereksiz/faydasız sahtecilik kavram ve teorisini kabul etmiştir. Örneğin bir kararında, sanığın vekaletnamede yazılı bulunduğu halde, bulunmadığını zannederek ilave ettiği yetkilerle ilgili sahteciliğin gereksiz olarak yapılması dolayısıyla mahkemece verilen beraat kararının yerinde olduğuna karar vermiştir⁶⁸.

Bir başka kararında da, “*öncelikle beyan ettikleri yerlerde fiilen tarımsal faaliyette bulunup bulunmadıkları, DGD den yararlanma koşullarını taşıyıp taşımadıkları araştırılıp yararlanma haklarının olması halinde haksız menfaat sağlama kasıtları bulunmayacağından dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmayacağı, başvuru evraklarına muhtar ve ihtiyar heyeti yerine sahte imza atmalarının yararlanma haklarının bulunması halinde gereksiz sahtecilik fiilini oluşturacağı, kaldı ki sahtecilik suçundan açılmış dava da bulunmadığı gözetilmeden*” diyerek suçun unsurlarının oluşmadığını belirtmiştir⁶⁹.

Kanaatimizce, yapılan sahtecilik sonucunda herhangi bir şekilde, az ya da çok, yarar elde edilebiliyorsa, artık gereksiz veya faydasız sahtecilikten söz etmek mümkün değildir⁷⁰. Diyelim ki, bir kişinin genel yetkili vekili ve vekâletname gereğince de onu temsilen ve kendi imzası ile her çeşit senet imzalamaya yetkili olan kimse, vekâleti verenin imzasını taklit ederek sahte bir senet düzenlerse, ortada faydasız sahteciliğin bulunduğunu kabul etmek için, bu işlemin hiçbir fayda sağlamadığını tespit etmek şarttır. Aksi halde, sahteciliğin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

⁶⁷ Taşdemir/Özkepir, s. 108

⁶⁸ 11. CD, 04.12.2006, 5483/9832

⁶⁹ 11. CD, 01.07.2008, 2006/1793 E, 2008/7128 K

⁷⁰ “...suça konu bononun 05.06.2006 olan vade tarihinin 08.06.2006 olarak değiştirilmek suretiyle yapıldığı anlaşılan tahrifatın, sanık lehine senet veya borçlusu aleyhine hukuki sonuç doğurmasının olanaksız bulunması ve zamanaşımına da meydan verilmemiş anlaşılmaması karşısında, sanığın üzerine atılı eylemin faydasız sahtecilik niteliğinde olduğu ve eylemin suç oluşturmayacağı”, 11. CD, 13.11.2013, 2013/17567 E, 2013/16648 K

F. Hukuken Sakat Belgelerde Sahtecilik

Resmi belgelerde sahtecilik suçu ile, delil gücü bulunan belgelere ilişkin kamu güveninin korunması amaçlanmıştır. Sahte olarak düzenlenen ya da üzerinde sahtecilik yapılan bir belgenin bazı unsurlarındaki eksiklik veya hukuka aykırılıklar nedeniyle geçersiz olması halinde sahtecilik suçunun oluşup oluşmayacağı önemli tartışmalara konu olmuştur.

Bir belgenin hukuka uygun olmayışı veya hukuki değerinde azalmayı gerektiren nedenlerin bulunması üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Birincisi, sahte bir belge üzerinde gerçekleştirilen ikinci sahtecilik; ikincisi hukuken batıl veya iptali mümkün belgelerde sahtecilik; üçüncüsü ise ahlaka aykırı belgelerde yapılan sahteciliktir⁷¹.

1. Sahte Belgede Yapılan İkinci Sahtecilik

Daha önce de belirttiğimiz gibi, belgelerde sahtecilik suçları ile korunan hukuki yarar, kamu güvenidir. Bu güven ancak hukuki değer taşıyan ve sonuç doğuran yazıları korur. Diğer bir anlatımla, kamu güveninin sarsılması ve failin belgede sahtecilik suçundan cezalandırılabilmesi için kural olarak ortada hukuken geçerli bir yazının bulunması şarttır. Aksi halde, hiçbir hukuki değer taşımayan yazı ya da belgeye kimsenin güvenmesi beklenemez. Dolayısıyla, yazı hukuki hüküm ifade etmeli ve geçerli olmalıdır⁷².

Esasen sahte bir belgenin hukuki değeri bulunmamakta ve hukuken de korunmamaktadır. Bu nedenle, başkası tarafından oluşturulan sahte bir belge üzerinde değişiklik veya ilaveler yapmak suretiyle yeni bir sahtecilik yapılması durumunda, bu son failin suç sayılıp sayılmayacağı ve failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılması gereken bir husustur.

Sahte olan bir belgede ikinci bir sahtecilik yapılması durumunda eylemin suç olup olmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ancak hemen belirtelim ki, bu hususta Yargıtay'a intikal etmiş bir davaya ve verilmiş bir karara rastlayamadık.

⁷¹ Gökcan (Resmi Belge), s. 119

⁷² Taşdemir, s. 40

Bir görüşe göre, sahteciliğin yapıldığı ve suçun maddi konusunu oluşturan belgenin hukuki bir değeri bulunmadığından, yapılan ikinci fiil de suç teşkil etmemelidir⁷³. İtalyan Yargıtay'ının da bu yönde kararları bulunmaktadır⁷⁴. Diğer görüşe göre, sahte belge de hukuk alanında bağımsız bir kimliğe ve bazı etkilere sahip olduğundan, üzerinde yapılacak sahtecilik onun fizyonomisini yani yapısını bozacağından ve görünürdeki gerçekliğini zedeleyeceğinden, ikinci fiil suç teşkil etmelidir. Bu görüş kapsamında, failin gerçek zannıyla sahte bir belgede sahtecilik yapması halinde de mefruz suç kuralları gereği fail cezalandırılmamalıdır⁷⁵.

Türk uygulamasında Bakıcı/Yalvaç da ilk görüşü benimseyerek, sahte bir belge üzerinde yeni bir sahtecilik yapılması halinde, üzerinde değişiklik yapılan yazı belge niteliğinde olmadığından herhangi bir suçun da oluşmadığı görüşündedir⁷⁶.

Kanaatimizce, sahte bir belgede yapılan ikinci sahteciliğin cezalandırılmasının nedeni olarak, onun zaten hukuki değeri olmayan 'sahte bir belge' olmasının gösterilmesi doğru değildir. Bu düşünce benimsendiği takdirde, sahtecilik suçlarının cezalandırılması hiçbir şekilde mümkün olmayacaktır. Zaten sahtecilik suçunun işleniş biçimi bu şekilde, sahte belge üzerinden olmaktadır. Üzerinde değişiklik yapılan sahte belgenin aldatma yeteneğinin bulunması durumunda zarar verme olasılığı devam etmekte ve böylece kamu güvenini bozma tehlikesi bulunmaktadır⁷⁷.

Dolayısıyla, sahte bir belge üzerinde, belki onun gerçek görüntüsünü veya delil niteliğini kuvvetlendirici birtakım değişiklikler veya eklemeler yapan failin de sahtecilik suçuna iştirak ettiğini ve müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini düşünmek yasaya daha uygun bir yorum olacaktır. Buna karşın, sahte bir belgedeki sahteliğin giderilmesi, doğru olanın yazılması, bel-

⁷³ Crespi/Stella/Zuccala, 788, nakleden Erman/Özek, s. 337, 340

⁷⁴ "İmha edilen makbuz dip koçanları sahte olmayıp gerçek olduklarından, bunların makbuz defterinden koparılıp imha edilmeleri sahtekarlık suçunu teşkil eder", (kararı nakleden Erman/Özek, s. 337, 340)

⁷⁵ De Marsico, 575, nakleden, Erman/Özek, s. 337, 340

⁷⁶ Bakıcı/Yalvaç, s. 701

⁷⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5659; Gökcan (Resmi Belge), 118; Taşdemir, s. 41

genin aslına döndürülmesi gibi amaçlarla değişiklik yapılması halinde, ortada sahtecilik bulunmadığından, eylem suç teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz⁷⁸.

2. Batıl veya İptali Mümkün Belgelerde Sahtecilik

Sahte olarak üretilmesi veya gerçek bir belge üzerinde sahtecilik yapılması sonucunda, elde edilen belgenin şekil veya içerik yönünden hukuka aykırı olması, onun sonuçta hukuken delil olarak kabul edilmemesini gerektirebilir. Bu sebeple, bu tür belgelerdeki sahteciliğin suç oluşturup oluşturmayacağı sorunu doktrin ve uygulamada önemli tartışmalara neden olmuş, ancak bir fikir birliğine varılamamıştır⁷⁹.

Bu hususun tarihi gelişimi ile ilgili, objektif ve subjektif teori adı verilen fikirler savunulagelmıştır. Objektif fikre göre, belgelerde sahtecilik suçunun varlığı zarar imkan ve ihtimalinin bulunmasına bağlı olduğu için hukuken geçersiz olan belge, bu imkandan yoksundur⁸⁰.

Subjektif fikre göre, zarar verme imkan ve ihtimali zarar verme kastından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, kendi fiilinin dışında kalan bir sebepten fail yararlanmamalıdır. Sahte belge geçerli olmasa bile sahtecilik suçu yine de meydana gelir. Günümüzde ise bazı fikir ayrılıkları devam etmekle beraber, daha çok objektif fikre üstünlük verildiğini görmekteyiz.

Bu konuda ileri sürülen görüşler genellikle belirli bir noktada toplanmıştır. Buna göre, sakat belgelerin mutlak butlanla batıl olanlar ile nisbi butlanla batıl olan belgeler şeklinde ikiye ayrılarak konunun incelenmesi gerekir. Bilindiği gibi, özel hukukta belgelerdeki sakatlık halleri ikiye ayrılmakta ve önemli hususlardaki aykırılıkların, belgenin mutlak butlanla batıl, yani hukuken yok hükmünde sayılmasını gerektirdiği, nisbi butlanla batıl olanların ise daha az önemli konulardaki hukuka aykırılıkları yansıttığı ve bunların iptalinin istenebileceği kabul edilmektedir⁸¹.

⁷⁸ Bakıcı/Yalvaç, s. 701; Taşdemir, s. 41; Gökcan (Resmi Belge), s. 119

⁷⁹ Bu tartışmalar için bkz, Erman/Özek, s. 341 vd.

⁸⁰ Erman/Özek, s. 342; Taşdemir, s. 41

⁸¹ Yaşar/Gökcan/Arıtuç, s. 5659; Gökcan (Resmi Belge), 119; Taşdemir/Özkeper, s. 11; Kuru, s. 90-91

Mutlak butlanla batıl belgeler, düzenlendiği andan itibaren hukuken geçersiz olup, yok hükmündedir. Dolayısıyla, bu tür belgelerde yapılan sahtecilikler kamu güvenini sarsmayacağından resmi belgede sahtecilik suçu da oluşmayacaktır. Böyle bir belgenin fiilen kullanılmış olup haksız yarar elde edilmesi söz konusu ise, şartları varsa dolandırıcılık suçunun oluşması gündeme gelebilir⁸².

Bununla birlikte, batıl bir belgenin suç oluşturmayacağına kabul edilebilmesi için, batıl sayılmasını gerektiren nedenin belgeden açıkça anlaşılması gerekir. Ancak batıl olma sebebinin anlaşılması olgusu, sahteciliğin açıkça görülmesi anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla butlan sebebinin anlaşılması ile belgenin aldatma yeteneğinin bulunması farklı hususlara ilişkindir. İlki, belgenin kendisini ve belge niteliğinin varlığı ile ikincisi ise, fiilin sonuca elverişli olup olmadığıyla ilgilidir⁸³.

Mesela, imza atamayan kişilerin mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gerekmektedir (HMK, m.206/1). Bu şart gerçekleşmediği takdirde, zarar ihtimali oluşmayacağından ve kamu güveni sarsılmayacağından, böyle bir belge üzerinde yapılan sahtecilik fiili neticesinde sahtecilik suçu oluşmayacaktır.

Diğer taraftan, mutlak butlanla sakat olmayıp, iptali mümkün derecedeki sakatlıkla malul olan belgeler, iptal kararının verilmesi anına kadar hukuk alanında hüküm ifade edecekleri için hukuki sonuç doğurdukları sürece bu tür belgeler üzerinde yapılan sahteciliklerin cezalandırılması gerekir⁸⁴. Gerçekten, açılacak bir dava sonunda bu hukuka aykırılık nedeniyle belgenin delil değerinin bulunmadığına karar verilmesi kesin olsa dahi, o zamana kadar geçerliğini korumaktadırlar.

Belgenin içerdiği hukuki ilişkinin birden fazla olması ve bunlardan birinin batıl, diğerinin hukuka uygun veya iptali mümkün içerikte bulunması halinde,

⁸² Taşdemir, s. 42; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5660

⁸³ Erman/Özek, s. 348

⁸⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5661; Taşdemir/Özkeper, s. 11; Gökcan (Resmi Belge), s. 120

sakatlık tüm belgenin batıl sayılmasını gerektirmediği takdirde⁸⁵, hukukça korunmuş ve batıl olmayan ilişkiyle ilgili konuda belgenin delil niteliği sürdüğünden sahtecilik suçu oluşur⁸⁶.

Sonuç olarak, kanaatimizce, belgede var olan sakatlık onu tamamen geçersiz kılacak nitelikte ise, o belge üzerinde sahtecilik suçu işlenemez. Buna karşılık, nisbi bir sakatlık durumu olup da belge geçersiz kabul edilinceye kadar hukuki sonuç doğuracağı için bu belgeler üzerinde sahtecilik suçunun işlenmesi mümkündür. Zira bu süreçte kamunun güveni sarsılmış olacaktır. Aksi halde, geçersiz kılınmaya kadar hukuki hüküm ifade eden bir belgeyi cezai yönden korumamak gibi bir sonuç doğar ki, bu durum kanun koyucunun amacına ters düşer.

3. Ahlaka Aykırı Belgelerde Sahtecilik

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ahlaka aykırılık da aslında butlanla batıl olmayı gerektiren durumlardan bir tanesidir⁸⁷. Bu sebeple, sahte üretilen belge içeriğinde ahlaka aykırılık varsa (örneğin kumar, uyuşturucu madde temini veya fuhuş amacıyla verilen çek, bono gibi) batıl sayılması nedeniyle hukuki değeri bulunmayacak ve yapılan sahtecilik eylemi suç oluşturmayacaktır. Ancak bunun için, hukuki işlemin ahlaka aykırılığının bizzat belge metninden anlaşılması gerekir⁸⁸.

Ahlaka aykırılık sebebini içermeyen belgelerin iptali mümkün olsa da, iptal hükmüne kadar belge niteliğini korumaktadırlar. Bu nedenle, içeriğinde ahlaka aykırılığın bulunmadığı belgelerin sahtecilik suçunun konusu olabileceği kabul edilmelidir⁸⁹.

⁸⁵ Benzer bir hüküm TBK'nın 27/2. maddesinde de belirtilmiştir. Buna göre, “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

⁸⁶ Taşdemir, s. 42; Gökcan (Resmi Belge), s. 120; Taşdemir/Özkepir, s. 11

⁸⁷ TBK'da bu durum 27/1. maddesinde “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” şeklinde belirtilmiştir.

⁸⁸ Erman/Özek, s. 349; Taşdemir, s. 42; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5661

⁸⁹ Bakıcı/Yalvaç, s. 701; Gökcan (Resmi Belge), s. 120

Bu kapsamda, örneğin fuhuş amacıyla birinin diğerine verdiği bir borç senedi ahlaka aykırı olması nedeniyle batıl olup, hukuki sonuç doğurmaya elverişli belgelerden değildir. Dolayısıyla, ahlaka aykırılığın belge metninden anlaşılması şartıyla, bu tür belgelerde yapılan sahtecilik fiilleri cezalandırılmayacaktır⁹⁰.

Ahlaka aykırı bir borç nedeniyle verilen paranın sebepsiz zenginleşmenin varlığı ileri sürülerek geri alınamaması, bu borcun doğurduğu hukuki sonuçtur. Bu sebeple, ahlaka aykırı bir nedene dayanan bir borç senedi de mahkeme tarafından iptal edilmesine karar verilene kadar hukuki sonuç doğurur ve bu senetle yapılan sahteciliğin cezalandırılması gerekir⁹¹.

Sonuç olarak, sebepten mücerret olarak düzenlenen örneğin bir bono, ahlaka aykırı verilmesi durumunda dahi ceza hukuku açısından hukuki hüküm ifade etmesi nedeniyle, bu senedin dış görünüşüne güvenen üçüncü kişilerin bu güvenlerinin korunması gerekir. Dolayısıyla da böyle bir senet üzerinde yapılan sahtecilik cezalandırılacaktır.

G. Elektronik Belgede Sahtecilik

Bilişim teknolojilerindeki gelişmelere paralel olarak yeni iletişim ve haberleşme olanakları; ticari, kültürel, sosyal ilişkilerde başlı başına bir değişim sürecini beraberinde getirmiştir. Bilgisayar ve internetin sosyal ve ekonomik hayatta daha çok hissedilir olması, bu alandaki gelişimi ve değişimi de hızlandırmıştır⁹². Özellikle elektronik imzanın kamu kurumları ve ticari faaliyetlerde kullanılması nedeniyle bazı yeni düzenlemelere ihtiyaç olduğu ortaya çıkmıştır. İnternet kullanımının bir parçasını oluşturan e-imzanın kullanımının sağlanması için uluslararası düzeyde çalışmalar başlatılmış ve sürdürülmektedir⁹³.

⁹⁰ Yargıtay da eski tarihli bir kararında “zina davasından vazgeçmesi için eşlerden birinin diğerine verdiği borç senedinin ahlaka aykırı olması nedeniyle BK. 20. madde gereği batıl olup, TCK 348. madde anlamında ve hukuki sonuç doğurmağa elverişli belgeden bulunmadığına” karar vermiştir. (6. CD, 09.07.1968, 3833/4305, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5662)

⁹¹ Taşdemir, s. 42

⁹² **Demircioğlu Mustafa Yaşar**; Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Teşebbüsler Arası Elektronik Yazışmaların Delil Değeri, Bankacılar Dergisi, S. 88, Mart 2014, s. 28

⁹³ Bkz, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu Genel Gereğesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, e-imza uygulamalarının gerek kamuda gerekse ticari alanda yaygın şekilde kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, bazı sorunlar ve suç tipleri de ortaya çıkabilmektedir. Bu anlamda, e-belgede sahtecilik yapılması halinde sorumluluğun ve cezai yaptırımın nasıl belirleneceğine dair tartışmalar da yaşanmaya başlanmıştır. Bu hususa girmeden önce, e-imza ve e-belge kavramlarının kısaca açıklanmasının yararlı olacağını düşünüyoruz.

Elektronik imza, fiziki ortamda bulunmayan, el yazısı ile imza atmanın fiilen imkansız olduğu hallerde sanal ortamda bulunan belgenin doğruluğunu, güvenilirliğini ve bütünlüğünü koruyan ve imza sahibinin bu belgenin içeriğini kabul edip, onayladığını belirtmesine ve imzalamasını mümkün kılan bir teknik kavramdır. Aslında e-imza, el yazısı ile imzanın elektronik ortamdaki karşılığıdır. Bu bağlamda elektronik imza, ıslak imzanın bir istisnası olmayıp, alternatifidir⁹⁴.

Esasında, elektronik imza kavramı çok genel bir tanım olup, kişilerin elle atmış olduğu imzaların tarayıcıdan geçirilmiş hali olan sayısallaştırılmış imzaları, kişilerin göz retinası, parmak izi ya da ses gibi biyolojik özelliklerinin kaydedilerek kullanıldığı biyometrik önlemleri içeren elektronik imzaları ya da bilginin bütünlüğünü ve tarafların kimliklerinin doğruluğunu sağlayan sayısal imzaları içermektedir⁹⁵.

Elektronik imza ile ilgili Avrupa Komisyonu'nun 1999 tarih ve 99/93/EC sayılı "e-İmza İçin Topluluk Çerçevesi" Direktifi bulunmaktadır. Bu Direktif, e-imza'nın ıslak imza kadar geçerli olmasını, üye ülkelerde kontrol makamlarının denetlenmesini, güvenli bir e-ticaret altyapısının kurulmasının desteklenmesini öngörmüştür. AB Komisyonunun bu Direktifi, elektronik imzanın kullanılması ve hukuken tanınması için gerekli olan hukuki çerçeveyi teşkil etmektedir⁹⁶.

⁹⁴ **Orer Gürsel**; Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 32

⁹⁵ **Sayıcı Bilge**; Türkiye'de Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 22

⁹⁶ **Güler Mustafa**; Türkiye'de E-İmza Alanındaki Hukuki Düzenlemelerin ve Kamu Kurumlarında Bazı E-İmza Uygulamalarının İncelenmesi Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 10

Ülkemizde elektronik imza ile ilgili özel düzenlemeler, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda yer almıştır. Kanunun 3/b maddesine göre “*Elektronik imza, Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi*” ifade etmektedir.

Bir e-imzanın hukuken ıslak imza gibi kabul edilebilmesi için nitelikli (güvenli) e-imzalı olması gerekmektedir. Güvenli e-imzanın şartları EİK'nın 9. maddesinde belirtilmiştir. Güvenli e-imzanın, el yazısı ile imzanın hukuki anlamdaki fonksiyonlarını tam anlamıyla yerinde getirebilmesi için bu maddede belirtilen özellikleri taşıması gerekir. Kanun kapsamında sadece güvenli e-imza bu özelliktedir. Güvenli e-imza dışındaki e-imzalar, hukuki açıdan ıslak imzayla eşdeğer nitelikte değildir⁹⁷. Dolayısıyla, temelde ıslak imza ile gerçekleştirilebilecek her türlü işlem elektronik ortamda güvenli e-imza ile yapılabilir⁹⁸.

Elektronik imza uygulamasına baktığımız zaman, bu tür imzaların ıslak imzada olduğu gibi metnin sonuna atılmadığını, metnin tamamı en küçük boşluğa kadar şifrelendiğinden, metnin tamamını kapladığını, adeta tüm metnin üstüne atıldığını görmekteyiz. Böylelikle, metinde yapılacak en ufak bir değişiklik bile tespit edilebileceğinden imzanın, imza sahibinin metnin onu imzaladığı andaki hali ile bağlı olması, değişikliklerin imza sahibi bakımından bağlayıcı olmaması fonksiyonunun, ıslak imzadan daha güvenilir olarak sağlandığını ifade edebiliriz. Burada metnin inkâr edilmesi, imzanın da inkârı sonucunu doğuracaktır. Çünkü e- imza, hazırlanan metnin içeriğine oluşturulmakta ve bu yönüyle metinle sıkı bir ilişki içerisinde bulunmaktadır⁹⁹.

Elektronik belge ise, elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış bulunan elektronik verileri ifade etmektedir. Bu anlamda internet üzerinden yapılan hukuki işlemler, e-mail yoluyla gönderilen irade beyanları, çeşitli veri taşı-

⁹⁷ **Eren Hayrettin**; E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler (Elektronik İdari İşlemler), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 60

⁹⁸ **Önder Fatih**; Borçlar Hukuku Açısından Elektronik İmza, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2007, s. 44

⁹⁹ **Batır Uğur**; E-Devlet Uygulamalarından Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi Portalı (UYAP)'nın Etkinliğini Belirlemeye Yönelik Ankara Barosu Avukatları Üzerine Bir Alan Araştırması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 54

yticılarına kaydedilmiş ve irade açıklaması içeren elektronik veriler aklımıza gelmektedir¹⁰⁰.

HMK'nın 199. maddesine göre, “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belge*” olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, yine aynı Kanunun 205/2. maddesiyle usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin, senet hükmünde olduğu belirtilmiştir.

Bunun dışında, Borçlar Kanununda da e-imza ile ilgili bazı hükümler bulunmaktadır. Örneğin TBK'nın 15. maddesinde, “*imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur*” denilerek nitelikli elektronik imzanın, ıslak imza ile hukuki ve fonksiyonel anlamda eşit olduğu vurgulanmıştır.

Elektronik imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerinin birbirine bağlayan elektronik kayıt, diğer bir deyişle elektronik sertifikanın da yer almasıyla e-belge hukuki açıdan sonuç doğurmaya elverişli belge özelliğine kavuşacaktır¹⁰¹.

5070 sayılı EİK'nın 16¹⁰² ve 17¹⁰³ maddeleri cezai hükümlerin düzenlendiği maddelerdir. Esasında her iki maddede belirtilen suçlar, elektronik sahte belge düzenlenmesine ilişkin olmayıp, izinsiz imza oluşturulması ve elektronik sertifikada sahtecilik yapılmasına yöneliktir. Dolayısıyla, e-belgede sahtecilik fiili

¹⁰⁰ **Erturgut Mine**; Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza, Bankacılar Dergisi, S. 48, Mart 2004, s. 66

¹⁰¹ Taşdemir, s. 295

¹⁰² Madde 16: “*Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar*”.

¹⁰³ Madde 17: “*Tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananlar; iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*”.

ile ilgili müstakil bir düzenleme henüz yapılmamıştır¹⁰⁴.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, güvenli elektronik imza, hukuki ve işlevsel açıdan ıslak imza ile aynı sonuçları doğurur. Islak imza ile yapılabilecek her türlü işlem, elektronik ortamda güvenli e-imza ile gerçekleştirilebilir. Gerek HMK'nın 199 ve 205/2. maddesi, gerekse TBK'nın 15. maddesinden bu sonuca rahatlıkla ulaşabiliriz.

Bunların dışında, CMK'ya sonradan eklenen 38/A maddesinden de söz etmekte fayda vardır. Bu maddede, UYAP¹⁰⁵ ortamındaki elektronik adli belgenin normal belge niteliğinde olduğu ve elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgenin geçerli kabul edileceği belirtilmiştir¹⁰⁶.

Yargıtay da son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında belgenin e-imzalı olması halinde, artık ıslak imzanın eksikliğini bozma ya da iade nedeni yapmamaktadır. Örneğin bir kararında “*UYAP üzerinden yapılan kontrolde duruşma zaptı ve gerekçeli kararın, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 5 ve 22. maddeleri gereğince elektronik imza ile imzalandığının anlaşılması nedeniyle ayrıca ıslak imza ile imzalanmalarının mahallinde tamamlanabilir eksiklik olarak kabul edildiğinden tebliğnamedeki bu yönde bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir*” diyerek bu hususu vurgulamıştır¹⁰⁷.

Kanaatimizce, belirtilen tüm bu hususlar ve ilgili kanun maddeleri dikkate alındığında, kanun koyucunun e-belgede sahtecilik konusunda özel bir düzenlemeye gitmemesi karşısında, Ceza Kanunundaki sahtecilik suçunu düzenle-

¹⁰⁴ Taşdemir, s. 296

¹⁰⁵ UYAP; günümüzün gerekli tüm teknolojik gelişmeleri kullanılarak, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş olan kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-dönüşüm sürecinde e-devletin e-adalet ayağını oluşturan bir bilişim sistemidir. (Batır, s. 58)

¹⁰⁶ Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı da 10 Kasım 2011 tarihli “UYAP uygulamaları” başlıklı 124/1 nolu genelgesinin 9. maddesinde; “*UYAP kapsamındaki bilgiler ile fiziki ortamdaki bilgiler arasında çelişkiye mahal verilmemesi, bir çelişki olması halinde UYAP kayıtlarına itibar edilmesi*” şeklinde tüm yargı teşkilatlarına bir yazı göndermiştir. (bkz, http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/124-1.pdf, ET: 08.06.2014)

¹⁰⁷ 14. CD, 14.04.2014, 2012/7985 E, 2014/5302 K

yen ceza maddelerinin e-belgede yapılacak sahtecilik hallerinde de uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

Nitekim TCK'da belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği maddelerde belgenin tanımı yapılmamıştır. Bu çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, belgeden söz edilebilmesi için bazı unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu anlamda elektronik belge, belgenin tanımındaki bütün unsurlara yani yazılı olmak, düzenleyeni belli olmak ve anlaşılabilir bir içeriğe sahip olmak unsurlarının yanı sıra taşınabilir olmak özelliğine de sahiptir¹⁰⁸.

Dolayısıyla elektronik belgede yapılan sahtecilik fiillerinde TCK'daki sahtecilik maddelerinin uygulanmasını engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir. Ayrıca, bu maddelerin uygulanması kıyas anlamına gelmez ve suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Zira güvenli e-imza ile imzalanmış ve nitelikli sertifikayla onaylanmış elektronik veri, belge kavramının tüm unsurlarına sahiptir¹⁰⁹.

Bunun yanında elektronik belge, bir kullanıcı tarafından gönderilen bilgi ya da verilerin kesinlikle o kişi tarafından gönderildiğini teyit etmesi, ıslak imzadaki gibi taklit edilme ihtimalinin büyük ölçüde ortadan kalkması, bu verilerin bir başkasının eline geçmesini veya değiştirilmesini engellemesi, uyumsuzluk halinde e-belgenin bir kopyasının da onay kurumunda olması, gönderilen verilerin tarih açısından damgalanması gibi durumlar nedeniyle ıslak imzalı belgeye göre daha avantajlıdır¹¹⁰.

Son olarak belirteceğimiz husus, elektronik imzalı belgenin fiziki çıktısına ilişkin olacaktır. Belirtelim ki, e-imzalı belgenin fiziki çıktısı tek başına hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Elektronik imza sadece dijital olarak doğrulanabildiği sürece bir anlam ifade eder. E-imzalı belgenin çıktısı üzerinden elektronik imzanın kontrol edilmesi mümkün değildir. Bir örnek vererek konuyu sonlandıralım. UYAP'tan alındığı belirtilen ve alt bölümde 'elektronik imza ile imzalanmıştır' ibaresi bulunan belgenin ispat edici bir gücü bulunmamak-

¹⁰⁸ Çiçek, s. 137

¹⁰⁹ Taşdemir, s. 297

¹¹⁰ Orer, s. 49-50

tadır. Ne var ki, belge ıslak imzalı şekilde onaylanmışsa, ıslak imzadan dolayı, hukuki hüküm ifade etmeye elverişli bir belge olarak kabul edilecek ve böylece sahteciliğe konu olabilecektir¹¹¹.

SONUÇ

Ceza hukuku anlamında belgeleri, çeşitli yönlerden bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Mesela, mahsus-tesadüfi, asıl-suret belge gibi. Ancak belgelerde yapılan sahtecilik suçları açısından yapılan en önemli ayırım, bu belgeleri düzenleyen kişilerin sıfat ve görevlerine dayanılarak yapılan resmi ve özel belge ayırımıdır. Ayrıca, resmi belgeye benzetilen belgeler de bulunmaktadır. Kanunda suçların farklı işleniş biçimlerinden de bu ayırımdan yararlanılmıştır. Belge türünün belirlenmesi sayesinde suçun vasfı da doğru olarak tespit edilebilecektir.

Resmi bir belgenin taşınması gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Bunlar, belgenin kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi, kamu görevlisinin bu belgeyi görevi gereği düzenlemiş olması ve kanundaki usul ve esaslara uygun olarak düzenlenmesi şeklindedir.

Resmi belge niteliğinde olan surette sahtecilik de aslında sahtecilik gibi cezalandırılmaktadır. Ancak suretteki sahteciliğin cezalandırılması için, delil niteliği bulunacak şekilde suretin yetkili makam ya da kişi tarafından tasdik edilmiş olması ve asıl belge gibi kullanılabilir olması zorunludur.

Fotokopi belgelere baktığımız zaman, onaysız fotokopinin resmi belge sayılmadığı, fakat belgenin aslına uygun fotokopisinin yetkili kamu görevlisince onaylanması halinde resmi belge sayılacağı ve delil niteliğinin bulunduğu kabul edilmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararında, resmi belgenin onaysız olan fotokopisinin doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağını ve aldatma yeteneğinin bulunmayacağını ifade etmektedir. Fotokopi belgeler üzerinde kalem baskı izi, hız ve imzadaki el kaldırma hareketleri gibi özellikler bulunmadığından, sahteciliğin saptanması çoğu kez mümkün değildir. Ancak, asıl belgenin hiçbir şekilde bulunmaması ihtimalinde, fotokopi belgelerin

¹¹¹ Taşdemir, s. 298

okunması net, grafolojik incelemeye elverişli ve bilirkişinin de belgenin fotokopi olmasından kaynaklı olumsuz bir görüşü yok ise, fotokopi belge üzerinde inceleme yaptırılabilir.

Bunun dışında, yabancı bir ülkede usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından düzenlenmiş bir resmi belgenin yine bu yetkili makam veya Türk konsoloslüğunca onaylanması durumunda, bu belge resmi belge kuvvetinde sayılacaktır. Bu şekilde Türk Hukuku yönünden delil olma ve hukuki sonuç doğurma niteliği kazanan yabancı belgeler de resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilecektir.

Uygulamada bir de gereksiz ya da faydasız sahtecilik hallerine rastlanmaktadır. Sahtecilikle ulaşılmak istenilen hukuki sonuç, sahtecilik yapılmamış olsaydı dahi gerçekleşebiliyorsa, gereksiz ya da faydasız sahtecilikten söz edilir. Bu takdirde sahteciliğin herhangi bir zarar veya böyle bir olasılığa yol açmaması nedeniyle suçun yasal unsurları oluşmamakta ve dolayısıyla da eylem suç teşkil etmemektedir.

Sahte bir belge üzerinde, belki onun gerçek görüntüsünü veya delil niteliğini kuvvetlendirici birtakım değişiklikler veya eklemeler yapan failin de bu ikinci sahtecilik suçuna iştirak ettiğini ve müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtebiliriz. Buna karşın, sahte bir belgedeki sahteliğin giderilmesi, doğru olanın yazılması, belgenin aslına döndürülmesi gibi amaçlarla değişiklik yapılması halinde, ortada sahtecilik bulunmadığından, eylemin suç teşkil etmeyeceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, elektronik belgede yapılan sahtecilik fiillerinde TCK'daki sahtecilik maddelerinin uygulanmasını engelleyen herhangi bir durumun söz konusu olmadığını belirtebiliriz. Ayrıca, bu maddelerin uygulanması kıyas anlamına gelmez ve suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Zira güvenli e-imza ile imzalanmış ve nitelikli sertifikayla onaylanmış elektronik veri, belge kavramının tüm unsurlarına sahiptir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aydil Ertan; Yetkili Kamu Görevlisinin Resmi Evrakta Sahtekârlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

Akçal Nevin; Pasaport Sahteciliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999

Akış Ercüment; Resmi Evrak ve Sahtecilik, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.2, S.5, Temmuz, 1997

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner; TCK Şerhi Özel Hükümler, 4. Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009

Aydın Hüseyin; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, ABD, Y. 68, S. 1, Ankara, 2010

Bakıcı Sedat/Yalvaç Gürsel; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

Batır Uğur; E-Devlet Uygulamalarından Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi Portalı (UYAP)'nın Etkinliğini Belirlemeye Yönelik Ankara Barosu Avukatları Üzerine Bir Alan Araştırması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013

Cengiz Sibel; Evrakta Sahtekârlık Suçları, US-A Yayıncılık, Ankara, 2007

Çam Nihat Bozkurt; Evrakta Sahtekârlık Suçları, ABD, S.3, Ankara, 1989

Çetin Erol/Malkoç İsmail; Uygulamada Sahtekârlık Suçları, Bilgisayar Suçları, Tebligat Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara, 1995

Çiçek Niyazi; Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, Aralık 2007

Dağdeviren Cevher; Türk Ceza Hukukunda Resmi Belgede Sahtecilik Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006

Demircioğlu Mustafa Yaşar; Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Teşebbüsler Arası Elektronik Yazışmaların Delil Değeri, Bankacılar Dergisi, S. 88, Mart 2014

Demirel Muhammed; Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013

Devellioğlu Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara, 2000

Ekinci Mustafa/Esen Sinan; Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelere Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005

Erem Faruk/Toroslu Nevzat; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8.Baskı, Ankara, 2000

Eren Hayrettin; E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler (Elektronik İdari İşlemler), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

Erman Sahir; Evrakta Sahtekârlık Suçlarında ‘Varaka’ Mefhumu, İÜHFM, C. XV, İstanbul, 1949

Erman Sahir/Özek Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1996

Erturgut Mine; Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza, Bankacılar Dergisi, S. 48, Mart 2004

Esen Sinan; Mal Varlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2007

Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa; Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008

Gökcan Hasan Tahsin; Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009

Gökcan Hasan Tahsin; Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M. 207), Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 1, 2010

Gökcan Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010

Güler Mustafa; Türkiye’de E-İmza Alanındaki Hukuki Düzenlemelerin ve

Kamu Kurumlarında Bazı E-İmza Uygulamalarının İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008

Güngör Devrim; Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

Keskin Kaylan; Belgelerde Sahtecilik Suçları, Türk Ceza Kanunu Reformu II, Ankara, 2004

Kuru Kadir; Resmi Evrakta Sahtekârlık Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999

Meydan Larousse, Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Meydan Yayınevi, C. 3

Orer Gürsel; Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorululuğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

Önder Fatih; Borçlar Hukuku Açısından Elektronik İmza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2007

Sayıcı Bilge; Türkiye’de Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009

Soyaslan Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

Taşdemir Kubilay/Özkepir Ramazan; 5237 Sayılı TCK’da Açıklamalı-İçtihatlı Sahtekârlık Suçları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009

Taşdemir Kubilay; Açıklamalı-İçtihatlı Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2013

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013

Toroslu Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2009

Tuna Mehmet; Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1974

Türkçe Sözlük I, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, Ankara, 2004

Uğur Hüsamettin; Gerçek Bir Resmi Belgeyi Değiştirme ve Bozma Eylemlerinin TCK'nın 204/1 ve 205. Maddeleri Açısından Değerlendirilmesi, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Y. 8, S. 86, Ekim 2013

Ünal Oğuz Kürşat; Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006

Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/68.1.pdf>, ET; 05.06.2014

http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/124-1.pdf, ET:

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

The Responsibility of Enlightenment

Sibel ADIGÜZEL*

ÖZET

Hasta hekim ilişkisi; hastanın herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymak, saygı göstermek ve ihlal etmemek yükümlülüğü altında olduğu sağlık, vücut bütünlüğü, yaşam, kendi geleceğini belirleme hakkı gibi mutlak haklarının özel bir öneme sahip olduğu; hekimin ise bu hakların niteliği ile tıp kuralları ve tıp etiğinin gereği hastaya zarar vermeme, özenli ve dürüst davranma gibi birçok yükümlülüğe uygun davranmak zorunda olduğu yoğun bir güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisi hekimin, hastanın özerkliğine ve kendi geleceğini belirleme hakkına saygı göstermesini gerektirir. Bu noktada hekimin hastayı hastalığı ve tedavi yöntemleri hakkında aydınlatması önem arzeder. Zira hastanın sağlığını ve yaşamını ilgilendiren bir konuda karar vermesi, hastalığı ve tedavi için uygulanabilecek yöntemler hakkında gerekli ve yeterli düzeyde bilgiye sahip olması ile mümkündür. Ancak bu koşulla hastanın tıbbi müdahaleye gösterdiği rıza bir anlam ifade edecek ve rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilecektir. Aksi takdirde tıbbi müdahale hastanın yararına dahi olsa, aydınlatılmış onam unsuru eksik olduğu için hekimin cezai ve hukuki sorumluluğuna yol açacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi müdahale, aydınlatılmış onam, hukuki sorumluluk.

ABSTRACT

The doctor-patient relationship is an intensive trust connection in which the absolute rights of the patient such as health, body integrity, life and self-determination that every person is under obligation of respecting and not infringing have a special place and in which the physician has to comply with a bunch of obligations such as not giving harm to the patient, behaving diligently in accordance with the character of these rights and rules of medical ethics. This trust relationship necessitates that physician respects autonomy and right for self-determination of patient. At this point it is crucial that physician enlightens the patient about his or her illness and treatment methods be-

* Bigadiç (Balıkesir) Hâkimi

cause patient can only give decision about his or her health and life if she or he has the necessary and sufficient level of information about the illness and treatment methods. Only under this condition the consent of patient will have a meaning and assure the legality medical intervention. Otherwise, even in the benefit of the patient, the intervention can result to civil and criminal responsibility of physician because of the lack of enlightenment consent element.

Key Words: Medical intervention, informed consent, legal responsibility.



GİRİŞ

Günümüzde hasta-hekim ilişkisini belirleyen etik değerlerde önemli değişimler yaşanmış, hastaya özel bir önem veren ve hasta hakları kavramını ortaya çıkaran bir yaklaşım gelişmiştir. Bu yaklaşımla birlikte teknik ve etik açıdan otoriteyi elinde tutan paternalist hekim anlayışı terk edilmiş, bunun yerine hasta ile iletişim kurarak yapıcı bir işbirliği içine giren, hastanın yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakları başta olmak üzere kişilik haklarına saygı gösteren, hastanın tıbbi müdahale ve tedaviye ilişkin karar alma sürecine etkin katılımını sağlayan bir anlayış benimsenmiştir.

Hastanın iradesini esas alan bu yaklaşım gereği hekime karşı duyulan güven, hekimin hasta için en yararlı olanı yapacak kişi olmasından çok; gerekli bilgileri açıklayarak hastaya kendisi ile ilgili en yararlı kararı verme şansını sunan kişi olmasından kaynaklanmaktadır. Böylece hekim bir yandan hastanın tıbbi yönden yararını gözetirken, diğer yandan haklarını kullanma imkânı tanımakla yükümlüdür.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile aydınlatılmış onam kavramının tıp ve hukuk bakımından arz ettiği önem dikkate alınarak hazırlanan bu çalışmada, aydınlatma yükümlülüğünün hasta-hekim ilişkisindeki yeri, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken uyulması gereken esaslar ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde hekimin hukuki sorumluluğu özel hukuk bağlamında incelenecektir.

I. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tıbbi müdahaleler, niteliği gereği kişilerin vücut bütünlüğünü, sağlığını, yaşamını ve kendi geleceğini belirleme hakkını yakından ilgilendirmekte, tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmeleri halinde dahi başarıya ulaşsın ya da ulaşmasın kişi özgürlüğünün kısıtlanması, vücut bütünlüğünün zarar görmesi ve ölüm gibi birçok olumsuz sonucun doğumuna neden olmaktadır¹. Bu nedenle tıbbi müdahale sonucu hekim tarafından gerçekleştirilen fiiller ceza hukuku bağlamında tipe uygun eylem kabul edilmekte; yaralama, öldürme gibi suç tipleri kapsamında değerlendirilmektedir².

Tıbbi müdahalelerin özel hukuk bağlamında hukuki niteliğinin belirlenmesinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; tıp biliminin kabul ettiği kurallara uygun olarak hekim tarafından gerçekleştirilmesi koşuluyla tıbbi müdahaleler ile kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakları ihlal edilmiş olmaz. Zira tıbbi müdahalelerde amaç kişilik haklarını ihlal etmek değil, kişiyi iyileştirmektir. Dolayısıyla kişinin tedavi edilerek iyileştirilmesi, fiziksel ve ruhsal anomalilerden korunması gibi üstün amaçlara yönelik tıbbi müdahaleler hukuka uygundur³. Azınlıkta kalan bu görüşe karşılık Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukukunda kabul edilen baskın görüş ise kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik haklarını ihlal eden tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği andan itibaren hukuka aykırı olduğunu; ancak hastanın rızası, hastanın üstün nitelikli özel yararı veya üstün nitelikli kamu yararı gibi hukuka uygunluk nedenlerinden birinin gerçekleşmesi ile hukuka uygun kabul edileceğini savunmaktadır⁴. Baskın görüş ışığında varılan kanaat şöyledir: Yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak hukuk düzeyince korunan şahıs varlığı değerlerinden olup, herkese karşı ileri sürülebilen

¹ **ERMAN R.** Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003, s.27.

² Tıbbi müdahale sonucu gerçekleştiren eylemin tipe uygunluğunu savunan görüşler ile karşı görüş ve değerlendirmeler için bkz.: **ERMAN**, s.28-47; **HAKERİ Hakan**, Tıp Hukuku, 4. Güncellenmiş Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s.597 vd.

³ **ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.35.

⁴ **ÇİLİNGİROĞLU**, s.36-37.

ve herkesin uymak, saygı göstermek ve ihlal etmemek yükümlülüğü altında olduğu mutlak haklardandır. Bu nedenle, kural olarak bir kimsenin sahip olduğu bu değerlere yönelik her müdahale onun yararına olsa bile kişilik hakkına yönelik saldırı teşkil eden, hukuka aykırı bir davranıştır⁵. Zira iyileştirme amacıyla hareket ediliyor olsa da hastanın “vücut bütünlüğüne yönelik tecavüz” söz konusudur⁶.

B. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUN OLMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim, hastanın yaşamını, sağlığını ve vücut bütünlüğünü korumak amacı ile hareket ettiğinden bazı şartlara uyulmuş olması koşuluyla tıbbi müdahale, hukuka aykırı olmaktan çıkar⁷. Buna göre, *tıbbi müdahalenin meşru sayılabilmesi için hastanın aydınlatılmış rızasının alınması kaydıyla, bir hekim ya da diğer bir sağlık personeli tarafından, tedavi amacıyla, tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılması şarttır*⁸. O halde, tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı eylem niteliğini ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedeni hasta rızasıdır.

1. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Nedeni: Hasta Rızası

Rıza, bir kimsenin kendi vücudu üzerinde karar verme yetkisinden diğer bir ifadeyle kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır⁹. Kendi geleceğini belirleme hakkı, insan onuruna duyulan saygının bir gereği olup,

⁵ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, C.II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s.104.

⁶ ÖZSUNAY Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.32; ŞENOCAK Zariife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:44, Ankara, 1998, s.44.

⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s.106 vd.

⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.253 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.106 vd.

⁹ ÖZTÜRKLER Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2.B, Seçkin, Ankara, 2006, s.72; ŞENOCAK Zariife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.68, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2001-cilt-50-sayi-1-4/>, erişim tarihi: 14.04.2014; TACİR Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.118.

sağlık durumu ve tıbbi müdahale hakkında aydınlatılarak bilgi sahibi olan hastanın, hekimin yardımından yararlanmak ya da hastalığın akışını kadere bırakmak hususunda iradi seçim hakkını içermektedir¹⁰.

Tıbbi müdahalelerde hasta rızasının alınması gereği Anayasa m.17 ile Türk Medeni Kanunu (TMK) m.24'te düzenlenmekte, böylece kendi geleceğini belirleme hakkı anayasal ve yasal güvenceye bağlanmaktadır. Anayasa m.17 hükmüne göre *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (f.I). Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz (f.II).”* TMK.m.24 hükmünde ise kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası ile haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı açıkça belirtilmektedir.

Tıbbi müdahalelerde hasta rızasının gerekliliğini vurgulayan özel düzenlemeler de mevcuttur. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹¹(TŞSTİDK)'un 70. maddesine göre *“Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.”* Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)'nin 5. maddesinin (d) bendinde *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.”*, (e) bendinde *“Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz.”* ve 24. maddesinde *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.”* hükmü ile hasta rızasının önemi vurgulanmaktadır. HHY.m.22'de ise *“Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.”* hükmü ile hasta rızasının tıbbi müdahalenin sınırlarını belirlediği ve meşruiyetini sağladığı belirtilmektedir.

¹⁰ ERMAN, s.60; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.268; TACİR, s.118-119. Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in (RG, 08/05/2014, S.28994) 2. maddesi ile “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddeye eklenen (h) bendinde rızanın tanımı yapılmıştır. Buna göre rıza, *“Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini”* ifade eder.

¹¹ RG, 10.06.2004, S.25488.

Yasal düzenlemelerin yanı sıra Yargıtay kararlarında¹² da hasta rızasının gerekliliğine ve önemine vurgu yapılmaktadır. Buna göre; bir kimse ayrık durumlar hariç, kendi vücudu üzerinde ancak kendisi tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı korunmak için yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir¹³.

¹² Y.4.HD, 07.03.1977 t., 1976/6297 E., 1977/2541 K., (YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.); Y.2.HD, 14.04.2014 t., 2014/149 E., 2014/8841 K., (UYAP, Yargıtay Karar Arama): “(...) Talep edilen ve mahkemece de kabul edilen tedbir, çocuğa aşı yapılmasını sağlamaya yöneliktir. Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi bir müdahaledir. Aşı da önleyici nitelikte bir tıbbi müdahaledir. Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi zorunludur (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m. 5) (R.G. 20.4.2004 tarih ve 25439 sayı). Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir (Söz. m. 6/1). Kanuna göre bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir. (Söz. m. 6) Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluş, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur. Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer alan” her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılmasının zorunlu olduğuna “ilişkin hüküm (m.89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu halde, kanunen zorunlu olan haller dışında kimse rızası olmaksızın veya aydınlatılmış rızası aranmaksızın tıbbi bir ameliyeye tabi tutulamaz.(...)” Y.13.HD, 22.01.2014 t., 2013/32755 E., 2014/1498 K., (UYAP, Yargıtay Karar Arama): (...) Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde “Rıza” konusu düzenlenmiş ve Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir. Düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. (...)

¹³ AŞÇIOĞLU Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982, s.125; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.45; YENERER ÇAKMUT Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003, s.193.

Hasta rızasının tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilmesi için rızanın bir kimsenin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olarak açıklanması gerekmektedir¹⁴. Bir kimsenin yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklara ilişkin tasarrufta bulunma yetkisi olup olmadığı ve tasarruf yetkisi varsa bunun sınırının ne olduğu kanunla ve hukukun genel ilkeleri ile belirlenecektir¹⁵. TMK.m.23/II uyarınca “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*” Bir kimsenin yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu haklar niteliği itibariyle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olup, kural olarak bu haklar üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmamaktadır. Ayrık olarak vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkı kabul edilmekle birlikte sınırsız değildir¹⁶. Ancak tedavi ve iyileştirme amacı taşıyan müdahaleler ile sağlığı koruma amacına yönelik müdahaleler için serbestçe rıza gösterilebilir ve ancak bu tür müdahalelere gösterilen rıza hukuken geçerlidir¹⁷.

Kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi kamu düzenini de yakından ilgilendirdiği için rızanın ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir¹⁸. Rızanın konusu ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu takdirde, üzerinde serbestçe tasarruf edebilir bir hak söz konusu olsa da ahlaka ve kamu düzenine aykırı rızaya dayanılarak yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır¹⁹.

Hukuk ve ahlak kurallarına uygun olarak açıklanmış olan rızanın tıbbi mü-

¹⁴ ERMAN, s.125; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.215.

¹⁵ **BAYRAKTAR** Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.144; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.216.

¹⁶ BAYRAKTAR, s.144; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.216.

¹⁷ AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.42; BAYRAKTAR, s.144; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.195.

¹⁸ **ARPACI** Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s.114; AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.42; DURAL/ÖĞÜZ, s.104, 105; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.41; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.218.

¹⁹ ARPACI, s.114; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.218.

dahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilmesi için, taşınması gereken başkaca özellikler ve uyulması gereken başkaca yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, hekimin hastaya neye, niçin ve ne şekilde rıza göstereceği hususunda açıklama yapması yani hastanın tıbbi müdahaleye yönelik iradesini aydınlatması²⁰; ikinci olarak, rızanın iyileştirme amacına yönelik olarak, özel ve somut bir durum için serbestçe verilmesi²¹ gerekmektedir. Bu anlamda rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan temel unsur, aydınlatma ise rızanın geçerliliğinin ön koşuludur²².

2. Hasta Rızasının Ön Koşulu: Aydınlatma

a. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü; hastanın uygulanacak müdahalenin ya da tedavi yönteminin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, sonuçları, ortaya çıkabilecek tehlikeler ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler hakkında, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun bir şekilde bilgilendirilmesi, böylece yapılan açıklamanın hasta tarafından tereddütsüz anlaşılması sağlandıktan sonra, söz konusu müdahale ya da tedavinin uygulanması için hastanın iradi ve gönüllü olarak rıza göstermesine imkân tanınması amacıyla Anayasa, sağlık mevzuatı ve meslek etiği ilkelerinden doğan bir yükümlülüktür²³.

²⁰ ARPACI, s.114; YILMAZ Battal, Açıklamalı ve İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.35-36; ÇİLİNGİROĞLU, s.57; ÖZSUNAY, s.32; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.224.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.108; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.349.

²² AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, s.42; AYAN Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, Ankara, 1991, s.72; ÇİLİNGİROĞLU, s.57; DURAL/ÖĞÜZ, s.108; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.269; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.44; YENERER ÇAKMUT Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, y.y., İstanbul, 2007, s.8; YILMAZ, s.34, 35.

²³ ÇİLİNGİROĞLU, s.59; ERSÖZ Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:45, Mayıs 2010, s.113; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.267. Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 2. maddesi ile “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddeye eklenen (ğ) bendinde “Bilgilendirme” kavramı tercih edilerek aydınlatmanın tanımı yapılmıştır. Buna göre bilgilendirme, “Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini” ifade eder.

Aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralı ile vekilin sadakat ve özenli davranma yükümlülüklerinden kaynaklanmakla birlikte, esasen kendine özgü özellikleri olan mesleki bir yükümlülüktür. Zira aydınlatma yükümlülüğü, hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisinde uyulması gereken bir davranış yükümlülüğü olmaktan öte, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran unsurdur²⁴. Diğer bir ifadeyle tıbbi müdahalenin kişilik haklarına saldırı meydana getirmemesi için TMK.m.24 uyarınca rızaya dayanması, rızanın bir anlam ifade edebilmesi için de aydınlatma gereklidir. Aydınlatılmayan rızaya dayanılarak uygulanan tıbbi müdahale, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yanı sıra vücut bütünlüğü hakkının da ihlal edilmesi sonucunu doğurur²⁵. Zira “Aydınlatma yükümlülüğü sadece hastanın iradesinin serbestçe oluşmasının korunmasına değil, vücut bütünlüğünün korunmasına da hizmet eder. Bu yüküm koşulsuz olarak kişilik hakkına ilişkin esaslardan ortaya çıkmaktadır. Zira genel olarak kişiliğin korunması vücut bütünlüğünün korunması gibi, ilgili hak sahibinin kendi vücut bütünlüğüne her türlü müdahale hakkında serbestçe karar almasını da ihtiva eder. Her ikisi birbirine ayrılmaz şekilde bağlıdır²⁶.”

O halde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan temel koşul, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmesi sonucu verilen rıza ile gerçekleşir. Bu koşul, tıp literatüründe “aydınlatılmış onam” olarak karşılık bulmaktadır. Hukuk literatüründe ise “onam” yerine hukuki bir kavram olan “rıza” tercih edilerek, hukuka uygunluk nedeninin “bilgilendirilmiş rıza” olduğu kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce aydınlatılmış onam kavramı doğru ve tercih edilebilir niteliktedir. Zira aydınlatma; hastanın içinde bulunduğu durum, bu durumda kendisine uygulanacak müdahale ve tedavi, bunların beklenen yararlı sonuçları konusunda bilgi vermenin ötesinde hastanın bu bilgileri anlayıp anlamadığı ve kendi düşüncesinde bu bilgilere nasıl bir anlam verdiğini anlama çabasını da içerir. Bu bağlamda aydınlatma, bilgilendirmeyi

²⁴ **OZANOĞLU** Hasan Seçkin, “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s.55, 60, 63, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2003-cilt-52-sayi-1-4/>, erişim tarihi: 15.04.2014.

²⁵ ÖZTÜRKLER, s.72.

²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi kararı (117 Ib 201), (OZANOĞLU, s.59, dn. 16’dan naklen.).

aşan bir anlam ihtiva etmektedir. Diğer bir ifade ile aydınlatma yükümlülüğü tek yönlü bir bilgilendirme yükümlülüğü olmayıp, hastanın bilgiyi anlaması, kendi yaşam planı bakımından anlamlandırması ve bunun hekim tarafından da anlaşılması gereklerini ifade eden bir yükümlülüktür²⁷. Böylece kendi değer yargıları ve yaşam planı bakımından değerlendirme yaparak açıklanan tedavi seçeneklerinden birine “Bu, benim için uygundur.” diyen hastanın rızası hekim ve hasta tarafından aydınlatılmış olmaktadır.

b. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanakları

Pozitif hukukta aydınlatma yükümlülüğünün koşullarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir kanun hükmü bulunmamaktadır²⁸. İlgilinin rızası çoğu suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekle birlikte, hastanın rızası alınmadan önce aydınlatılması gerektiğine ilişkin yasal düzen-

²⁷ Anılan gerekçeler Türkiye Biyoetik Derneği tarafından, Prof.Dr. Şahin Aksoy’un Medimagazin’in 05.06.2006 tarihli sayısında çıkan “Kuyuya Atılmış Bir Taş: Aydınlatılmış Onam” başlıklı yazısına ilişkin karşı görüş ve eleştiri olarak bildirilmiştir. Bkz. <http://www.biyoetik.org.tr/etkinlikler/gorusler/AO.pdf>, erişim tarihi: 27.06.2011. Prof.Dr. Şahin Aksoy’un yazısı için bkz. <http://www.medimagazin.com.tr/authors/sahin-aksoy/tr-kuyuya-atilmis-bir-tas-aydinlatilmis-onam-72-60-845.html>, erişim tarihi: 15.04.2014. Aydınlatılmış onam kavramını eleştiren ve öneri olarak doğru kavramın “bilgilendirilmiş tercih” olduğunu savunan görüş için bkz. TACİR, s.150-151; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.267.

²⁸ Aydınlatılmış onamın önemi dikkate alınarak Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan “Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği” taslağında aydınlatma yükümlülüğü “Bilgilendirme” kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bilgilendirme (aydınlatma), “*Bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi*”dir (m.4/b.b). Ayrıca 24.07.2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilen ve 29.07.2002 tarihinde meclis genel kuruluna sunulan, ancak bu dönemde yaşanan gelişmeler sonucu kadük olan “Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”nda da hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin önemli düzenlemeler getirilmiştir. Tasarının “Bilgilendirecek izin alma” kenar başlıklı 15. maddesinde her türlü tıbbi hizmet ve müdahalenin hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması koşuluyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik taslağı için bkz.: <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=18142>, erişim tarihi: 11.08.2014. Kanun tasarısı için bkz.: HAKERİ, Tıp Hukuku, s.268-269; OZANOĞLU, s.61. Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 3., 4. ve 5. maddeleri ile Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15., 18. ve 20. maddelerinde ciddi değişiklikler yapılarak, yönetmeliğin “Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı” kenar başlıklı üçüncü bölümünde ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

leme birkaç özel suç tipi (TCK.m.90/IV) ile sınırlı kalmıştır. Mağdurun rızasına ilişkin genel düzenlemede de rıza öncesi aydınlatmaya yer verilmemiştir (TCK.m.26)²⁹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını saptamada ilk tespit anayasal dayanağa ilişkindir. Aydınlatma yükümlülüğü, Anayasa m.17/I hükmü ile anayasal güvence altına alınan kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak kabul edilmiştir³⁰. Diğer bir ifadeyle hastanın rızası düşüncesinin dogmatik temelini oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkı, aydınlatma yükümlülüğünün de anayasal dayanağını teşkil etmektedir³¹. İkinci tespit ise, aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağına ilişkindir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, özel hukuk anlamında TMK.m.2/I’de düzenlenen ve sözleşmenin tarafları için öngörülen dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Bir sözleşme akdedilmeden önce, bir tarafın diğer tarafı o sözleşme bakımından önemli sayılacak maddi ve hukuki konularda bilgilendirmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü TMK.m.2/I’e dayanmakla birlikte, hasta-hekim ilişkisinin vekâlet ilişkisi olarak kabul edilmesi nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağı esasen vekilin sadakat ve özenli davranma yükümlülüğüdür. Bu nedenle hekimin aydınlatma yükümlülüğü Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.502’den kaynaklanmaktadır³². Ayrıca vekilin müvekkilin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesini düzenleyen TBK.m.505 ile vekilin müvekkile hesap verme borcunu düzenleyen TBK.m.508 de hekimin aydınlatma yükümlülüğüne dayanak teşkil etmektedir³³.

Anayasa, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan ge-

²⁹ ÜNVER Yener, “*Türk Tıp Hukuku’nda Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.237.

³⁰ Her ne kadar Anayasa’da “kendi geleceğini belirleme hakkı” açıkça düzenlenmemiş ise de, Anayasa’nın 17. maddesi ile kendi geleceğini belirleme hakkının dolaylı olarak düzenlendiği kabul edilmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı Türkiye için bağlayıcı olan Biyotıp Sözleşmesi’nde de açıkça düzenlenmemiş, ancak bu hakkın gerçekleşmesinin en önemli etkeni olan rızanın alınması koşulu düzenlenmiş (m.5), böylece kendi geleceğini belirleme hakkı dolaylı olarak güvence altına alınmıştır.

³¹ ERMAN, s.59; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.432.

³² DURAL/ÖĞÜZ, s.109; OZANOĞLU, s.63.

³³ OZANOĞLU, s.63.

nel düzenlemelerin dışında özel düzenlemelerde de aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını bulmak mümkündür. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü TŞSTİDK.m.70 hükmü ile zimnen, HHY.m.15 ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m.14'te ise genel olarak düzenlenmektedir. HHY.m.15 hükmüne göre "*Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.*" Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı" kenar başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 16., 17., 18., 19. ve 20. madde hükümleri ile de aydınlatma yükümlülüğü açısından ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Ayrıca HHY.m.31 hükmü ile rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁴. TDN.m.14/II hükmüne göre ise, "*(...) teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.*"

Aydınlatma, hukuki bir yükümlülük olmanın yanı sıra tıp etiği bakımından da uyulması gereken ahlaki bir yükümlülüktür. Nitekim Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (TTBMEK)'nda da aydınlatma yükümlülüğüne işaret edilmektedir (m.26).

Yukarıda belirtilen ulusal mevzuatın yanı sıra, çeşitli uluslararası belgeler de de hekimin aydınlatma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981'de yayımlanan ve hekimin aydınlatma yükümlülüğü-

³⁴ Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel ve özel düzenlemelerin yanı sıra bazı özel durumlara yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan üzerinde deney" kenar başlıklı 90. maddesi; Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü" kenar başlıklı 7. maddesi; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un "Gebeliğin sona erdirilmesinde izin" kenar başlıklı 6. maddesi özel düzenlemelere örnektir. Ayrıca İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği'nde de aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır.

nün kabul edildiği ilk uluslararası belge olan “Lizbon Bildirgesi”, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu’na 1994 yılında kabul edilen “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)”, Dünya Tabipler Birliği tarafından 1995 yılında kabul edilen ve 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi’nin genişletilmiş hali olan “Lizbon Bildirgesi II”, hasta hakları alanında kabul edilen son uluslararası metin (2002) olması yönüyle önem arz eden “Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Ana Sözleşmesi” yol gösterici belgelerdir. Bunlar arasında en önemlisi Türkiye tarafından 2003 yılında kabul edilen ve Anayasa m.90 uyarınca bağlayıcı olan **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)**³⁵’dir.

II. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

A. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Aydınlatma yükümlülüğü tedaviyi uygulayacak ya da müdahaleyi yapacak olan hekim tarafından yerine getirilmelidir³⁶. Zira rızanın yöneltileceği kişi, eyleminin hukuka uygun olup olmadığı tartışılan kişi yani hekimdir³⁷. Diğer yandan hastanın kendi yararına olarak en doğru kararı verebilmesi için hastalığı, uygulanacak tedavinin mahiyeti, sınır ve kapsamı hakkında bilgi edinebilmesi hastayı takip eden hekimin gerekli açıklamaları yapması ile mümkündür³⁸. Ancak bilgilendirmenin tam olarak yapılabilmesi için tedaviyi ya da müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin yanı sıra başka bir hekim tarafından da açıklama yapılması gerekebilir (HHY.m.18/II) ³⁹. Örneğin; beyin ameliyatı yapılacak bir hastanın beyin cerrahının yanı sıra ayrıca anestezi hekimi tarafından anestezi hakkında bilgilendirilmesi ve ayrıca anestezi hekimi tarafından aydınlatılmış

³⁵ Sözleşme 03.12.2003 gün ve 5013 sayılı kanun ile uygun bulunup onaylanmış (RG, 09.12.2003, S.25311) ve onay belgesinin 02.07.2004 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmesi ile birlikte 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>, erişim tarihi: 11.08.2014.

³⁶ **HAKERİ** Hakan, “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.35.

³⁷ ERMAN, s.92.

³⁸ BAYRAKTAR, s.125.

³⁹ ÖZSUNAY, s.49; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.299-300.

onamının alınması gerekmektedir⁴⁰.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü diğer bir hekime ve özellikle hemşireye bırakamaz⁴¹. Zira hasta, hastalığı ve uygulanacak tedavi yöntemi hakkındaki bilgileri kendisiyle ilgilenen ve alanında uzman olan bir hekimden almak ister. Hemşirenin ya da başka bir dalda uzman olan hekimin açıklamaları hasta için tatmin edici olmaz. Aksi takdirde hastanın göstereceği rıza aydınlatılmış olmayacağından hukuken geçerli olmaz. Diğer yandan gerçekleştirilecek hizmet bakımından ilgili personelin yeterince nitelikli olması şartıyla hastayı bilgilendirme o personele bırakılabilir. Örneğin; lösemili hastaların ağız hijyeni ve genel temizliği konusunda hastanın bilgilendirilmesi için nitelikli bir hemşire görevlendirilebilir⁴².

B. AYDINLATILMASI GEREKEN KİŞİ

1. Genel Olarak

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kime karşı yerine getireceği ve aydınlatılmış onamın kim tarafından verileceği hususunda belirleyici olan hastanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır. Ayırt etme gücünden anlaşılması gereken hastanın gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin ne olduğunu, ne tür yarar ve zararlar getirebileceğini değerlendirebilecek ve tıbbi müdahaleye rıza vermesi ya da vermemesinin anlam ve önemini kavrayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa ulaşmış olmasıdır⁴³. Bu nedenle, “Ruhi ve ahlaki olgunluğa erişmiş, korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve bu yönde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilebilecek, bunun sonuçlarını takdir edebilecek durumda olan kişi rıza ehliyetine sahiptir⁴⁴.” O halde, aydınlatılması gereken

⁴⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.300; YILMAZ, s.48-49.

⁴¹ HAKERİ, “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”, s.36; YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat, İstanbul, 2006, s.86.

⁴² OZANOĞLU, s.72.

⁴³ ÇİLİNGİROĞLU, s.55; ERMAN, s.84; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.331 vd.

⁴⁴ YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.206. Rıza ehliyeti, Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 2. maddesi ile “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddeye eklenen (f) bendinde “Yeterlik” kavramı tercih edilerek tanımlanmıştır. Buna göre; yeterlik, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden

kişinin kim olduğu sorusu, ayırt etme gücü ve olgunluk ölçütünü esas alan bir yaklaşım ve fiil ehliyetine göre yapılacak değerlendirme ile yanıtlanmalıdır.

2. Hastanın Fiil Ehliyeti Bakımından Aydınlatılacak Kişi

a. Tam Ehliyetli Hasta

Ayırt etme gücüne sahip olan hasta tam fiil ehliyeti için aranan ergin olma ve kısıtlı olmama koşullarını taşıyorsa, rıza verme ehliyeti tamdır. Bu halde aydınlatma yükümlülüğünün tam ehliyetli hastaya kaşı yerine getirilmesi ve rızanın tam ehliyetli hasta tarafından açıklanması gerekmektedir.

Öğretide ve uygulamada kabul edildiği üzere, tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁴⁵. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar başkasına devredilemeyen, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren ve kural olarak temsil yolu ile kullanılamayan, kullanılması tamamen birtakım kişisel takdirlerle, duygusal düşüncelere dayanan ve bu itibarla bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklardır⁴⁶. Bu nedenle, kural olarak aydınlatılması ve rızası alınması gereken kişi hastanın kendisidir⁴⁷. Kuralın istisnası HHY.m.18/III hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre; “ (...) Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.” Bu istisna dışında ayırt etme gücüne sahip hasta yerine hasta yakınlarının aydınlatılıp, onlardan rıza alınması, böylece yapılan açıklamaların ne kadarının hastaya aktarılacağına hasta yakınlarının takdirine bırakılması, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali⁴⁸ ve hastanın anayasal

biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini” ifade eder.

⁴⁵ ARPACI, s.115; BAYRAKTAR, s.130; DURAL/ÖĞÜZ, s.106; **OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1323; ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.73; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.209; YENERER ÇAKMUT, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, s.10.

⁴⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s.78.

⁴⁷ ÖZSUNAY, s.51; BAYRAKTAR, s.129.

⁴⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.298.

haklarının yok sayılması sonucunu doğuracaktır. Hastalığın ciddi veya ağır olması halinde bile hasta yerine bir yakınının aydınlatılması doğru değildir. Zira aydınlatma kişisel olmalıdır. Bu nedenle hekim bizzat hastasıyla konuşmalı, onun beklenti ve korkularını öğrenmeli⁴⁹, hastanın ruhsal durumunu koruyarak hastalığa ilişkin teşhis ve sonuçları açıklamalıdır⁵⁰.

b. Sınırlı Ehliyetli Hasta

Kısıtlanmasını gerektiren yasal nedenler mevcut olmamakla birlikte, şahıs varlığı ve malvarlığı menfaatlerinin korunması amacıyla kendisine yasal danışman atanarak, bazı işlemler için yasal danışman oyunun gerekli görülmesi veya malvarlığı idaresinin yasal danışmana bırakılması sonucu fiil ehliyeti kısıtlanan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip hasta sınırlı ehliyetlidir. Yasal danışman oyunun arandığı haller TMK.m.429 hükmünde belirtilmiş olmakla, tıbbi müdahaleler bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu hükümde sayılan işlemler tahdidi olduğundan örnekseme yoluyla genişletilmesi mümkün değildir⁵¹. Bu nedenle yapılacak işlem ne kadar önemli olursa olsun işlemin geçerliliği yasal danışman oyuna bağlanamayacaktır. O halde, mevcut yasal düzenleme ve tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği gereği sınırlı ehliyetli hastanın rıza verme ehliyetinin tam olduğunu belirtmek gerekir.

c. Tam Ehliyetsiz Hasta

Ayırt etme gücüne sahip olmayan hasta küçük ve ergin olmasına bakılmaksızın tam ehliyetsizdir. Bu nedenle tam ehliyetsiz hasta rıza verme ehliyetini haiz değildir. Bu halde, tıbbi müdahaleye rıza verme yetkisinin tam ehliyetsiz hasta tarafından bizzat ve temsil yasağı nedeniyle tam ehliyetsiz hasta yerine yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir. Ancak bu durum, fiil

⁴⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.305.

⁵⁰ Mahkeme kararına konu bir olayda, hekimin otuz dokuz yaşındaki hastasının psikolojik durumunu düşünerek onun yerine babasına ve eşine bilgi vermiş olması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli görülmemiştir (BGH, NJW 1989, 2318 2319), bkz. HAKERİ, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.37.

⁵¹ DURAL/ÖGÜZ, s.66, 67.

ehliyetsizliğini aşım belirli ölçüde hak ehliyetsizliğini doğuracağı için kişinin saygınlığı ve tam ehliyetsizin korunma ihtiyacı bakımından elverişli deęildir⁵². Hastanın menfaati tıbbi müdahalenin uygulanmasını gerektiriyor ise, hasta menfaati temsil yasağına ağır basacağından yasal temsilciden rıza almaktan başka çare yoktur.

O halde, hastanın tam ehliyetsiz olduğu durumlarda aydınlatmanın hasta yakınlarına ya da yasal temsilciye karşı yapılması mümkündür⁵³. Bununla birlikte aydınlatma konuşması ile hasta yakınları veya yasal temsilciden alınan rıza hasta rızası yerine geçmez⁵⁴. Dolayısıyla tıbbi müdahale yasal temsilci rızası ile hukuka uygun hale gelmez⁵⁵. Bu halde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsur farazi rıza olacaktır. Nitekim hasta yakınları ya da yasal temsilci ile yapılan aydınlatma konuşmasında asıl amaç hastanın tıbbi müdahalenin uygulanmasına ilişkin farazi iradesinin belirlenmesi ve hastanın üstün nitelikli özel yararının gözetilmesidir⁵⁶. Böylece tıbbi müdahalenin uygulanıp uygulanmayacağı kararı hekime bırakılmayıp, hastanın üstün menfaatini gözetmesi koşuluyla yasal temsilciye bırakılarak kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır.

d. Sınırlı Ehliyetsiz Hasta

Hasta ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte küçük ise ya da hakkında mahkemece kısıtlama kararı verilmiş ise sınırlı ehliyetsiz konumundadır. TMK.m.16 hükmü ile ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri, ancak karşılıksız kazanma ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilci rızasının aranmayacağı belirtilmektedir. Buna göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde olan tıbbi müdahaleye rızanın bizzat küçük ya da kısıtlı ta-

⁵² DURAL/ÖĞÜZ, s.79.

⁵³ Biotıp Sözleşmesi m.6.3'te "*Kanuna göre akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.*" hükmü düzenlenmektedir.

⁵⁴ OKTAY ÖZDEMİR, s.1324.

⁵⁵ ERMAN, s.86.

⁵⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s.51; OKTAY ÖZDEMİR, s.1324.

rafından verilmesi mümkündür. Ancak TŞSTİDK.m.70, TMK.m.16'nın aksine tıbbi müdahalelerde yasal temsilci rızasını aramaktadır. Buna göre; “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*” HHY.m.24'te de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre hasta küçük velayet altında ise velinin, velayet altında değil ise kanun gereği vesayet altına alınması zorunlu olduğundan kendisi için tayin edilen vasisinin rızası alınmalıdır. Diğer yandan mahkemece hakkında kısıtlama kararı verilerek vesayet altına alınan hasta bakımından, kısıtlama nedeni ne olursa olsun, her halde vasi rızasının alınması zorunluluğunu kabul etmek doğru değildir. Bu nedenle TŞSTİDK.m.70'de sözü edilen “hacir altına alınmış kişiler”i “küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı” nedeniyle vesayet altına alınan kişilerle sınırlamak, diğer nedenlerle (savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim; özgürlüğü bağlayıcı ceza; talep) vesayet altına alınmış kişilere ise tedaviye bizzat rıza gösterebilme imkânı tanımak gerekir. Aksi halde diğer nedenlerle vesayet altına alınan hastalar hakkında uygulanacak tedavi ve tıbbi müdahalelerde vasi rızasının aranması, bu kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanım alanlarını fazlasıyla daraltacaktır⁵⁷.

Hasta küçükler bakımından rızanın kimden alınması gerektiği konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, hasta küçüğe uygulanacak tıbbi müdahalede rızası alınacak kişi yasal temsilcidir; ancak hekim için bağlayıcı olmasa da ayırt etme gücü olsun ya da olmasın hasta küçüğün görüşü alınarak tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanmalıdır⁵⁸. Başka bir görüşe göre, yasal temsilci ile ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası birlikte alınmalıdır. Bu görüşün temelinde küçüğün korunması amacı yatmaktadır. Bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın ilişkin olduğu kişilik değerinin niteliğine göre, küçüğün karar

⁵⁷ AŞÇIOĞLU Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Tekışık Ofset Tesisleri, Ankara, 1993, s.26; BAYRAKTAR, s.137; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.39.

⁵⁸ BAYRAKTAR, s.133; BELGESAY Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954, s.70; ÇİLİNGİROĞLU, s.55-56; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.334; ŞENOCAK, “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, s.75; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.208.

verme özgürlüğü ile küçüğü koruma amacı arasındaki denge değişebilir⁵⁹. Bu bağlamda vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren, özellikle uzun süren tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası ile yetinilmeyip ayrıca yasal temsilci rızası da alınmalıdır⁶⁰. Nitekim ameliyat gibi küçüğün yaşam ve ölümünün söz konusu olduğu durumlarda ana babaya söz hakkı tanınmaması düşünülemez⁶¹. Diğer bir görüş ise, velayet hakkının işlevinden yola çıkarak ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının tek başına yeterli olduğunu savunmaktadır. Velayetin kapsam ve sınırlarını belirleyen TMK.m.339/I-III uyarınca, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almak ve uygulamakla yükümlü olan ana-baba aynı zamanda çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanınmalı ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini dikkate alınmalıdır. Bu hüküm ışığında velayetin asıl işlevinin çocuğun hak ve özgürlüklerini algılayabilmesi ve kullanabilmesi için kendi bağımsız kişiliğini geliştirebilmesini sağlamak olduğu kabul edilir. Buna göre, velayetin esnek kapsamı katılım hakkına sahip olan küçük olgunlaştıkça daralır⁶². O halde, hasta küçüğün tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal ve akli olgunluğa sahip olması halinde velayet hakkı geri çekilmeli ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkın bizzat ve tek başına hasta küçük tarafından kullanılmasına imkân tanınmalıdır⁶³.

Tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kural olarak tıbbi müdahalenin yasal temsilci rızası ile hukuka uygun hale gelmesi mümkün değildir. Ancak tam ehliyetsiz olan hastalarda kabul edildiği gibi sınırlı ehliyetsiz olan hastalarda da, hasta menfaatinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsile izin vermemesine oranla daha ağır bastığı hallerde yasal temsilci rızasının geçerli olduğu kabul edilmelidir. Hasta küçük, tıbbi müdahalenin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek olgunlukta değil ise, yasal temsilciden rıza almanın dışında bir yol yoktur. Aksi halde hasta küçüğün anestezinin

⁵⁹ ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.75.

⁶⁰ ARPACI, s.115; AYAN, s.11; ÇİLİNGİROĞLU, s.56; DURAL/ÖĞÜZ, s.106, 107; ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.75.

⁶¹ AYAN, s.11; ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.75.

⁶² ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.76.

⁶³ AYAN, s.11; ÇİLİNGİROĞLU, s.56; ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.76.

ciddiyetini bilmeden ve hayati tehlike taşıyan bir ameliyat kararını tek başına vermesi gibi riskli durumlarla karşılaşılabilir. Bu hususta tıbbi müdahalenin niteliği ve ağırlığı da önemlidir. Hasta küçüğün önemsiz bir yaraya dikiş atılmasına rıza vermede yeterli olgunluğa eriştiği kabul edilebilirken, hayati tehlike taşıyan bir ameliyata rıza vermede yeterli olgunluğa eriştiği kolayca kabul edilemez. Nitekim sağlık mevzuatı ile olası riskli durum ve sonuçların engellenmesi amaçlanmaktadır. Kanaatimizce TMK.m.16 hükmünün asıl amacının küçüğün menfaatini korumak olduğu dikkate alınarak, TŞSTİDK.m.70 ile HHY.m.24 uyarınca hasta küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın yasal temsilci rızası alınmalıdır⁶⁴. Bu halde, TŞSTİDK.m.70 ve HHY.m.24 hükmü karşısında TMK.m.16 hükmü uygulanmayacaktır. Bu durum, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Türk Medeni Kanunu'na göre özel nitelikte olması ile açıklanabilir⁶⁵.

TŞSTİDK.m.70 ile HHY.m.24 hükmü uyarınca rıza verme yetkisini haiz kişi yasal temsilci olduğuna göre, aydınlatma yükümlülüğü de yasal temsilciye karşı yerine getirilmelidir. Pozitif hukukta ve uygulamada kural, yasal temsilcinin aydınlatılması olmakla birlikte, en azından kendi geleceğini belirleme hakkına ve insan onuruna duyulan saygının gereği olarak hasta küçüğe hastalığı ve tedavisi basite indirgenerek açıklandıktan sonra, yasal temsilciye hastanın durumu daha geniş anlatılmalıdır (HHY.m.24/II)⁶⁶.

⁶⁴ ARPACI, s.116; ÇİLİNGİROĞLU, s.56; ERMAN, s.82; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.38; YAVUZ İPEKYÜZ, s.28.

⁶⁵ ARPACI, s.116. Nitekim Türkiye için bağlayıcı olan Biyotıp Sözleşmesinde de, kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir (m.6). Ancak bu düzenlemede ayrıca küçüğün görüşünün yaşı ve olgunluk derecesi ile orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınması gerektiği de belirtilmektedir. Esasen HHY'nde de bu husus vurgulanmaktadır. Buna göre; yasal temsilci rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır (m.24/II).

⁶⁶ AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, s.29; AYAN, s.82; BAYRAKTAR, s.86; OZANOĞLU, s.72; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.236. Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında 16 yaşındaki bir gencin ameliyatı için sadece anne-babadan rıza alınması ve hastanın aydınlatılmaması nedeniyle hekimi kusurlu bulmuştur. Bkz.: OGH JBI. 1985, 548, (HAKERİ, Tıp Hukuku, s.299.).

C. AYDINLATMANIN ŞEKLİ

Mevcut yasal düzenlemelerde gerek hastanın aydınlatılmasında gerek hasta rızasının alınmasında uyulması zorunlu bir şekil şartı öngörülmemiş (HH-Y.m.28)⁶⁷, uygulamada ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünü görevine ve üstlendiği sorumluluğun gereklerine uygun olarak yerine getireceği kabul edilerek, uyulması gereken şeklin ne olacağı hekimin takdirine bırakılmıştır⁶⁸. Buna göre, aydınlatmanın ve rızanın yazılı olması zorunlu değildir, sözlü olarak da yapılabilir⁶⁹. Bununla birlikte HHY’nde aydınlatmayı da kapsayacak şekilde “Rıza formu” kenar başlığı altında yapılan düzenleme uyarınca “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir (m.26).”

Uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla önceden hazırlanan ve tıbbi müdahaleye ilişkin genel bilgileri içeren matbu bir form ile yazılı aydınlatma tercih edilmektedir⁷⁰. Ancak hastalarda güvensizliğe yol açan bu formların

⁶⁷ HAKERİ, “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”, s.38. Rızanın hukuki geçerliliğini yazılı şekle tabi tutan yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin; TŞSTİDK.m.70 hükmü ile büyük ameliyatlarda, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.6 hükmü ile organ ve doku naklinde rızanın geçerliliği yazılılık koşuluna bağlanmıştır. Ancak aydınlatmanın hangi şekilde yapılacağına dair yazılı düzenleme bulunmamaktadır.

⁶⁸ ERMAN, s.104; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.305.

⁶⁹ ÖZSUNAY, s.53. Bkz. dn.67.

⁷⁰ Y.13.HD, 18.09.2008 t., 2008/4519 E., 2008/10750 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Adli Tıp Raporunda, (...) kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların,

hasta tarafından okunup okunmadığı, okunduysa bile anlaşılıp anlaşılmadığı dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilip getirilmediği hususunda tereddüt doğmaktadır⁷¹. Bu nedenle, aydınlatma formunun her hastanın özel durumuna göre hazırlanmak yerine matbu olarak hazırlanması halinde aydınlatmadan bahsedilemez⁷². Zira tıbbi uygulamalarda esas olan hastalık değil, hastadır. Her hastalık, her hastada aynı şekilde ortaya çıkmaz. Bu nedenle aydınlatmanın matbu formlarla yapılması anlamsızdır. Ayrıca hastaların eğitim, kültür vb. bakımlardan kapasiteleri her somut olayda farklılık gösterir. Bu nedenle formların altında yer alan hasta imzası tek başına aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine delil teşkil etmez. O halde hasta formları okumuş, anlamış ve imzalamış olsa dahi aydınlatma yapılmış sayılmaz⁷³. Çünkü hekim, hastanın hastalığı ve tedavi yöntemine ilişkin bilgileri anlama yeteneğine sahip olup olmadığını forma atılan imza ile değil, ancak hasta ile yapacağı konuşma ile belirleyebilir⁷⁴.

Hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin kurulmasına yardımcı olması nedeniyle tedavi sözleşmesine en uygun düşen aydınlatma şekli sözlü aydınlat-

bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon olursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. (...)"

⁷¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.307; ÖZSUNAY, s.54; YAVUZ İPEKYÜZ, s.86.

⁷² ERMAN, s.105; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.305-306. Almanya'da mahkeme kararına konu bir olayda hasta dosyasında doldurulmamış ve imzalanmamış aydınlatma formları bulunmuş, hekim formlar esas alınarak aydınlatmanın yapıldığını, formların dosyada bulunmasının da bunu gösterdiğini iddia etmişse de, mahkeme bunun aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine işaret ettiğini kabul etmiştir. Bkz.: OLG München, MedR 2006, 431-432, (HAKERİ, Tıp Hukuku, s.306.).

⁷³ ERMAN, s.105; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.305-306-307.

⁷⁴ ERMAN, s.105.

madır (HHY.m.18/II)⁷⁵. Zira, hekimin hastanın beklenti ve korkularını öğrenebilmesi, hastaya soru sorma olanağının verilmesi, hastanın tedavisini yürüten hekim hakkında kanaat edinmesi ve ona güvenmesi ancak sözlü aydınlatma ile mümkündür⁷⁶. Diğer yandan hekim için olası bir suçlama karşısında ispat kolaylığı sağlayacak yazılı bir belgeye ihtiyaç duyulmaktadır. HHY.m.26 ile getirilen düzenleme ihtiyacı tam olarak karşılamayan sınırlı ve üstelik HHY.m.28 ile çelişik bir düzenlemedir. Bu nedenle yasal düzenleme ile hem hastanın hem de hekimin menfaatinin gözetilmesine imkân sağlayacak genel bir şeklin benimsenmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce öncelikle hekimin hastaya gerekli açıklamaları yapması ve hastanın sorularını uygun bir şekilde yanıtlaması, daha sonra hastanın durumuna göre özel olarak hazırlanan aydınlatma formunun hasta ile birlikte doldurularak imzalanması basamaklarını içeren bir şeklin benimsenmesi yararlı olacaktır⁷⁷.

D. AYDINLATMANIN ZAMANI

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için hastanın müdahaleden önce rıza göstermesi gerektiğinden aydınlatmanın da müdahaleden önce yapılması gerekmektedir⁷⁸. Zira tıbbi müdahale uygulandıktan sonra rıza gösterilmesi (icazet), hekimin eyleminin hukuka uygunluğunu sağlamaz ve cezai sorumluluk doğar. Diğer yandan rızanın önceden veya sonradan verilmesi hukuki sorumluluğa etkili olmadığından, rızanın sonradan verilmesi halinde

⁷⁵ YAVUZ İPEKYÜZ, s.28.

⁷⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.306; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.28.

⁷⁷ Önerdiğimiz aydınlatma şekli esasen Amerika'da uygulanmakta olan "kademeli aydınlatma" yönteminde öngörülen aşamaların sırasının değiştirilmesinden ibarettir. Kademeli aydınlatma yönteminde, önce hastane tarafından hastaya tıbbi müdahaleye ilişkin bilgileri içeren bir belge verilmekte, daha sonra da hasta ile aydınlatma amacına yönelik bir konuşma yapılmaktadır. Böylece ilk aşamada genel bilgilerin verilmesi ile yetinilmekte, ikinci aşamada ise hastaya soru sorma imkânı verilerek daha fazla aydınlatmanın gerekli olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu yöntem hekimin aydınlatma konuşmasını kısa tutacağı ve dolayısıyla gerekli ciddiyeti ve özeni göstermeyeceği, öte yandan hastaya verilen belgede gereğinden fazla bilginin yazılmış olmasının hastaların tedaviyi başarısız bırakacak şekilde korkuya kapılmalarına neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kademeli aydınlatma yöntemi için bkz.: AYAN, s.84-85; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.307-308; ÖZSUNAY, s.53; YAVUZ İPEKYÜZ, s.87.

⁷⁸ ERMAN, s.103; ÜNVER, s.245.

hekimin kusurlu eylemiyle yol açtığı zarar bakımından tazminat sorumluluğu doğmaz⁷⁹.

Aydınlatma müdahaleden önce öyle bir zamanda yapılmalıdır ki hasta zaman bakımından karar verme baskısı altında olmamalıdır⁸⁰. Bu nedenle aydınlatma acil bir durum olmadıkça, tıbbi müdahaleden önce ve hastanın hekimin baskısı altında kalmadan, serbestçe düşünüp karar vermesini sağlamaya elverişli bir sürenin hastaya tanınması imkânını sunan bir zamanda yapılmalıdır (HHY.m.18/V)⁸¹. Öyle ki hasta, hekimin önerilerine uymayı mı, başka bir yol izlemeyi mi seçeceği konusunda serbest iradesini kullanamayacağı bir baskı altına girmemiş olmalıdır⁸². Ancak bu halde hukuken geçerli rızadan bahsedilebilir. Zira hukuken geçerli rıza, aydınlatma yapıldıktan sonra özgür irade ile açıklanan rızadır⁸³.

Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiği tıbbi müdahalenin özellikleri dikkate alınarak her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Örneğin; ayakta yapılan tedavilerde aydınlatma müdahale gününde yapıldığı takdirde zamanında yapılmış kabul edilirken⁸⁴, ameliyat edilmesi gereken hastaya müdahaleden önceki gün yapılacak aydınlatma zamanında yapılmış kabul edilemez⁸⁵. Kural olarak, aydınlatma ameliyattan bir gün öncesinden daha geç yapılmamalıdır⁸⁶. Bu nedenle ameliyata girmeden önce verilen rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamayacaktır. Bununla birlikte hastanın hayatını kurtarmak ve ağır zarara uğramasını engellemek için acilen yapılması gereken tıbbi müdahalelerde ameliyattan hemen önce hatta ameliyat masasında dahi aydınlatma mümkündür.

⁷⁹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.39.

⁸⁰ YAVUZ İPEKYÜZ, s.83.

⁸¹ ERMAN, s.104; YAVUZ İPEKYÜZ, s.83; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.301; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.236.

⁸² ERMAN, s.104.

⁸³ ÜNVER, s.239.

⁸⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.301.

⁸⁵ YAVUZ İPEKYÜZ, s.84.

⁸⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.301; ÖZSUNAY, s.52.

E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONUSU VE TÜRLERİ

Genel olarak, aydınlatmanın konusunu hastalığa ilişkin tıbbi bulgu ve teşhis, müdahale veya tedavinin türü ve içeriği, tıbbi müdahale esnasında karşılaşılabilecek riskler ve tedavinin sonuçları oluşturmaktadır (TTBMEK.m.26)⁸⁷. Bununla birlikte aydınlatma, uygulanacak tedavinin özellikleri dikkate alınarak ve bu sürecin aşamaları gözetilerek, farklı şekillerde yapılabilir.

Aydınlatma sürecinde ilk aşama “**tedavi aydınlatması**”dır. Tedavi aydınlatmasını yapacak olan hekim hastalığı teşhis etmek maksadıyla uygulanması gereken müdahalelere ilişkin bilgi verir. Bu aşamada henüz hastalığın teşhisi gerçekleşmediğinden teşhis edilen hastalığa yönelik bir açıklama söz konusu değildir⁸⁸. Bununla birlikte hekim alınacak ilaçların yan etkilerine, dozuna, hastanın bünyesinin kaldırıp kaldırmayacağına yönelik gerekli bilgileri vermeli ve ilacın yan etkileri dikkate alınarak hastaya gerekli uyarıları -örneğin; lokal anestezi uygulanan bir hastanın bir süre araç kullanmaması gerektiği yönündeki uyarıyı- yapmalıdır⁸⁹. Bununla birlikte, tedavi aydınlatması rızanın geçerliliği ile doğrudan ilişkili olmadığı için hekimin bunu yapmaması hasta rızasının geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü tedavi aydınlatması ile kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması amaçlanmaz. Ancak tedavi aydınlatmasını yapmayan hekim, tedavi sözleşmesine aykırı davranarak tedavi kusuru işlemiş olur ve hastanın uğrayacağı zarar nedeniyle hukuki sorumluluğuna gidilebilir⁹⁰.

Hasta rızasının hukuka uygunluğunu sağlayan aydınlatma ise “**karar aydınlatması**”dır. Zira karar aydınlatmasıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için uyulması zorunlu aydınlatma ön koşulu gerçekleşmekte, böylece hastanın iradesi öne çıkarılarak hastaya tanınan kendi geleceğini belirleme hakkı güvence altına alınmaktadır⁹¹. Bu amaçla karar aydınlatmasını yapan hekim, ilk aşamada hastaya hastalığını söyleyerek tıbbi bulguları ve teşhisi an-

⁸⁷ ÖZSUNAY, s.43.

⁸⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.282, 283.

⁸⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.283, 285, 287; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.230; ÖZSUNAY, s.42.

⁹⁰ ERMAN, s.100.

⁹¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.273 vd.

latmalı⁹², ikinci aşamada ise uygulanacak tedavinin türü, içeriği ve yürütülmesi ile tedavinin başarıya ulaşması halinde ya da aksi halde durumun ne olacağı hakkında bilgi vermelidir⁹³. Ayrıca, hastaya tam anlamıyla seçim imkânının sunulabilmesi için tedavinin muhtemel alternatifleri açıklanmalıdır⁹⁴. Bu kapsamda özellikle klasik tedavi yöntemleri dışında yeni tedavi yöntemleri hakkında da bilgi verilmeli, varsa yeni yöntemle ilişkin itirazlar belirtilmelidir⁹⁵.

Hasta için karar verme süreci olumlu ya da olumsuz etkilerin tamamını öğrendikten sonra başlar⁹⁶. Zira hastanın rıza göstermesini etkileyecek en önemli unsur, tedavinin beraberinde getireceği risklerdir. Bu nedenle hekim, tıp biliminde tanınan tipik ya da olası riskleri hastanın zihninde genel bir resim oluşturacak şekilde ve tam olarak anlatmalıdır⁹⁷. Hekimin ihtimal dâhilinde olsa bile hastayı sürekli ya da geçici yan sonuçlar ve riskler hakkında bilgilendirmesi “**risk aydınlatması**” olarak adlandırılmaktadır⁹⁸.

F. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesi tıbbi değil, hukuki bir sorundur. Her ne kadar etik uzmanları aydınlatmanın kapsamını belirlemeyi hekimlere bırakmayı tercih etse de, hekimlerin aydınlatmanın kapsamına ilişkin kural koyma yetkisi yoktur. Bu nedenle hekimler aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken hukukun çizdiği sınırlar içinde hareket etmek zorundadır⁹⁹.

Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken genel bir kural koymak mümkün olmayıp, her tıbbi müdahale ve tedavinin kendine özgü koşulları, hastanın içinde bulunduğu durum ve psikolojisi dikkate alınarak değerlendirme yapılma-

⁹² ÖZSUNAY, s.41; ERMAN, s.106; YAVUZ İPEKYÜZ, s.77.

⁹³ ÖZSUNAY, s.41; ERMAN, s.108; YAVUZ İPEKYÜZ, s.78.

⁹⁴ YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.231; ERMAN, s.114.

⁹⁵ ÖZSUNAY, s.41.

⁹⁶ YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.230.

⁹⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.275, 287, 288; OZANOĞLU, s.65; ÖZSUNAY, s.42; YENERER ÇAKMUT, “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, s.231.

⁹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s.60; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.287; OZANOĞLU, s.67; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.230.

⁹⁹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.29.

lıdır¹⁰⁰. Bununla birlikte TTBMEK’nda aydınlatmanın konusunu oluşturacak esaslara değinilerek aydınlatmanın kapsamına ilişkin bir çerçeve hüküm getirilmiştir. Buna göre, “*Hekimin, hastasını sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavinin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkiler, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskler konusunda aydınlatılır (m.26).*” HHY’nin “Bilgilendirmenin kapsamı” kenar başlıklı 15. maddesinde daha kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; “*Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerekliğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.*” TDN’nde de “teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği” belirtilerek aydınlatmanın kapsamına işaret edilmektedir (m.14/II).

Aydınlatmanın hangi ölçüde yapılması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapılırken, somut hasta-hekim ilişkisinin süjeleri yani hasta ve hekim esas alınmalıdır. Buna göre, aydınlatmanın kapsamı belirlenirken hekim bakımından somut olaydaki mevcut ve olası riskler dikkate alınarak belirlenen özen ölçüsü¹⁰¹; hasta bakımından ise makul bir kimsenin hangi ölçüde bilgilendirilmeyi isteyeceği değil, somut olaydaki hastanın hastalığına ve tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilerin ne kadarına vakıf olmak isteyeceği ve psikolojik olarak ne kadarını kaldırabileceği dikkate alınmalıdır¹⁰².

Bu çerçevede aydınlatmanın kapsamını ve hekimin özen yükümlülüğünün derecesini belirlemede müdahalenin ivediliği ve tehlikenin büyüklüğü belirle-

¹⁰⁰ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.29; AYAN, s.75; ÇİLİNGİROĞLU, s.64; ERSÖZ, s.114; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.303; YILMAZ, s.42.

¹⁰¹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.29.

¹⁰² AYAN, s.76; BAYRAKTAR, s.128; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.303; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.227.

yicidir¹⁰³. Tehlikenin yoğunlaştığı ve tıbbi müdahalenin ivedi olduğu hallerde hekimden beklenen özenin derecesi artar, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da o ölçüde daralır¹⁰⁴. Örneğin; hava yolu tıkanıklığı gelişen hasta bakımından solunum desteğinin hemen sağlanması gerektiğinden aydınlatmanın kapsamı daralır. Buna karşılık tıbbi müdahalenin ivedi olmadığı, hastanın sakin olarak düşünüp karar verme olanağının bulunduğu hallerde –örneğin zorunlu olmayan sadece tavsiye edilen tıbbi müdahalelerde- aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişler¹⁰⁵.

Aydınlatmanın kapsamını belirleyen unsurlardan bir diğeri olası ve tipik risklerin ölçüsüdür. Buna göre, aydınlatmanın kapsamı tıbbi müdahale sonucunda geçici bir zararın söz konusu olduğu hallerde dar, sürekli bir zararın söz konusu olduğu hallerde ise geniştir¹⁰⁶. Bununla birlikte, olası ve tipik risklerin hasta için taşıdığı subjektif önem ve hastanın somut durumu da kapsamın belirlenmesinde etkilidir. Özellikle hastanın mesleki faaliyetini yerine getirirken belirli organlarından yararlanması söz konusu ise ve uygulanacak müdahale sonucu bu organlarına yönelik bir zarar doğma riski varsa, müdahalenin doğuracağı riskler –örneğin bir futbolcuya bacağını kaybedeceği- açık bir şekilde bildirilmelidir¹⁰⁷. Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir husus tıbbi müdahale sonucu doğabilecek olası risklerden hangilerinin ve ne kadarının anlatılarak aydınlatmanın konusuna dâhil edileceğidir. Bir görüşe göre, gerçekleşmesi son derece düşük olsa bile olası risklerin hastaya anlatılması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre, hekim tıp biliminin ülkede ulaştığı bilimsel ve teknik düzeyi dikkate alarak bilinen ve bilinmesi gereken tipik riskleri açıklamakla yükümlü olup, gerçekleşme olasılığı çok düşük olan riskleri hastasına anlatma külfeti altına sokulmamalıdır¹⁰⁸. Aynı şekilde hastanın kararına etkisi

¹⁰³ AYAN, s.76; ÇİLİNGİROĞLU, s.65; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.304; YAVUZ İPEKYÜZ, s.81-82.

¹⁰⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s.67; ERMAN, s.110; ERSÖZ, s.113; ÖZSUNAY, s.39; ÖZTÜRKLER, s.74; YAVUZ İPEKYÜZ, s.81; YENERER ÇAKMUT, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, s.14.

¹⁰⁵ BAYRAKTAR, s.127; ÇİLİNGİROĞLU, s.65; ERMAN, s.111; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.229.

¹⁰⁶ ÖZSUNAY, s.40; YAVUZ İPEKYÜZ, s.82.

¹⁰⁷ ÖZSUNAY, s.40; YAVUZ İPEKYÜZ, s.82.

¹⁰⁸ AYAN, s.76; ÇİLİNGİROĞLU, s.62; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.228.

olmayan veya hasta bakımından önem taşımayan olası riskler hakkında bilgilendirme yapılması zorunlu değildir¹⁰⁹. Zira normal koşullar altında her makul insan tıbbi müdahalenin niteliği gereği belirli oranda riski bünyesinde taşıdığını bilir¹¹⁰. Kanaatimizce, tipik ve olası riskleri tıbbi müdahaleye ilişkin kararını verirken belirleyici bir unsur olarak dikkate alıp almayacağına hasta karar vermeli, bu nedenle gerçekleşme olasılığı düşük riskler de hastaya anlatılmalıdır. Nitekim Yargıtay, 1977 tarihli kararında, “Davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, (...) muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. (...) bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun, yani riskin meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi.” gerekçesi ile rektal tuşe yoluyla yapılan muayene sonucu kızlık zarına zarar veren, ancak bu tehlikeye karşı hastasını daha önceden aydınlatmamış olan hekimi kusurlu bulmuştur¹¹¹.

Aydınlatmanın kapsamını belirleyen diğer bir durum, hastanın aydınlatma konusunda hekimden talepte bulunmasıdır. Hastanın bu yönde bir talepte bulunması hekime zaten bir borç olarak yüklenmiş olan aydınlatmanın kapsamını genişletir¹¹². Zira bu durumda hasta talep ettiği bilginin kendi seçimi bakımından önem taşıdığını belirtmektedir. Dolayısıyla hekim bu talep karşısında normalde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girmeyen noktaları bile değerlendirmekle ve ender görülen komplikasyonları dahi açıklamakla yükümlü hale gelir¹¹³.

G. AYDINLATMANIN ZORUNLU OLMADIĞI HALLER

1. Acil Durumlar

Gerekli tıbbi müdahalenin gecikmeksizin yapılmasının zorunlu olduğu hallerde hekimin düşünmek ve incelemede bulunmak için zamanı olmayabilir. Hekim, acil vakalar karşısında bilimsel ve vicdani kanaatine göre hareket et-

¹⁰⁹ YENERER ÇAKMUT, “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, s.13-14.

¹¹⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s.62.

¹¹¹ Y.4.HD, 07.03.1977 t. ve E.1976/6297, K.1977/2541 s.lı karar (YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.).

¹¹² AYAN, s.177; ÇİLİNGİROĞLU, s.64; ÖZSUNAY, s.40; YAVUZ İPEKYÜZ, s.82.

¹¹³ ERMAN, s.115; ÖZSUNAY, s.40; YAVUZ İPEKYÜZ, s.83.

mek zorundadır¹¹⁴. Bu nedenle hastanın bilincinin kapalı olması veya kendisine yapılacak açıklamaları anlayamayacak durumda bulunması ve gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması söz konusu ise hekim, mümkün ise hasta yakınlarını veya yasal temsilciyi, mümkün değil ise tıbbi müdahale sonrası hasta yakınlarını veya yasal temsilciyi bilgilendirir (HHY.m.24/VII)¹¹⁵.

Özellikle “müdahale edilmediği takdirde doğabilecek zarar riski”, “müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskinden” fazla ise hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi makul ve hukuka uygundur¹¹⁶. Kaldı ki bilinci kapalı bir halde hastaneye getirilmiş kazazedeye ya da ameliyat sırasında bilinçsiz durumda bulunan hastaya gerekli açıklamaların yapılması mümkün değildir¹¹⁷. Ancak acil durumlarda dahi hastanın iradesini belirleme olanağı varsa ya da müdahale esnasında başlangıçta öngörülemeyen ve dolayısıyla hastanın herhangi bir irade açıklamasında bulunmadığı hallerde müdahaleye ara verilmesi olanaklı ise hasta iradesine uyulması gerekir¹¹⁸.

Hasta rızasının alınmasının mümkün olmadığı, yasal temsilci veya mahkemen karar alınmasının ise zaman gerektirdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatının tehdit altına girme riskinin bulunduğu acil durumlarda aydınlatma ve rıza şartının aranmayacağı HHY’nde açıkça düzenlenmiştir (m.24/VII, c.1). Bu halde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin hukuki dayanağının ne olduğu önemlidir. Bu hususta öğretide zorunluluk halini ve farazi rızayı esas alan iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu konudaki görüş farklılığı Anayasanın “*tıbbi zorunluluklar (...) haricinde kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulmaz.*” hükmünde belirtilen “tıbbi zorunluluk” kavramına ilişkin

¹¹⁴ KANETİ Selim, “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.525.

¹¹⁵ ÖZSUNAY, s.52; YILMAZ, s.44; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.232.

¹¹⁶ ERMAN, s.147.

¹¹⁷ ÖZSUNAY, s.52; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.35; YAVUZ İPEKYÜZ, s.89.

¹¹⁸ YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.232; ÖZSUNAY, s.43.

yorum farkından kaynaklanmaktadır (m.17/II). Bir görüşe göre tıbbi zorunluluklar kavramı ile rızanın alınmasının mümkün olmadığı acil durumlar ile müdahale devam ederken ortaya çıkan ve müdahale öncesi gösterilen rızanın kapsamında bulunmayan durumlar ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu gibi durumlarda ise hukuka uygunluk nedeni olarak farazi rıza aranmaktadır. Diğer görüşe göre ise, tıbbi zorunluluklar kavramı farazi rızayı değil, tıbbi endikasyonları işaret etmektedir. Böylece tıbbi endikasyonun bulunduğu hallerde rıza aranmaksızın hastanın vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi mümkündür¹²⁰.

Zorunluluk halini savunan görüş, hastanın rıza açıklayamayacağı acil durumlarda, tehlikenin ağırlığı ve yakınlığı dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkına karşılık yaşam hakkını tercih eden hekimin zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun hareket ettiğini kabul etmektedir¹²¹. Ancak zorunluluk hali ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir. Özel hukuk bakımından ise, kişinin kendisinin ya da bir başkasının şahsına veya malvarlığına yönelik mevcut bir tehlike ya da zarardan korunmak üzere bir başkasına ait malvarlığına zarar vermesi zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun kabul edilir. Bu nedenle zorunluluk hali, hastanın irade açıklamasında bulunmasının mümkün olmadığı acil durumlarda sadece aydınlatma yükümlülüğünü kaldıran bir istisna olarak değerlendirilebilir. Farazi rıza ise, hekimin rıza olmaksızın hastanın hukuksal yararına müdahale ettiği, ancak objektif ölçütlere göre hasta rızasının varsayılabildiği halleri kapsayan, gerek ceza hukukunda gerek özel hukukta kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir¹²². Bununla birlikte acil durumlarda farazi rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, hekimden bilimsel ve vicdani kanaatine göre hareket etmesinin yanı sıra hastanın gerçek iradesi üzerinden

¹¹⁹ ERMAN, s.154.

¹²⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.435.

¹²¹ AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.113; AYAN, s.83; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.432; ÜNVER, s.251. Tacir'e göre, hekimin hastanın rızasını varsayması kendi geleceğini belirleme hakkını zedeler. Bu durumda hekim, hasta adına da olsa aslında kendi iradesini ortaya koymaktadır. Kaldı ki acil durumlarda hasta iradesinin hangi yönde olduğunu varsaymak ve belirlemek imkânsızdır. Bu nedenle rızanın varsayımına dayanılarak değil, zorunluluk nedeniyle meşrulaştığı kabul edilmelidir. Bkz.: TACİR, s.174-175.

¹²² ERMAN, s.139; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.378.

tahmin yürüterek hastanın subjektif durumuna göre bir değerlendirme yapması da beklenir¹²³.

2. Hastanın Aydınlatmayı İstememesi

Hastanın aydınlatılmadan vazgeçme hakkının anayasal dayanağını kendi geleceğini belirleme hakkı¹²⁴, yasal dayanağını ise TMK.m.23/II oluşturmaktadır¹²⁵. Ancak aydınlatmadan vazgeçme, TMK.m.23/II bağlamında kişi özgürlüğünü hukuka ve ahlaka aykırı sınırlandırma şeklinde gerçekleşmemelidir. Anılan hükümlerin yanı sıra HHY.m.20 ve TTBMEK.m.27 hükmünde de aydınlatmadan vazgeçilebileceği kabul edilmiştir. Buna göre; ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında, hasta sağlık durumu hakkında kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.

Aydınlatılma hakkından vazgeçmenin hukuken geçerli olabilmesi için hastanın reşit ve bu yöndeki iradesinin sağlıklı olmasının yanı sıra vazgeçmenin açıkça, duraksamaya yer vermeyecek şekilde yazılı olarak belirtmiş olması ve haklı nedenlere dayanması gerekir¹²⁶. Bu nedenle zımnî vazgeçme hukuken geçerli değildir. Hastanın açık olarak beyan edeceği iradesinden kendisini tam olarak hekime teslim ettiğinin kesin olarak anlaşılması gerekir¹²⁷. Bununla birlikte aydınlatmadan vazgeçme ancak müdahalenin yürüyüşü ve tehlikelerine ilişkin noktalar bakımından kabul edilmelidir. Zira bir kimsenin durumu hakkında ayrıntılı olmasa da belirli bir bilgi düzeyine sahip olmadan daha fazla bilgilenmekten vazgeçmesi kavramsal olarak mümkün değildir¹²⁸.

3. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hastanın hastalığı hakkında bilgisi varsa ya da önceden aydınlatılmışsa he-

¹²³ ERMAN, s.139-140.

¹²⁴ ÖZSUNAY, s.44.

¹²⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.312.

¹²⁶ YILMAZ, s.43; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.312, 313; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.34; ÜNVER, s.241.

¹²⁷ ÖZSUNAY, s.44; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.312; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.233.

¹²⁸ ERMAN, s.117.

kimin aydınlatma yükümlülüğü kalkar¹²⁹. Genel olarak hastanın hekim ya da hemşire olması, hastalığı konusunda bilgi sahibi olduğunu gösterir. Hastanın hastalığı konusunda bilgi sahibi olması daha önceden bir hekim tarafından aydınlatılmış olmasından da kaynaklanabilir¹³⁰.

Kanaatimizce gerek hastanın mesleği dolayısıyla bilgi sahibi olması gerek daha önceden aydınlatılmış olması halinde dahi aydınlatma yapılmalıdır. Zira hasta tıp öğrenimi görmüş bir hekim ya da hemşire olsa da, hastalık kendisinin uzmanlık alanı dışında olabilir ve bu nedenle yeterli bilgiye sahip olmayabilir. Ayrıca hasta, hekim ya da hemşire olsa bile bir hastalığın etki ve seyri her hastada aynı değildir¹³¹. Daha önceden aydınlatılan hasta bakımından ise birden fazla hekimden bilgi alınması uygun tedavi yönteminin seçilmesi bakımından yarar sağlayacaktır. Bununla birlikte hasta bilgi sahibi olsa da, hastanın hekimi tanıyabilmesi ve ona güvenebilmesi için aydınlatma gereklidir. Hastanın bilgisinin bulunması ya da daha önceden aydınlatılmış olması sadece detaylı bir aydınlatma konuşması yapılması gereğini ortadan kaldırır ve aydınlatmanın kapsamını sınırlandırır. Nitekim yargıya intikal eden bir olayda mahkeme, hastanın senelerdir hastalığıyla ilgili birçok hekime ve hatta uluslararası üne sahip hekimlere muayene olmuş olmasının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına, sadece aydınlatmanın türü ve kapsamını etkileyeceğine karar vermiştir¹³².

4. Hastanın Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Aydınlatılmaması

Bir kimsenin tedavi görmesi halinde dahi olumlu sonuç elde etme ihtimalinin çok düşük olduğu ciddi sağlık sorunları ile karşılaşması sadece fiziksel olarak değil, psikolojik olarak da çökmesine neden olacaktır. Bu halde, özellikle tıbbin çözüm üretmediği, ölümün kaçınılmaz olduğu hastalıklar bakımından aydınlatma yapılırken daha özenli davranılmalıdır. Bu nedenle ölmek üzere olan bir hastaya, acılarını hafifletmek için yapılan tıbbi müdahaleler hakkında

¹²⁹ BAYRAKTAR, s.129; YAVUZ İPEKYÜZ, s.88.

¹³⁰ YILMAZ, s.43; ÖZSUNAY, s.45; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.233.

¹³¹ ÜNVER, s.241.

¹³² BGH, NJW 1976, 363, (HAKERİ, Tıp Hukuku, s.314'ten naklen.).

insani nedenlerle hekimin sessiz kalması tercih edilmektedir. Kaldı ki bu durumdaki bir hastanın karar verme yeteneği olmadığından aydınlatma anlamsız olacaktır¹³³.

Hastanın tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatılmaması istisnası TDN.m.14/II'de düzenlenmiştir. Mevcut hukuki düzenleme karşısında, hastaya tıbbi durumuna ilişkin her gerçeğin açıklanıp açıklanmayacağı sorununun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta iki farklı görüş bulunmaktadır¹³⁴. İlk görüşe göre, durumu ne kadar umutsuz olursa olsun hastaya durumu tüm açıklığı ile anlatılmalıdır¹³⁵. Zira hasta kendi vücudu ve sağlığı üzerinde herkesten önce, dolayısıyla hekimden önce karar verme hakkına sahiptir. Hekimler tarafından savunulan diğer görüş ise, hastaya herşeyin -özellikle hastayı psikolojik olarak çökartecek gerçeklerin- açıklanmaması gerektiğini savunmakta¹³⁶, bunun sonucu olarak da tıp bilimi bakımından özel bir sınırlama nedeni olarak hastaya psikolojik olarak kaldırabileceği kadar bilginin açıklanmasını kabul etmektedir¹³⁷. Bu görüşün aydınlatma yükümlülüğü ile tıp etiği ilkesi olarak zarar vermeme yükümlülüğü arasındaki çatışmanın sonucu olarak benimsenmiştir.

Kanaatimizce hekim her zaman doğru olanı söylemeli, gerçeği saklamamalı ve hastayı yanıltmamalıdır. Paternalistik bir tutum takınarak tıbbi gerçeği hastadan saklayan ve bilgi vermekten kaçınan hekim hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmiş olacaktır. Bu nedenle hekim hastanın psikolojik durumunu koruyarak, asgari düzeyde de olsa korkulan sonuçtan bahsetmeli, hastanın ve hasta yakınlarının durumun bilincinde olmasını sağlamalı, böylece tedavinin devamı ve şekli bakımından değerlendirme yapılmasına, ayrıca geri kalan yaşamın planlanmasına imkân tanınmalıdır. Keza bu çözüm hekimin sadakat ve dürüst davranma yükümlülüklerinin de gereğidir. Dolayısıyla hekimin iradesine dayanan “hastanın tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatılmaması”

¹³³ ÖZSUNAY, s.45; ÖZTÜRKLER, s.77; YENERER ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.233.

¹³⁴ REİSOĞLU, s.5.

¹³⁵ REİSOĞLU, s.5.

¹³⁶ REİSOĞLU, s.5.

¹³⁷ OZANOĞLU, s.71.

istisnası kabul edilemez. Ancak hastanın iradesine dayanan “hastanın aydınlatmayı istememesi” istisnasına dayanılarak aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı kabul edilebilir.

5. Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması

Hastanın sağlık durumuna ilişkin ağır ve kaçınılmaz sonuçların söz konusu olması ve bu durumun açıklanmasının hastanın sağlığını ağır tehlikeye düşürecek olması halinde, hekimin terapötik (iyileştirme) nedenlerle susması gerektiği ve hatta gerçek dışı düzenleme ve belgelerle hastayı tehlikeli bir durumu olmadığına inandırmak hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹³⁸. Daha çok hekimler tarafından kabul edilen bu görüşe göre, hastanın aydınlatılmakla psikolojik durumu hangi ölçüde bozulacaksa aydınlatma zorunluluğu o ölçüde kalkar. Zira hastanın sağlık durumuna ilişkin ağır ve kaçınılmaz sonuçların anlatılması ile tedavinin başarısı büyük ölçüde tehlikeye girecek ve bir aydınlatma zararı doğacaktır¹³⁹. Bu görüş bakımından Theodor Storm kararı¹⁴⁰ ilginçtir. Kanser olan ünlü yazar Storm, hastalığının açıklamasıyla psikolojik olarak büyük bir çöküntüye uğrar. Hastanın bunalımdan kurtarılması amacıyla kardeşi özel hekimler kurulu oluşturulmasını sağlar ve bu kurul hastaya ilk teşhisin doğru olmadığını, hastalığın mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklar. Böylece Storm’un tekrar hayata bağlanması sağlanır. Bu örnekte olduğu gibi, hastaya hastalığının açıklanması hastanın yaşama gücünü kaybetmesine ya da hastada intihar düşüncesinin oluşmasına yol açacaksa veya hastanın korkuya kapılması sonucu kalp krizi geçirme riski ya da yaşadığı paniğin etkisiyle tedaviyi kabul etmeme ihtimali söz konusu ise, ağır ve önemli bir tehlikenin varlığı kabul edilerek hastaya açıklama yapılmamalıdır¹⁴¹.

Hastanın terapötik nedenlerle aydınlatılmaması istisnası ilk bakışta hastanın tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatılmaması istisnası ile benzer görülmeyle birlikte; terapötik nedenlerle aydınlatmama halinde hastanın iyileşme umudu

¹³⁸ ÖZSUNAY, s.46; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.35.

¹³⁹ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.55.

¹⁴⁰ BGH, NJW 1980, 1306, (ÖZSUNAY, s.46’dan naklen.).

¹⁴¹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.35; ÖZTÜRKLER, s.76; YILMAZ, 43; ÖZSUNAY, s.47.

varken, tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatmama halinde hastanın iyileşme umudu yoktur. Ancak yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle durumu ne kadar ümitsiz, ameliyatın sonuçları ne kadar tehlikeli olursa olsun aydınlatmanın zorunlu olduğu; hastanın büyük üzüntü duyması, karamsarlığa kapılması, bunalım geçirmesi gibi nedenlerin aydınlatma yükümlülüğüne istisna getirilmesi için yeterli olmadığı kanaatindeyiz¹⁴².

III. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne uymamakla göstereceği kusur, hukuki ve cezai sorumluluğunun yanı sıra disiplin sorumluluğuna yol açar. Ancak bu bölümde incelenecek konu genel esaslar çerçevesinde hekimin hukuki sorumluluğudur.

B. AYDINLATMAYÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Hasta-hekim ilişkisi genel olarak bir sözleşme ilişkisine dayandırılmakta ve bu sözleşme ilişkisi, “hekimlik sözleşmesi” ya da “tedavi sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır¹⁴³. Hekim tedavi sözleşmesi ile tıbbi müdahale ve tedaviyi gerçekleştirme yani iş görme borcu altına girdiğinden, tedavi sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Nitekim istisnai durumlar hariç olmak üzere¹⁴⁴, öğretiler ve uygulamada hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi

¹⁴² ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.55.

¹⁴³ AYAN, s.49; BAYRAKTAR, s.33; BELGESAY, s.75; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.41; DOĞAN Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare Hukuku), Sempozyum 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s.41; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.17.

¹⁴⁴ Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğini hizmet sözleşmesine ve eser sözleşmesine dayandıran farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak baskın görüş tedavi sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Bkz.: AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.31-37; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.18-50.

olduğu hâkim görüş olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Tedavi sözleşmesinden doğan asli borç teşhis ve tedavi olmakla birlikte hekim, vekâlet hükümleri gereği asıl borcun yerine getirilmesine hizmet eden birtakım yan edim yükümlülüklerine de uymak zorundadır¹⁴⁶. Bu bağlamda TBK.m.506/II’de düzenlenen özenli davranma yükümlülüğü, yerine getirilmesi zorunlu bir yan edim yükümlülüğü olmanın dışında, vekâlet sözleşmesinden doğan borçlar bakımından genel bir nitelik taşıması¹⁴⁷ ve TBK’da açıkça düzenlenmemiş olan aydınlatma yükümlülüğünün hukuki temelini oluşturması bakımından önemlidir. Hekim, özenli davranma yükümlülüğü gereği tıbbi müdahale ile amaçlanan sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmalı, diğer yandan başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınılmalıdır¹⁴⁸. Diğer bir

¹⁴⁵ AYAN, s.54; BELGESAY, s.76; KANETİ, s.61; REİSOĞLU, s.13; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.25. Y.9.HD, 18.11.1991 t., 1991/8375 E., 1991/14336 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukuken BK’nun 386. maddesinin 2. fıkrası uyarınca vekâlet akdidir.”

¹⁴⁶ AYAN, s.64.

¹⁴⁷ AYAN, s.88; BAŞPINAR Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.143; BAŞPINAR Veysel, “Hekimin Özen Borcu”, Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr. Cem Baygın, Yrd.Doç.Dr. Metin Uçar, Yrd.Doç.Dr. Yusuf Büyükkay, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.27.

¹⁴⁸ BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.123, 136; TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri-İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, C.II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.407, 410. YHGK, 05.05.1993 t., 1993/1-79 E., 1993/195 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. (...) vekil edenin yararı ile bağdaşmayan bir davranış içerisinde bulunan vekil BK’nun 390/I maddesine göre sorumlu olur.”; Y.13.HD, 25.04.2002 t., 2002/2589 E., 2002/4560 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Doktor tıbbi çalışmada bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır.”; YHGK, 01.10.2009 t., 2009/13-393 E., 2009/452 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Vekilin genel olarak özenle yerine getirme borcunu düzenleyen BK m.390’a göre vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir. Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir. Böylelikle BK m.321’e yollama yapılmıştır. Anılan bu yasa hükmüne göre işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimamla ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür.”

ifadeyle hekim, “hastanın durumu, hastalığın gelişimi, tanı ve tedavide uygulanacak yöntem ve tıp kurallarının araştırılmasında ve gösterilecek beceride yüksek özen” göstermek zorundadır (TDN.m.14, HHY.m.14, TBK.m.506/II)¹⁴⁹. Bu çerçevede tedavi sözleşmesi ile belirli bir sonuca yönelik edim fiilini özenle yerine getirmeyi taahhüt eden hekim, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de (TDN.m.13), bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin ve eylemlerin özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur¹⁵⁰. Dolayısıyla özenli davranma yükümlülüğünden kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim hastanın uğrayacağı zararlardan sorumludur.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde açılan tazminat davasında, hekimin kusuru belirlenirken objektif özen ölçüsü esas alınmalıdır¹⁵¹. Zira tıbbi müdahalenin hastanın anayasal haklarını yakından ilgilendirmesi, hekimlerin uzun süreli bir eğitim süreci ve sınavlar sonucu diplomaya hak kazanmaları ve devlet tarafından verilen ruhsatname ile faaliyet göstermeleri karşısında subjektif özen ölçüsü kabul edilemez¹⁵². Nitekim TBK.m.506/III’te düzenlenen “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” hükmü ile “mesleğe özgü ortalama vekilin (hekimin) davranı-

¹⁴⁹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.28.

¹⁵⁰ BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.137; TANDOĞAN, s.407. 13.HD, 05.02.1991 t., 1991/7902 E., 1991/1070 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinin rizikosu vekile yüklenemez. Bu riziko müvekkil üzerinde kalır.”

¹⁵¹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.76; AYAN, s.108; BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.163; BAŞPINAR, “*Hekimin Özen Borcu*”, s.28-29; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul, 2001, s.322; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.85; YILMAZ, s.216. Y.13.HD, 14.03.1983 t., 1982/7237 E., 1983/1783 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.”

¹⁵² AYAN, s.89; BAŞPINAR, “*Hekimin Özen Borcu*”, s.28; TANDOĞAN, s.411.

şı”nın yani “objektif özen ölçüsü”nün esas alınması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre, belirli bir somut hekimin davranışı bir hukuki figür, soyut bir ideal varlık olarak ortalama bedensel ve fikri yetilere sahip ortalama hekimin ortalama davranışı ile kıyaslanmalıdır¹⁵³. Bu amaçla, ortalama hekimin hatta ihtisas alanına göre ayırım yapmak mümkün olduğundan aynı anabilim dalında görevli ortalama hekimin somut hekimin yerinde olsaydı somut koşullara göre aynı şekilde davranıp davranmayacağı araştırılır¹⁵⁴.

Sonuç olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin meslek kuralını bilmemesi veya bilmesine rağmen uygulamaması halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale meslek kurallarına aykırı olacağından objektif özen yükümlülüğünü ihlalden bahsetmek gerekir¹⁵⁵. Nitekim gerek tıp bilimi ve uygulaması gerek öğreti ve Yargıtay, genel olarak tıp bilimi kurallarını ihlal eden hekimin özenli davranma yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle “meslek kusuru” işlediğini kabul eder¹⁵⁶. Dolayısıyla hekimin tıp bilimi kuralı olan aydınlatma yükümlülüğüne uymamakla göstereceği irade eksikliği bağışlanamaz bir kusur olup, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekim meslek kusuru işlemiş

¹⁵³ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.75; GÜMÜŞ, s.324.

¹⁵⁴ AYAN, s.89; GÜMÜŞ, s.325. Y.13.HD, 14.10.1974 t., 1974/2637 E., 1974/12492 K., <http://www.kazanci.com/>: “(...) Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyedeki bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir.”

¹⁵⁵ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.76; AYAN, s.108; BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.163; ŞENOCAK Zarife, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*”, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım, Ankara), Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.246.

¹⁵⁶ AYAN, s.90; GÜMÜŞ, s.103-108; ÖZTÜRKLER, s.168-169; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.83; YILMAZ, s.111, 112. Y.13.HD, 19.10.2006 t., 2006/10057 E., 2006/13842 K., <http://www.kazanci.com/>: “Vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmez. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır.”

olur¹⁵⁷. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (HD), 1977 tarihli kararında “(...) ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır” vurgusu ile tıbbi müdahalenin usulüne uygun bir şekilde icra edilmiş olması ve olumsuz sonucun doğumunda hekimin bir kusuru bulunmaması halinde bile rızanın hiç ya da yeterince aydınlatılmamış olması gerekçesine dayanarak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁸. Yargıtay 4. HD’nin 1977 tarihli ilke kararından sonra, 13. HD 2008 yılında verdiği bir kararla¹⁵⁹ hekimin aydınlatma yükümlülüğünün önemine dikkat çekmiştir.

¹⁵⁷ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.42, 49, 83, 92; ERMAN, s.122; YILMAZ, s.50.

¹⁵⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s.59; ÖZSUNAY, s.32, 56. Y.4.HD, 07.03.1977 t., 1976/6297 E., 1977/2541 K., (YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.). Türk hukukunda aydınlatılmış onamın önemi ilk defa Y.4.HD’nin 1977 tarihli ilke kararı ile ortaya konulmuş ve ilk defa hastadan aydınlatılmış onam alınmadığı gerekçesi ile hekimin hukuki sorumluluğuna gidilmiştir. Davaya konu olay şöyledir: 13.07.1972 günü 1948 doğumlu (Y) karındaki rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Dâhiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.07.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye mütehasşısının ilgili olması nedeniyle, ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evi’ne sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış, jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış ve bu sırada başparmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarının saat altı hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Y.4.HD, bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceğinin adli tıp raporunda açıklanmış olmasına rağmen muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini hastaya açıkça bildirmeyen hekimi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle kusurlu bulmuştur.

¹⁵⁹ Y.13.HD, 18.09.2008 t., 2008/3743 E., 2008/10746 K., (yayınlanmamıştır), bilgi için bkz.: **HAKERİ** Hakan, “Yargıtay’ın Aydınlatma Konusundaki Son Kararı ve Bu Kararın Sonuçları”, www.medimagazin.com.tr, erişim tarihi: 25.04.2014. Y.13.HD’nin 18.09.2008 t., 2008/3743 E. ve 2008/10746 K. sayılı kararına konu olayda hastalığının multinodüler guatr olduğu teşhis edilen hastadan ameliyat için, ameliyat öncesinde basit bir form ile yazılı rıza alınır. Ameliyat sonrasında hastanın sesinde kalıcı bozukluk meydana gelir ve hasta doğrudan hekimin hatasına dayanarak dava açar. Davaya ilişkin olarak verilen bilirkişi mütalâalarında meydana gelen kalıcı ses bozukluğu nedeniyle hekimin kusurlu olmadığı, bu sonucun bir komplikasyon olduğu belirtilir. Davada ayrıca adli tıp uzmanının görüşü de alınır. Adli tıp uzmanı raporunda, bilirkişi mütalâalarının aksine hekimin kusurlu olduğunu, söz konusu kusurun tıbbi müdahaleden değil, aydınlatmanın yeterince yapılmamasından kaynaklandığını belirtir. Bu rapor ışığında o ana kadar bu yönde talepte bulunmamış olan hasta avukatı, aydınlatma eksikliği nedeniyle tazminat talep eder. Mahkeme de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hekim hakkında tazminata hükmeder. Tazminat miktarı tayin edilirken hastanın %26 oranında malul kalması ve pazarlamacı olduğundan işini genel olarak konuşma ile yapması dikkate alınarak 60 bin TL maddi, 5 bin TL manevi tazminata karar verilir. Ancak dava 2003 yılında açılmış olduğundan yasal faiziyle birlikte tazminat miktarı 125 bin TL olarak belirlenir. Karar temyiz edilmekle birlikte, Yargıtay yerel mahkeme kararını onaylar.

Yargıtay'ın hekimlerin hukuki sorumluluğunu kabul ettiği başkaca kararları bulunmakla birlikte; anılan kararlar, davanın doğrudan hekimin kusuruna dayanılarak açılması sonucu hekimin hiçbir kusurunun bulunmadığının belirlenmesine rağmen, aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin başlı başına bir tazminat nedeni olarak kabul edilmesi yönüyle diğer kararlardan ayrılmaktadır¹⁶⁰. Buna göre, rıza tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce uygun bir zamanda alınmamış ya da rızası alınan hasta aydınlatılmamış ise tıbbi müdahale tıp kurallarına uygun olsa bile vücut bütünlüğüne yönelik haksız el atma dolayısıyla hekimin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Diğer yandan hasta ile hekim arasında tedavi sözleşmesinin kurulması her zaman mümkün olmayabilir. Bu halde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden doğan hukuki sorumluluğunu, vekâletsiz iş görmeye ya da haksız fiil ile dayandırmak mümkündür. Buna göre hekim, hasta ile arasında bir tedavi (vekâlet) sözleşmesi olmaksızın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olursa ve haksız fiilin unsurları da gerçekleşmemiş ise vekâletsiz iş görmeden bahsedilir. Geçirdiği trafik kazası sonucu bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen ve kafa travması nedeniyle gecikmeksizin ameliyata alınması gereken hasta ile hekim arasındaki ilişki böyledir¹⁶¹. Bu halde hekim, TBK.m.527 uyarınca gerekli özeni göstermelidir; aksi halde vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğu doğar¹⁶². Bununla birlikte unsurları gerçekleştiği takdirde hekimin haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir¹⁶³. Zira niteliği gereği yaşam, sağlık ve

¹⁶⁰ HAKERİ, “Yargıtay’ın Aydınlatma Konusundaki Son Kararı ve Bu Kararın Sonuçları”.

¹⁶¹ AYAN, s.45; DOĞAN, s.43; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.31; YAVUZ İPEKYÜZ, s.127-128; ZEYTİN Zafer, “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, y.y., İstanbul, 2007, s.102.

¹⁶² Vekâletsiz iş görme nadiren karşılaşılan bir sorumluluk nedenidir. Hastanın komada ya da şok durumunda olduğu hallerde ya da bilinci kapalı olan hastanın bir yakını tarafından hekime götürüldüğü hallerde tedavi sözleşmesi hekim ile hasta yakını ya da yasal temsilci arasında yapılır. Bu halde sözleşme TBK.m.129 uyarınca üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir. Hasta, sözleşme ile üstlenilen iş görme ediminden yararlanan konumunda olduğundan ve bilincinin kapalı olması nedeniyle tedavi ediminin veya tedavi vesilesiyle doğan özenli davranma, aydınlatma yükümlülüğü gibi diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini bizzat isteyemeyeceğinden eksik üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsetmek gerekir. O halde tedavi sözleşmesinden doğan tedavi ediminin ve diğer yükümlülüklerin ifasını talep yetkisi hasta yakını ya da yasal temsilciye aittir. Bkz. ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s.77.

¹⁶³ KANETİ, s.62.

vücut bütünlüğü haklarına yönelen tıbbi müdahaleler, meşruiyetini sağlayan unsurlar gerçekleşmediğinde genel davranış yükümlülüklerine aykırılık teşkil eder¹⁶⁴. Buna göre tedavi sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, vekâletsiz iş görmenin koşulları da mevcut değilse hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi haksız fiil olarak nitelendirmek gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunan hallerde de sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranış, tıbbi müdahalelerin niteliği gereği kural olarak haksız fiil teşkil eder.

C. TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Aydınlatılmış onam alınmaksızın veya aydınlatılmış onamın sınırlarını aşacak şekilde gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu hasta maddi ya da manevi zarara uğramış olabilir. Hekimin sorumluluğuna esas teşkil eden zarar, maddi zarardır¹⁶⁵. Hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu doğan maddi zarar esasen hastanın uğrayacağı cismani zarardan kaynaklanır. Cismani zarar, hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu hastanın hem fiziki varlığının hem ruh sağlığının ihlali ile uğrayacağı zarardır¹⁶⁶. Cismani zarara uğrayan hasta bakımından maddi zarar kapsamında tazmin edilecek dört kalem vardır: Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar (TBK.m.54)¹⁶⁷. Tıbbi müdahalenin hastanın ölümü ile sonuçlanması halinde ise maddi zarar ölen hastanın mirasçıları ile bakıp gözettiği kimseler için söz konusudur¹⁶⁸. Bu halde maddi zararın kapsamını ölüm hemen meydana gelmemiş ise ölüme yol açan hukuka aykırı tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğünü ihlal nedeniyle doğurduğu zararlar (tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar) ile ölüm ister hemen gerçekleşsin ister bir süre

¹⁶⁴ AYAN, s.45; ZEYTİN, “*Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat Sorumluluğu)*”, s.102.

¹⁶⁵ AYAN, s.109; BELGESAY, s.116; OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 10.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.38, 39; YILMAZ, s.232.

¹⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.92.

¹⁶⁷ AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.89 vd.; DOĞAN, s.56; YILMAZ, s.233, 234, 235.

¹⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.99.

sonra gerçekleşsin cenaze giderleri oluşturur¹⁶⁹. Ayrıca ölen hastanın bakıp gözettiği kimselerin müteveffanın desteğinden yoksun kalmakla uğrayacakları zarar nedeni ile destekten yoksun kalma tazminatı istenmesi de mümkündür¹⁷⁰.

Hasta, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu rızası ve menfaatine uygun bir şekilde iyileşmiş olsa bile tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu maddi zarar ortaya çıkmasa da, kişilik haklarının ihlali başlı başına manevi zarar olarak değerlendirilir¹⁷¹. Manevi zarar, hastanın sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlali sonucu şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme ve hastanın kişilik haklarına yönelik tecavüzdü duyduğu elem ve üzüntüdür¹⁷². Bu bağlamda manevi zarar kişinin yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin değerlerle sınırlı değildir. Tıbbi müdahalenin aydınlatılmış onam alınmaksızın ya da hasta rızasının sınırlarını aşacak şekilde gerçekleştirilmesi her şeyden önce kişi onuru ve saygınlığının ihlali niteliğinde olup, bu değerlere yönelik saldırı da hastada fiziki ıstırap ve ruhi üzüntü yaratarak manevi zarara neden olur. Bu halde aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederek meslek kusuru işleyen hekim aleyhine manevi tazminata hükmedilebilir¹⁷³. Manevi tazminat talebine ilişkin genel hüküm TBK.m.58’de yer almaktadır¹⁷⁴. Buna göre “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*” Tıbbi müdahalenin genel olarak cismani zarar veya ölüm ile sonuçlanması nedeni ile cismani zarar veya ölüm halinde manevi tazminat talebine ilişkin TBK.m.56 ile özel nitelikte bir hüküm sevk edilmiştir¹⁷⁵. Bu hükme göre, “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi*

¹⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.99, 100; YILMAZ, s.232.

¹⁷⁰ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.101; DOĞAN, s.56; YILMAZ, s.233; ZEYTİN, “*Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu*”, s.114.

¹⁷¹ ZEYTİN, “*Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu*”, s.114.

¹⁷² DOĞAN, s.57; OĞUZMAN/ÖZ, s.40, 253.

¹⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s.279.

¹⁷⁴ AYAN, s.122; REİSOĞLU, s.17.

¹⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.278, 279; REİSOĞLU, s.17; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s.10.

durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir (f.I). Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir (f.II)¹⁷⁶.” TBK.m.56 uyarınca hâkim tarafından takdir edilen manevi tazminat miktarı zararlarla orantılı, elem ve üzüntüyü hafifletecek nitelikte olmalıdır¹⁷⁷.

Tazminat davasında zararı ispat külfeti hasta veya hasta yakınları üzerindedir. Ancak maddi zararı ispat son derece güç olduğundan hastanın ya da hasta yakınlarının mevcut zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koyması¹⁷⁸, diğer bir ifadeyle haklılığın yaklaşık olarak ispatı yeterlidir¹⁷⁹. Manevi zararın ispatında ise üzüntünün subjektif olarak ispatlanması gerekmez, objektif ölçü esas alınarak hastanın iç dünyasında gerçekleşecek üzüntünün var kabul edilmesi gerekmektedir¹⁸⁰. Davacının gerçek zararı ispatı

¹⁷⁶ İkinci fıkrada düzenlenen manevi tazminat isteme hakkı haksız fiilden yansıma yoluyla manevi zarara uğrayan hasta yakınları ve hastanın ailesine aittir. Diğer bir ifadeyle ölen hastanın yakınları tarafından talep edilecek manevi tazminat, haksız fiil sonucu derhâl vuku bulmamış ölüm hallerinde vücut bütünlüğü ihlal edilen hastanın manevi tazminat talebinden bağımsızdır. Bununla birlikte ölen hastanın manevi tazminat talebini ölmeden önce ileri sürmesi halinde manevi tazminat talebi mirasçılara intikal eder (TMK.m.25/IV). Bkz. AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.102; OĞUZMAN/ÖZ, s.282, 283.

¹⁷⁷ YILMAZ, s.235. Manevi tazminata hükmederken dikkat edilmesi gereken esaslar YHGK’ nca belirlenmiştir. Buna göre, takdir edilen manevi tazminat miktarı hakkaniyete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin zararı karşılama da amaçlanmamıştır. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayan da bir huzur duygusu doğurmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına uygun olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların ekonomik ve sosyal durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde her olaya ilişkin özel hal ve koşullar dikkate alınmalıdır. Bkz.: YHGK, 23.06.2004 t., 2004/13-291 E., 2004/370 K., <http://www.kazanci.com/>.

¹⁷⁸ AYAN, s.110; BAŞPINAR, “Hekimin Özen Borcu”, s.33; DOĞAN, s.56; ZEYTİN Zafer, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği, İstanbul, 2005, s.149.

¹⁷⁹ Ayrıca sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre zarar ile sözleşmeye aykırılık arasındaki uygun illiyet bağımlı, haksız fiil hükümlerine göre zarar ile genel hukuk kurallarına aykırılık arasındaki uygun illiyet bağımlı ispat külfeti de hasta ya da hasta yakınları üzerinde olup, zararın ispatında olduğu gibi haklılığın yaklaşık olarak ispatı yeterlidir.

¹⁸⁰ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.102.

kabil değilse, zarar olayların mutad cereyanı dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilir. Nitekim maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi hâkimin görevidir. Hâkim maddi ve manevi tazminatı belirlerken somut olayın özelliğini, ortalama bir hekimden beklenen özeni, kusurun derecesini, tıbbi müdahaleden bir yarar sağlanıp sağlanmadığını, zararı meydana getiren tıbbi müdahale sonucunun hastanın sağlığına ve yaşam düzeyine etkisini gözeterek hakkaniyete uygun bir miktara hükmetmelidir¹⁸¹.

D. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSPATI

1. İspat Külfeti

İspat külfetinin dağılımına ilişkin genel kurala göre “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK m.6).*” Bu hüküm ve vekâlet sözleşmesi uyarınca hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre sonucun meydana gelmemesinin vekilin (hekimin) meslek kurallarına uygun olmayan aktif ya da pasif bir davranışından kaynaklandığını müvekkilin (hastanın) ispatlaması gerekir. Dolayısıyla özenli davranma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediğini ispat külfeti müvekkildedir¹⁸². Bu nedenle, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça hekimin özenli davranma yükümlülüğünden doğan bir mesleki yükümlülük olarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini hasta veya hasta yakınları ispat etmelidir¹⁸³.

Ancak ispat külfeti hasta ve hasta yakınları için son derece ağır olduğundan, genel ispat kuralının zayıf konumda olan hastayı korumada yetersiz olduğu açıktır. Bu nedenle hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu ve genel olarak hekimin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı gözetilerek, ispat külfetinin dağılımında TBK.m.112 hükmünün esas alınması gerekir. Bu hüküm uyarınca, davacı alacaklı borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini, uğradığı zararı ve illiyet bağıını ispat

¹⁸¹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.103.

¹⁸² BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.276; TANDOĞAN, s.432.

¹⁸³ AYAN, s.109; OZANOĞLU, s.74; ÖZSUNAY, s.56.

ettiği takdirde, davalı borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabilmek için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir¹⁸⁴. Böylece ispat külfetinin davalı borçluda olduğunu kabul eden TBK.m.112 hükmü ile TMK.m.6 hükmünde yer alan genel kurala istisna getirilerek davacı alacaklının konumu borçluya karşı güçlendirilmiştir¹⁸⁵. O halde, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini ispat külfeti, TMK.m.6’da belirtilen genel ispat kuralının istisnası olarak borçlu aleyhine kusur karinesi kabul eden TBK.m.112 uyarınca hekim üzerindedir¹⁸⁶. Buna göre aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia edilen hekim, somut olayın gerektirdiği tüm özeni yerine getirdiğini, meslek kurallarına aykırılığın kendisinin özensizliğinden kaynaklanmadığını ispat etmedikçe hukuki sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁸⁷. Bununla birlikte TBK.m.112 hükmü olmasaydı bile, “zayıfın korunması ilkesi” uyarınca, hasta-hekim ilişkisinde zayıf taraf olan hastanın ağır ispat külfeti altına sokulması doğru olmazdı.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ispat külfeti hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunup bulunmamasına göre yer değiştirmeyecektir¹⁸⁸. Zira hekim, hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun ya da bulunmasın özenli davranma yükümlülüğü altındadır. Hekimin özenli davranma yükümlülüğünü yerine getirmemesi meslek kurallarına aykırılık teşkil eder. Hekimin meslek kurallarına

¹⁸⁴ AYAN, s.108; KANETİ, s.71; OZANOĞLU, s.74; ŞENOCAK, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, s.246.

¹⁸⁵ AYAN, s.108; KANETİ, s.71; OZANOĞLU, s.74; ŞENOCAK, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, s.246.

¹⁸⁶ Nitekim Yargıtay da ispat külfetinin hekimde olduğunu belirten kararlar vermiştir. 1977 tarihli kararda davacı hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olduğu hallerde dahi, müdahalenin olası sonuçları ve risklerin bildirilmediğinin ispatının davalı hekime ait olduğu ve somut olayda davalı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edemediği için zararlı sonuçtan sorumlu olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Y.4.HD, 07.03.1977 t., 1976/6297 E., 1977/2541 K., (YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.). ÖZSUNAY, s.56; ŞENOCAK, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, s.250; YILMAZ, s.49; ZEYTİN, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, s.148.

¹⁸⁷ BAŞPINAR, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s.215, 276; KANETİ, s.73; ŞENOCAK, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, s.246; TANDOĞAN, s.432; ZEYTİN, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, s.147.

¹⁸⁸ KANETİ, s.72; ZEYTİN, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, s.148.

aykırı davranması ise kusurun varlığı konusunda fiilî karine oluşturur. Bu nedenle hastanın hekimin meslek kuralına aykırı davrandığını ispatlaması yeterlidir; fiilî karineyi çürütmek zarar verene düşer¹⁸⁹.

2. İspat Vasıtaları

Her ne kadar uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla aydınlatma yükümlülüğü matbu formlarla yerine getiriliyor ise de, söz konusu formlar hukuki geçerliliği olan bir belge niteliğini haiz değildir. Bu nedenle bu belgeler aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine delil teşkil etmez. Ancak hekim düzenleyeceği bir fişle müdahalede bulunduğu hasta için meslek ve tıp kurallarının gerektirdiği her şeyi yaptığını ispat edebilir. Hekimin hiç olmazsa protokol defterine hastalık seyrini, gördüğü semptomları, koyduğu teşhisi, verdiği ilaçları kaydetmesinde yarar vardır. Kaldı ki hekimin hasta ve hastalığa ilişkin verileri kayıt altına alması, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülük (dokümantasyon yükümlülüğü) olup, bu yükümlülüğün ihlali ile tıbbi müdahalenin esrarlı halde bırakılması hekimin kusurlu olduğuna karine teşkil eder¹⁹⁰. O halde, dokümantasyon yükümlülüğü çerçevesinde hastaya uygulanan tedavi sürecine ilişkin gerekli belgeleri düzenleyen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair fiili karine kabul edilebilir.

Bununla birlikte hekim için ispat kolaylığı sağlayacak olan asıl delil, tanık delilidir. Nitekim aydınlatma hukuki işlem niteliğinde olmadığından, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ancak tanıkla ispat edilebilir. Bu bağlamda hastanın isteği doğrultusunda aydınlatma sırasında hazır bulunan yakınının ya da yasal temsilcisinin tanıklığına başvurulabilir. Diğer yandan hekim de ispat kolaylığı sağlamak amacıyla hastayı önceden bilgilendirmek kaydıyla aydınlatma sırasında bir sağlık personelini ya da diğer bir hekimi hazır bulundurarak aydınlatma sonrasında onların da imzasını alabilir¹⁹¹. Bu amaçla hekimin tanıklığına başvuracağı kişiler genel olarak yanında çalışan sağlık personeli olacaktır. Ancak tarafsızlığı sağlamak amacıyla hekimden ba-

¹⁸⁹ KANETİ, s.72.

¹⁹⁰ BELGESAY, s.130.

¹⁹¹ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, s.28; ÖZSUNAY, s.32.

ğimsız çalışan sağlık personelinin tanıklığı esas alınmalıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında hastane personelinin tanıklığına itibar etmemiştir¹⁹².

Hekimin özenli davranma ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde kusurunun olup olmadığı bilirkişi delili ile de belirlenebilir. Bu bağlamda mahkeme sadece bilirkişiye başvurularak karar verilebileceği gibi ayrıca Yüksek Sağlık Şûrası¹⁹³’ndan mütalâa alma yoluna da gidilebilir¹⁹⁴. Zira hekimin tazminat sorumluluğunu belirlenmesinde önemli olan, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle hekimin kusurlu olup olmadığını tespiti ilişkin raporun, mevcut dosya kapsamına göre hâkimin karar vermesinde yeterli olması kaydıyla Yüksek Sağlık Şûrası’ndan, Adli Tıp Kurumu’ndan ya da bir üniversiteden alınmasının önemi yoktur¹⁹⁵.

SONUÇ

Tıbbi müdahaleler; “tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimlerdir.” Teşhis ve tedavi odaklı görülen dolayısıyla ilk bakışta konusunu hastalıkların oluşturduğu düşünülen tıbbi müdahalelerin odak noktası gerçekte insandır. Zira hekimin esas uğraşısı hastalığı değil, hastayı tedavi

¹⁹² Karara konu olayda, hastanın lokal anestezi için iğne yapılmasına, yaraya dikiş atılmasına müsaade etmesi ve ayrıca hastanın ufak bir parmak kesiği için köyünden kalkıp şehir merkezindeki hastaneye gelmesinin sağlığına ne kadar özen gösterdiğine delil teşkil ettiği gözetilerek, hastanın aşımın yapılmasının gerekliliği konusunda verilen bilgilere rağmen, tetanos aşımının yapılmasına karşı çıkmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gerekçesiyle davalı hastane ile çıkar birliği içinde olan tanıkların (hastane personeli) beyanlarına itibar edilmemiştir. Bkz.: Y.13.HD, 14.02.2000 t., 2000/8582 E., 2000/10298 K., <http://www.kazanci.com/>.

¹⁹³ BAŞPINAR, “*Hekimin Özen Borcu*”, s.32. Yüksek Sağlık Şûrası, Sağlık Bakanlığı tarafından tevdi edilecek sağlık ve sosyal sorunlar hakkında oy ve görüş beyan etmek, sağlık ve sosyal hizmetlere ait kanun, tüzük ve yönetmelikleri birinci derecede incelemek, tıp sanatını ifadan doğan adli meseleleri incelemek üzere kurulmuştur (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.10). Tababet ve şuaabatı san’atlarının icrasından doğan suçlar hakkındaki ceza davalarında Yüksek Sağlık Şûrası’ndan mütalâa alma zorunluluğunu düzenleyen TŞSTİDK.m.75, Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kanun hükmünü iptaliyle birlikte sona ermiştir. Bkz. AYM, 03/06/2010 tarih, 2009/69 esas ve 2010/79 karar sayılı karar.

¹⁹⁴ BAŞPINAR, “*Hekimin Özen Borcu*”, s.33; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.568.

¹⁹⁵ AŞÇIOĞLU, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.122.

etmektedir. Bu nedenle tıp etiğinin temel ilkelerden biri de “Hastalık yoktur, hasta vardır” önermesi ve özdeyişidir. Bu anlayış ile tıp etiği ilkelerinin bir gereği olarak tıbbi müdahalelerde hekim merkezli anlayış yerini hasta merkezli bir anlayışa bırakmıştır.

Tıbbi müdahalelerin kişilerin vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkını doğrudan etkileyen nitelikte olması, ayrıca kişi özgürlüğünün kısıtlanması, vücut bütünlüğünün kalıcı olarak zarar görmesi ve hatta ölüm gibi birçok olumsuz neticenin doğumuna sebebiyet vermesi gerçeği karşısında hastanın tercih ve söz hakkı olmaması düşünülemez. Hastanın kendi sağlığı ve yaşamı için en doğru tercihi yapması ise ancak hastalığı ve tedavi yöntemleri hakkında yeterli bilgiye sahip olması ile mümkündür. Bu nedenle hasta, karşısında kendi adına karar verip hareket eden bir hekim yerine, teşhis ve tedavi sürecinde gerekli açıklamaları yaparak kendisini doğru şekilde bilgilendiren bir hekim görmek ister. Aksi takdirde, teşhis ve uygulanan tedavi yöntemi tıp kuralları açısından ne kadar doğru olursa olsun hastada güvensizlik yaratacaktır. Oysa ki hasta-hekim ilişkisi, insan onuruna saygı ile temellendirilen etik ilkeler ışığında gerçekleşen yoğun bir güven ilişkisi olup, önemli yükümlülükleri de beraberinde getirir. Çalışmamıza konu olan “hekimin aydınlatma yükümlülüğü” temel yükümlülükler arasındadır. Hasta ancak yeterli düzeyde bilgi sahibi olmakla, tıbbi müdahale ve tedavi için rıza gösterebilir. Kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanan ve de hekimin mesleğini cezai ve hukuki sorumluluk tehdidi altında icrasını önlemek amacıyla hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen rıza, ancak hekim tarafından aydınlatılmakla hukuken anlam taşır. Aksi halde tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağından, hekim için sorumluluk kaçınılmaz olacaktır.



KAYNAKÇA

ARPACI Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

AŞÇIOĞLU Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Tekişik Ofset Tesisleri, Ankara, 1993.

AŞÇIOĞLU Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982.

AYAN Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, Ankara, 1991.

BAŞPINAR Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BAŞPINAR Veysel, “*Hekimin Özen Borcu*”, Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr. Cem Baygın, Yrd.Doç.Dr. Metin Uçar, Yrd.Doç.Dr. Yusuf Büyükkay, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.23-38.

BAYRAKTAR Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

BELGESAY Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954.

ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

DOĞAN Murat, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare Hukuku), Sempozyum 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s.41-60.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, C.II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.

ERMAN R. Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003.

ERSÖZ Kürşat, “*Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları*”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:45, Mayıs 2010, s.105-122.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul, 2001.

HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, 4. Güncellenmiş Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.

HAKERİ Hakan, “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.31-48.

HAKERİ Hakan, “*Yargıtay’ın Aydınlatma Konusundaki Son Kararı ve Bu Kararın Sonuçları*”, www.medimagazin.com.tr, erişim tarihi: 25.04.2014.

KANETİ Selim, “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.61-75.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “*Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1315-1351.

OZANOĞLU Hasan Seçkin, “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s.55-77, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2003-cilt-52-sayi-1-4/>, erişim tarihi: 15.04.2014.

ÖZSUNAY Ergun, “*Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorum-

luluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.31-59.

ÖZTÜRKLER Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2.B, Seçkin, Ankara, 2006.

REİSOĞLU Seza, “*Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.1-18.

ŞENOCAK Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:44, Ankara, 1998.

ŞENOCAK Zarife, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*”, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım, Ankara), Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.241-254.

ŞENOCAK Zafer, “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.65-80, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2001-cilt-50-sayi-1-4/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

TACİR Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri-İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, C.II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

ÜNVER Yener, “*Türk Tıp Hukuku’nda Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.227-289.

YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat, İstanbul, 2006.

YENERER ÇAKMUT Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003.

YENERER ÇAKMUT Özlem, “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, Roche Sağlık Hu-

kuku Günleri, y.y., İstanbul, 2007, s.1-31.

YILMAZ Battal, Açıklamalı ve İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ZEYTİN Zafer, “*Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu*”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, y.y., İstanbul, 2007, s.96-117.

ZEYTİN Zafer, “*Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller*”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği, İstanbul, 2005, s.135-151.

AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE DEVLETLER ARASINDA MAHKEME KARARLARININ SERBEST DOLAŞIMI

*Free Movement of Judgments between the Member States
of the European Union*

Tuba BİRİNCİ UZUN *

ÖZET

Avrupa Birliği'nin tarihi gelişimine yakından bakıldığında malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı olmak üzere dört temel özgürlük üzerine kurulduğu söylenebilir. Bu dört temel özgürlüğün sağlanabilmesi ve yaşatılabilmesi için Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında bir adli işbirliğin yapılması kaçınılmazdır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği tarafından hazırlanan ve uygulanan bununla birlikte bu çalışmada incelenen temel düzenlemeler ise şunlardır: Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü), Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel IIbis Tüzüğü) ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Nafaka Tüzüğü).

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Brüksel I Tüzüğü, Brüksel IIbis Tüzüğü, Nafaka Tüzüğü, tanıma, tenfiz.

ABSTRACT

Taking into consideration the historical development of the European Union, it can be said that the European Union is based on four fundamental freedoms: free movement of persons, goods, capital and services. In order to ensure the survival of these four fundamental freedoms making a judicial cooperation between the member states of the European Union is inevitable. The basic regulations enforced by the EU and examined in this texts are Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
E-posta: tubabirinciuzun@gmail.com.

Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I Regulation), Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels II bis Regulation) and Council Regulation (EC) No 4/2009 of December 2008 May 2000 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations (The Maintenance Regulation).

Keywords: the European Union, Brussels I Regulation, Brussels Ibis Regulation, The Maintenance Regulation, recognition of judgments, enforcement of judgments.



GİRİŞ

Avrupa Birliği bünyesinde, uzunca bir süredir uluslararası özel hukuk kurallarının uyum ve harmonizasyonu konusunda birtakım çalışmalar yürütülmektedir. Avrupa Birliği'nin tarihi gelişimine yakından bakıldığında malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı olmak üzere dört temel özgürlük üzerine kurulduğu söylenebilir. Bu noktada, mahkeme kararlarının serbest dolaşımının ise Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu bu dört temel özgürlüğün teminatı niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu bu dört temel özgürlüğün sağlanabilmesi ve yaşatılabilmesi için Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında bir adli işbirliğin yapılması kaçınılmazdır¹.

Bu doğrultuda 1960'lı yıllarda başlayan çalışmalar sonucunda, 1968 yılında Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu kabul

¹ Çiçekli, Bülent: Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, MHB 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S.1-2, s.179; Çalışkan, Yusuf/Çalışkan, Zeynep: The Free Movement of Judgments within the European Union, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S. 2010/3, s.13; Lane, Suriyakumari: Free Movement of Judgments within the EEC, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, No. 3 (Jul. 1986), s. 629. Ayrıca bkz. Merrett, Louise: The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 2 (Apr. 2006), s. 315-336.

edilmiştir. 1988 yılında ise Brüksel Konvansiyonu'nun etkilerinin, EFTA ülkelerine de genişletilmesini sağlayan Lugano Konvansiyonu kabul edilmiştir. 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, 22 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın² 61(c) ve 67(1) maddelerinde öngörülen Avrupa Birliği Komisyonu'nun³, Parlamentosu'nun ve Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin⁴ görüşleri dikkate alınarak tüzük haline dönüştürülmüştür⁵. Bu çerçevede Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2001/44EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi'nde yayımlanmış⁶ ve 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (md.76). Brüksel I Tüzüğü olarak anılan 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun yerine geçmiş ve bu konvansiyonu yürürlükten kaldırmıştır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, yalnızca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesinden verilen bir kararın başka bir üye devlet mahkemesi tarafından tanınması veya tenfizi söz konusu olduğunda uygulama alanı bulmaktadır.

Bazı konular, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, daha sonra kapsam dışı bırakılan konulara ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede hazırlanan Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2000/1347EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel II Tüzüğü), 1 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷. Ancak bu tüzük, aynı adı taşıyan 2003/2201EC sayılı AB

² Treaty on European Union (Consolidated Version 1997), OJ C 340-10.11.1997, s.200 vd.

³ 1999/C 376 E/01 Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 376 28.12.1999, s. 10.

⁴ 2000/C 117/02 Opinion of the Economic and Social Committee on Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 117 - 26.4.2000, s.6-11.

⁵ Kennett, Wendy: The Brussels I Regulation, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, No. 3 (Jul. 2001), s.725.

⁶ Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12 - 16.01.2001, s.1-23.

⁷ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition

Konsey Tüzüğü⁸ tarafından yürürlükten kaldırılmıştır⁹. Bununla birlikte AB üyesi devletler arasında kişilerin serbest dolaşımının bir sonucu olarak farklı vatandaşlıkta olan kişiler arasında yapılan evlilikler ve bu doğrultuda yabancı unsurlu boşanma davalarının sayısı artmıştır. Bu durum yabancı unsurlu nafaka ihtilaflarını ve nafaka alacağı ile ilgili talepleri de beraberinde getirmiştir. Bu konuya ilişkin talepleri, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün karşılamaması nedeniyle AB Konseyi tarafından Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Nafaka Tüzüğü) kabul edilmiştir¹⁰.

Bu çalışmada, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında mahkeme kararlarının serbest dolaşımının sağlanmasına yönelik hukuki metinler tarihi gelişim süreci gözetilerek ele alınacaktır. Bu çerçevede öncelikle Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü) incelenecektir. Daha sonra Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel IIbis Tüzüğü) ve son olarak Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Nafaka Tüzüğü) ele alınacaktır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan her bir tüzük bakımından ilgili tüzüğün tarihi süreci ve hazırlık çalışmalarına değinilecektir. Bununla birlikte her bir tüzük bakımından ilgili tüzüğün kapsamı, milletlerarası yetkiye ilişkin hükümleri ile ilgili tüzükte öngörülen tanıma ve tenfiz usulleri incelenecektir.

and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses: OJ L 160 - 30.6.2000, s.19-35.

⁸ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

⁹ 2000/1347EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Çiçekli, s.198vd.

¹⁰ Council Regulation (EC) No 4/2009 of December 2008 May 2000 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations: OJ L 7- 10.1.2009, s.1-79.

1. Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü

A. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tarihi Süreci ve Hazırlık Çalışmaları

1. Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonu

Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonu¹¹, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hukuklarının birleştirilmesi ve uyumlaştırılması çalışmaları bakımından milletlerarası usul hukuku alanındaki ilk kapsamlı düzenlemedir.

Konvansiyon ile ilgili çalışmalar, 1960 yılında Daimi Temsilciler Komitesi'nin (Committee of Permanent Representatives) kararı ile başlamıştır. 1964 yılında konvansiyon taslağı tamamlanmıştır. Taslak, 27 Eylül 1968 tarihinde nihai şeklini alarak Avrupa Birliği'nin altı kurucu üye ülkesi tarafından imzalanmış ve 1973 yılında yürürlüğe girmiştir¹². Konvansiyonun imzalanmasının ardından, Avrupa Birliği'ne yeni üyelerin girmesi nedeniyle konvansiyon, dört katılma konvansiyonu (accession convention)¹³ ile değişikliğe uğramış ve bu

¹¹ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 304 - 30.10.1978 s. 36-54; Konvansiyonun Türkçe metni için bkz., Oder, Burak/Sağbili, Murat, Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma, MHB 1991, S.1-2, s.73-100.

¹² Tekinalp, Gülören: Avrupa Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Heidelberg Sempozyumu, MHB 1990, S. 1 - 2, s. 180; Sakmar, Ata: Avrupa Ekonomik Topluluğu'na Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi, Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul 1979, s. 89.

¹³ Söz konusu katılma konvansiyonları şunlardır: 1. Convention of Accession of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: OJ L 304 - 30.10.1978, s. 1-102; 2. Convention of Accession of the Hellenic Republic: OJ L 388 - 31.12.1982, s. 1-36; 3. Convention on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic: OJ L 285 - 3.10.1989, s. 1-98; 4. Convention on the Accession of Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden. OJ C 15 - 15.1.1997, s.1-9, to the Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the

değişikliklerin sonucunda ortaya çıkan Brüksel Konvansiyonu'nun beş farklı versiyonu birleştirilerek tek bir metin¹⁴ haline getirilmiştir¹⁵.

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ile Avrupa Birliği'ne üye devletlerin milletlerarası yetki kuralları birleştirilmiştir. 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu uyarınca bu konvansiyonun kapsamına giren davalar bakımından Avrupa Birliği'ne üye devletlerin mahkemeleri, milletlerarası yetkilerini kendi iç hukuklarına göre değil, konvansiyonda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre belirleyecektir. 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun yorumu konusunda ise 1 Eylül 1975 tarihinde yürürlüğe giren protokol¹⁶ ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na yetki verilmiştir. Buna göre Avrupa Birliği'ne üye devlet mahkemeleri, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun yorumuna ilişkin karşılaşılabilecek problemlerin çözümü için Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvurma olanağına sahiptirler.

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun en önemli özelliği, yürürlüğe girmesiyle konvansiyon hükümlerinin Avrupa Birliği'ne üye devletlerin milletlerarası usul hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarının yerini almış olmasıdır. Ancak bu durum, yalnızca konvansiyona taraf olan üye devletler arasında ve konvansiyonun uygulama alanına giren konular bakımından söz konusudur. Konvansiyona taraf olmayan başka bir ifadeyle üçüncü ülkelere karşı ise, üye ülkelerin her birinin ulusal mevzuatlarında yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir¹⁷.

Court of Justice.

¹⁴ Consolidated and updated version of Brussels Convention: OJ C 189-28.7.1990, s.1-122.

¹⁵ Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray: Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002, S.2, s.724-726.

¹⁶ Protocol Concerning the Interpretation by the Court of Justice of the Convention of September 27, 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgments: OJ L 204-1975 s. 27, OJ L 304 -30.10.1978, s.51-52, OJ L 388-1982, s. 3, OJ L 285-1989, s. 1; Protokolün Türkçe metni için bkz., Oder, Sağbili: 27 Eylül 1968 Tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararları'nın Tenfizine Dair Antlaşmanın Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Tarafından Yorumlamasına İlişkin Protokol, MHB 1991, s.1-2, s.97-100.

¹⁷ Sakmar/Ekşi, s.726.

2. Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1988 Tarihli Lugano Konvansiyonu

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, kural olarak yalnızca Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında uygulanmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği'ne üye devletler ile EFTA (European Free Trade Area)¹⁸ ülkeleri arasında yakın ve yoğun ticari ilişkilerin bulunması; Avrupa Birliği'ne üye devletler ile EFTA ülkeleri arasında çok sayıda serbest ticaret antlaşmalarının varlığı ve bu antlaşmalardan doğan uyumsuzluklar bakımından verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini noktasında yaşanan sıkıntılar nedeniyle Avrupa Birliği ve EFTA ülkeleri arasında birtakım görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmeler sonucunda, Avrupa Birliği ile EFTA ülkeleri arasında Lugano Konvansiyonu¹⁹ imzalanmıştır. Böylelikle EFTA ülkeleri 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'na taraf olmuşlardır. Lugano Konvansiyonu, Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan hükümlerin bir tekrarı niteliğinde olduğundan "*Paralel Konvansiyon*" olarak da anılmaktadır²⁰. Ancak 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'ndan farklı olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Lugano Konvansiyonu hükümlerini ön sorun (preliminary ruling) yoluyla yorumlama yetkisi, EFTA ülkelerinin bu yetkiyi kabul etmemeleri nedeniyle söz konusu değildir²¹.

3. Avrupa Birliği'nin Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Düzenleme Yapma Yetkisi, Konunun Konsey Tüzüğü ile Düzenlenmesine İmkan Taniyan Hukuki Gelişmeler ve 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Hazırlanması

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu ku-

¹⁸ EFTA, 1959 yılında Stockholm Antlaşması'na dayanılarak kurulan ve topluluğa üye ülkeler arasında serbest bir ticaret sahası oluşturan ekonomik bir örgütlenmedir. EFTA'nın günümüzdeki üyeleri İzlanda Cumhuriyeti, Liechtenstein Prenslığı, İsviçre Konfederasyonu ve Norveç Krallığı'dır.

¹⁹ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 16 September 1988: OJ L 319-25.11.1988, s.9-33.

²⁰ Tekinalp, s. 181; Sakmar/ Ekşi, s.726 - 727; Ekşi, s.18-19, dn.75.

²¹ Sakmar/Ekşi, s.727.

ran Roma Antlaşması'nın 220. maddesine²² istinaden yapılmıştır. Maastricht Antlaşması'na kadar olan süreçte, 220. madde, Avrupa Toplulukları üye ülkeleri arasında devletler özel hukuku alanında yapılan çalışmaların hukuki dayanağını oluşturmuş ve bu nedenle 1968 Brüksel Konvansiyonu, Avrupa Toplulukları Hukuku'nun kaynakları arasında kabul edilmiştir²³. Ancak, bir görüşe göre²⁴, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, topluluk organlarından birinin bir işlemi sonucu olarak değil, topluluk üyesi devletlerin çalışmaları sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, topluluk hukuku ile çok yakın bir irtibat halinde olmasına rağmen, Avrupa Toplulukları Hukuku işlemlerinden farklı olarak, üye devletler açısından kendiliğinden uygulanma imkanı bulmamaktadır. Roma Antlaşması'nın 220. maddesinin, devletler özel hukuku alanında yapılacak uyumlaştırma çalışmalarının topluluk kurumları tarafından yapılan işlemlerle (tüzük, direktif şeklinde) ortaya konulmasına izin vermemesi nedeniyle, Maastricht Antlaşması K. 1/6 maddesi ile "*özel hukuk konularında hukuki işbirliği*" düzenlenmiştir. Böylelikle Roma Antlaşması'nın 220. maddesinin aksine, Avrupa Ekonomik Topluluğun bir kurumu olan Avrupa Konseyi, özel hukuk alanında işbirliğini sağlamak amacıyla düzenleme yapma yetkisini elde etmiştir. Amsterdam Antlaşması ise Maastricht Antlaşması'ndan daha da ileri giderek 65. maddesi (eski 73. madde) ile "*özel hukuk alanında işbirliğine*" daha somut bir anlam kazandırmış ve söz konusu işbirliğin tüzük ya da yönergelerle yapılabileceği ifade edilmiştir. Böylelikle Roma Antlaşması'nın uyumlaştırma konusundaki katı düzenlemesi, Amsterdam Antlaşması ile ortadan kaldırılarak, üye devletlerin özel hukuk alanında işbirliği yapmalarının konsey tarafından teşviki ve topluluk kurumlarının devletler özel hukuku alanında işbirliği yapması konusunda, esnek bir şekilde, gerektiğinde yasal düzenleme yapabilmelerini mümkün kılınmıştır²⁵.

²² AET'yi kuran Roma Antlaşması'nın 220. maddesinde, üye devletlerin vatandaşların haklarının korunması, çifte vergilendirmenin kaldırılması, şirketlerin tanınması, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında konvansiyonlar yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

²³ Sakmar/Ekşi, s.732.

²⁴ Sakmar/Ekşi, s.732, dn. 44.

²⁵ Harris, J.: The Brussels Regulation, Civil Justice Quarterly, Vol. 20, July, 2001, s.219; Magnus, Ulrich: Introduction: Brussels I Regulation, Editors: Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, Sellier European Law Publishers, 2007, s.15.

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu, 22 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın²⁶ 61(c) ve 67(1) maddelerinde öngörülen Avrupa Birliği Komisyonu'nun²⁷, Parlamentosu'nun ve Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin²⁸ görüşleri dikkate alınarak bir tüzük haline dönüştürülmüştür. Bu çerçevede Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2001/44EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır²⁹. Tüzük, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (md.76).

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü genel niteliklidir³⁰ ve yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üye devletler açısından bağlayıcı olup üye devletlerin başka bir işlem yapmasına gerek olmaksızın sonuçlarını doğrudan³¹ doğurmaya başlamıştır³².

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 68. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu tüzük hükümleri, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu hükümlerinin yerini almış ve konvansiyonu hükümsüz kılmıştır. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 68. maddesinin 2. fıkrasında ise üye devletlerin mevzuatları tarafından 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'na yapılan atıfların 2001/44EC

²⁶ Treaty on European Union (Consolidated Version 1997), OJ C 340-10.11.1997, s.200 vd.

²⁷ 1999/C 376 E/01 Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 376 28.12.1999, s.10.

²⁸ 2000/C 117/02 Opinion of the Economic and Social Committee on Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 117 - 26.4.2000, s.6 - 11.

²⁹ Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12-16.01.2001, s. 1-23.

³⁰ Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s.71.

³¹ Avrupa Topluluğu'nun Kurucu Antlaşması'nın 246.maddesine göre (eski m.189) 246. m.'ye göre tüzükler, doğrudan uygulanma niteliğini haizdirler (OJ C 340-10.11.1997, s. 278.). Tüzüklerin yürürlüğe girmesiyle, üye devletlerin tüzükleri milli mevzuatlarına aktarmalarına ve bunları onaylamalarına gerek yoktur. Zira, üye devletlerin tüzükleri uygulamaları zorunlu olup tüzüklerde değişiklik yapma yetkileri yoktur. Tüzükler, üye devletlerde yerleşik veya üye devletlerin taahhütünde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile bütün daire ve kuruluşlar ve Topluluk'taki bütün organ, kurum ve yetkililer için geçerlidir. Bkz.Tekinalp /Tekinalp, s.71.

³² Tüzük, md. 1 f.3 hükmü uyarınca, Avrupa Birliği üyesi ülkelerden sadece Danimarka açısından uygulanmayacaktır.

sayılı AB Konsey Tüzüğü'ne yapılmış kabul edileceği hüküm altına almıştır.

4. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Etki Alanının Genişletilmesi: Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2007 Tarihli Lugano Konvansiyonu

Yukarıda da ifade edildiği üzere 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü yalnızca Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında uygulama alanı bulmaktadır. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler ile ticari ilişkilerin son derece yoğun olarak yaşandığı İzlanda, Norveç ve İsviçre gibi ülkeler arasında uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle 1988 tarihli Lugano Konvansiyonu'nun yenilenmesi amacıyla 2002 yılında Avrupa Topluluğu ile İzlanda, Norveç ve İsviçre müzakerelere başlanmıştır³³. Müzakereler sonucunda Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Lugano Konvansiyonu³⁴, 30 Ekim 2007 tarihinde Lugano'da, Avrupa Topluluğu ile İsviçre, Norveç ve İzlanda arasında imzalanmıştır. 2010 yılında ise bu konvansiyona bütün EFTA ülkeleri de taraf olmuştur. 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu'nun 69. maddesinin 6. fıkrası uyarınca konvansiyon hükümleri, 1988 tarihli Lugano Konvansiyonu hükümlerinin yerini almış ve bu konvansiyonu

³³ Lugano Konvansiyonuna ilişkin çalışmalar ise 2002 yılına kadar askıda kalmıştır. 22 Mart 2002 tarihinde Avrupa Komisyonu AB Konseyi'nden, üye devletler ile İzlanda, Norveç, İsviçre ve Polonya arasında 1988 tarihli Lugano Konvansiyonunun yenilenmesi amacıyla müzakerelerin açılması konusunda yetki talep etmiştir. Ancak, Komisyon tarafından böyle bir yetkinin talep edilmesiyle birlikte, üye devletler arasında yeni Lugano Konvansiyonunun imzalanması konusunda AT'nin münhasır yetkiye sahip olup olmadığı tartışması başlamıştır. AB Konseyi, bu soru saklı kalmak kaydıyla, Ekim 2002'de Avrupa Komisyonunu, yeni Lugano Konvansiyonunun kabul edilmesi amacıyla müzakerelere başlamak konusunda yetkilendirmiş, 5 Mart 2003 tarihinde ise yeni Lugano Konvansiyonunun akdedilmesi konusunda Topluluğun münhasır yetkili bulunup bulunmadığı konusunda ATAD'ın görüşüne başvurmuştur. Kendisine yapılan başvuruyu dikkate alan Divan, bu konudaki kararını, başvuru tarihinden üç yıl sonra 7 Şubat 2006'da açıklamıştır. Bu kararda Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin topluluk hukukunu etkileyecek nitelikte uluslararası anlaşma yapmak yetkisine sahip olmadığı; böyle bir durumda, topluluğun münhasır dış yetkisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi Ve C-01/03 sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü, AÜHFD, 2008, C.57, S.2, s.17-49.

³⁴ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 30 October 2007: OJ L339-21.12.2007, s.3-41.

hükümsüz kılmiştir. Bununla birlikte ilgili hüküm uyarınca 1988 tarihli Lugano Konvansiyonu'na yapılan atıflar, 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu'na yapılmış sayılır.

Yeni Lugano Konvansiyonu'nun akdedilmesinin amacı, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün uygulama alanının genişletilmesinden ibarettir. Bu nedenle 2001/44 EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hükümleri ile 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu hükümlerinin birebir aynı olduğu; Yeni Lugano Konvansiyonu'nun 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün bir reproduksiyonu olduğu ifade edilmektedir³⁵. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nü yürürlükten kaldırmamıştır. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında uygulanmaya devam etmektedir. Şöyle ki 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu'nun tarafları Avrupa Birliği, Danimarka, İzlanda, İsviçre, Norveç ve EFTA ülkeleri olarak ifade edilmektedir. Buradan hareketle 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu'nun yalnızca bu konvansiyona taraf olan Avrupa Birliği, Danimarka, İzlanda, İsviçre, Norveç ve EFTA ülkeleri arasında adli bir işbirliği sağladığı sonucuna ulaşılabilir.

5. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü Hükümlerinin Yeniden Ele Alınması: Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2012/1215EC sayılı AB Konsey Tüzüğü

Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında daha güçlü bir adli işbirliği için 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hükümleri gözden geçirilmiş ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2012/1215EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hazırlanmıştır. 2012/1215EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 10 Ocak 2015

³⁵ Explanatory report on the Lugano Convention 2007: "With this objective the Convention, taking into account the development of international and Community rules that has been described above, sets out to extend to the contracting parties the principles of the Brussels I Regulation, and substantially reproduces its provisions." 7 Kasım 2013 tarihinde <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?-redirect=true&treatyId=7481> adresinden erişildi.

tarihinde yürürlüğe girmesi ile 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü yürürlükten kalkacaktır³⁶.

B. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Kapsamı

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü; bir başlangıç, 76 madde ve 6 ekten oluşmaktadır. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, yabancılık unsuru içeren hukuki ve ticari konularda Avrupa Birliği'ne üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlet mahkemesi tarafından tanınması ve tenfizi konularını düzenlemektedir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün uygulama alanına ticari ve hukuki konular girmekle birlikte, idare ve vergi konuları kapsam dışı bırakılmıştır (md.1). Ayrıca 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü; gerçek kişilerin ehliyetine, evlilik mal rejimlerine, miras ve vasiyete, iflas ve tasfiye usullerine, sosyal güvenlikle ilgili meselelere ve tahkime uygulanmaz (md. 1/2 a-d).

C. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Milletlerarası Yetki Kurallarına İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

Milletlerarası yetki, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 1 ila 31. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Milletlerarası genel yetki kuralları, 2 ila 4. maddeler arasında düzenlenmiş olup, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde ikamet eden kişilerin, vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın o üye devletin vatandaşları gibi muamele görerek, ikamet ettikleri üye devlette, ilke olarak yerleşim yeri esas dikkate alınarak, dava edilebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Yani yetkili mahkeme, kural olarak yerleşim yeri mahkemesidir. Ancak, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nde bir kişinin Avrupa Birliği'ne üye bir devlette bir yerleşim yerinin olup olmadığının tespiti ise her bir üye devletin iç hukukuna bırakılmıştır.

Bununla birlikte yetkiye ilişkin özel hükümler de yer almaktadır. Örne-

³⁶ Council Regulation EC No 1215/2012 of December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast): OJ L351, 20.12.2012, s.1-32.

ğin sigorta sözleşmeleri (md.8–14), tüketici sözleşmeleri (md.15–17), bireysel hizmet sözleşmeleri (md.18–21) bakımından ayrı yetki kuralları getirilmiştir. Münhasır yetkiye ilişkin 22. maddede taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ve kullanım haklarına ilişkin davalar bakımından taşınmazların bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün en önemli hükümlerinden biri, aşırı yetki (exorbitant jurisdiction, excessive jurisdiction) kurallarını³⁷ bertaraf eden md.3 f.2 hükmüdür. Bu maddede, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan ve 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 1. ekinde belirtilen yetki hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün I. Ekinde, üye devletlerin hukuklarında yer alan aşırı yetki kurallarının bir listesi yapılmıştır. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesinde, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan ve Tüzüğün I. ekinde belirtilen yetki hükümlerinin Avrupa Birliği'nde *yerleşim yeri* bulunan davalılara karşı (persons domiciled in a Member State) uygulanmayacağı ifade edilmiştir. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrası ile hem Ek I'de sayılan aşırı yetki kurallarına hem de bu sayımın dışında kalmakla beraber bunlara benzer kurallara karşı bunların Avrupa Birliği içerisinde uygulanmasını engelleyecek bir tavır alınmıştır³⁸. Örneğin, milletlerarası yetkiyi Fransız hukukunda davacının vatandaşlığına; Alman hukukunda malların bulunduğu yere ve İngiliz hukukunda davalının İngiltere'de geçici bir süre için olsa dahi bulunmasına bağlayan kuralların uygulanmasını yasaklamıştır. Böylece bir üye devlette aşın yetki kuralı olarak kabul edilen bir hüküm, diğer üye devletlerde de aşırı yetki hükmü olarak kabul edileceğinden tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin aşırı yetkisinin denetimi açısından ortak bir uygulama sağlanmış olacaktır³⁹. Zira aşırı yetki kurallarının söz konusu olduğu hallerde

³⁷ Aşırı yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 50-59; Ekşi, Nuray: Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları, Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.247-258.

³⁸ Vlas, Paul: Chapter II-Jurisdiction, Section I-General Provisions: Brussels I Regulation, Editors: Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, Sellier European Law Publishers, 2007, s.73.

³⁹ Ekşi, Nuray: Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

yetkili mahkeme, uyuşmazlığın unsurları ile ilgili objektif esaslardan ziyade siyasî bir tercihi yansıtan sübjektif esaslara göre tayin edilmektedir⁴⁰.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 23. maddesi yetki anlaşmasına ilişkindir. Bu maddeye göre taraflar, aralarındaki mevcut hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yetkili mahkeme veya mahkemeleri yapacakları bir anlaşma ile belirleyebilirler. Tüzüğün 23. maddesi uyarınca taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece seçilen mahkemenin yetkisi münhasırdır. Buna göre diğer üye devlet mahkemelerinin münhasır yetkili oldukları halde davanın açıldığı mahkeme re'sen yetkisizlik kararı vermelidir (md. 25).

D. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tanıma ve Tenfize İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

1. Genel Olarak

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 32 ila 58. maddeleri arasında tanıma ve tenfiz bakımından son derece basit bir yol öngörülmüştür. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün md.33 f.1 hükmü uyarınca tanıma bakımından herhangi bir özel başvuru usulü aranmazken tenfiz bakımından ise lex fori nin kabul ettiği başvuru usulü uygulanacaktır. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü tarafından gerek tanımada (md. 36) gerekse tenfizde (md. 45/2) revizyon yasağına sadık kalınmıştır. Buna göre tanıma veya tenfiz aşamasında hiç bir şekilde kararın esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılması söz konusu değildir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 32. maddesinde tanıma ve tenfize konu olabilecek kararlar belirtilmiştir. 32. madde uyarınca ilâm, icra emri, karar ve yargılama giderlerinin mahkeme katibi tarafından tespitine ilişkin belgeler de 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün olan kararlardandır. Davanın reddi yönündeki kararlar ve yetkisizlik kararlarının da 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü uyarınca tanınması mümkündür⁴¹.

2009, C.11, Özel S., s.1164.

⁴⁰ Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s.51.

⁴¹ Süral, Ceyda: Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İz-

2. Tanıma Usulü

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 32 ila 58. maddeleri arasında tanıma ve tenfiz bakımından son derece basit bir usul öngörülmüştür.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün md.33 f.1 hükmü uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, herhangi bir özel başvuru usulüne gerek duyulmaksızın diğer bir üye devletler tarafından tanınır. Doktrin tarafından, bu tanınmanın *ipso iure* olduğu böylelikle Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararın verildiği devlette meydana getirdiği sonuçların, diğer üye devletlerde de kendiliğinden ortaya çıktığı ifade edilmiştir⁴². Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki tüzüğün 33. maddesinin 1. fıkrası anlamında “özel bir usule” başvurulmaksızın mahkeme kararlarının tanınmasının ne anlama geldiği noktasında farklı yorumlar söz konusudur. Bir görüşe göre, üye devlet mahkemeleri tarafından verilmiş ve aynı zamanda tüzüğün kapsamına ve uygulama alanına giren bütün kararlar, diğer üye devletlerde, hiçbir onay veya icrai işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden tanınacaktır⁴³. Bu anlamda, Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararının inşai etkisi ve tanınmanın bağlı olduğu diğer etkilerinin sağlanabilmesi için diğer üye devlet mahkemesinden alınacak bir karara ihtiyaç yoktur. Tarafardan biri, tanınmanın talep edildiği üye devlette yabancı mahkeme kararına dayanarak resmi bir işlemin yapılmasını, örneğin nüfus sicilinin değiştirilmesini, doğrudan talep edebilecektir. Bir başka görüşe göre ise, “özel bir usule” başvurulmaması ve tanınmanın otomatik olması, söz konusu mahkeme kararının, tanınmanın talep edildiği ülkede hiçbir işlem yapılmaksızın tanınacağı anlamına gelmemektedir. Burada bahsedilen ve dışlanan “özel usul” md.33 f.2 ve f.3'te düzenlenen usul dışında kalan usullerdir.

mir 2007, s.72.

⁴² Sakmar, s.91.

⁴³ “Yabancı ilâmların mahallî bir karara gerek olmaksızın “ipso iure” tanınmaları, milletlerarası alandaki işbirliği anlayışına uygun olmakla beraber, ancak Avrupa Birliği gibi hukuk sistemleri birbirine yakın olan ve özel hukuk ilişkilerini karşılıklı güven çerçevesi içerisinde yürütebilen devletler arasında işleyebilecek bir usuldür. Tüzük hükümleri de bu anlayışı yansıtmaktadır.” Sakmar/Ekşi, s.739.

Bir başka deyişle, ulusal hukuklar tarafından tanıma için öngörülen şartlar ve usuller hiçbir şekilde tüzük kapsamına giren kararlar hakkında uygulanamaz⁴⁴.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 33. maddesinin 2.fıkrası tanımanın tespitine ilişkindir. Bu düzenleme, ilgilinin kararın tanınmasıyla elde edeceği yararın mahkeme dışında gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulacaktır⁴⁵. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 33. maddesinin 2.fıkrası uyarınca tanımanın tespiti, aynen bir tenfiz talebi gibi işlem görecektir. Bu durumda tanımanın tespiti talebi, tenfiz talebinin yöneltildiği mahkemeye yöneltilecek; bu mahkemenin kararlarına karşı tenfiz kararına karşı başvurulabilecek kanun yollarına başvurulabilecektir. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 53. ve 54. maddeleri uyarınca kararın onaylı örneğinin ve Ek V'te belirtilen özelliklere uygun bir sertifikanın da taleple beraber tanıma mahkemesine sunulması gerekmektedir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 33. maddesinin 3.fıkrası ise tanımanın bir başka davada ön sorun olarak incelenmesine ilişkindir. Buna göre, Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesinde görölmekte olan bir davada yapılan tanıma talebi, karara etki ediyorsa bu mahkeme, tanıma talebi hakkında da karar vermeye yetkilidir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki ilgili mahkeme, bu durumu bekletici mesele yapamaz; bizzat kendisi inceleyerek tanımayı öncelikle halledecektir⁴⁶. Bu halde de tanıma talep eden taraf, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 53. maddesi uyarınca tanınmasını talep ettiği kararın onaylı bir örneğini tanıma mahkemesine sunmalıdır.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 34. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararının tanınması talebi ancak bu kararın, kamu düzenine aykırı olması veya kararın, savunma hakları ihlal edilerek verilmiş olması veya tanıma devletinin mahkemesi tarafından verilen bir hükümlle tezatlık teşkil etmesi veya aynı taraflar arasında aynı sebebe istinaden bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi

⁴⁴ Süral, s.81.

⁴⁵ Süral, s.82.

⁴⁶ Süral, s.83-84.

tarafından daha önce verilen ve tanıma için gerekli bütün şartları taşıyan bir kararla tezatlık teşkil etmesi halinde tanıma devleti tarafından reddedilebilir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 34. maddesinde belirtilen bu haller dışında, tanıma talebinin reddi mümkün değildir. Kararın verildiği üye devlette, bu karara karşı olağan kanun yoluna başvurulmuş olabilir. Bu durumda 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 37. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tanımanın talep edildiği üye devlet mahkemesi davaya ara verebilir. Diğer bir ifadeyle kararın verildiği üye devlette kanun yoluna gidilmesi halinde, tanıma kararı verecek olan mahkeme bunun sonucunu bekleyecek ve hükmün bozulması halinde tanıma talebini reddedebilecektir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bu düzenleme ile Avrupa Birliği içinde verilen mahkeme kararları, diğer üye devletlerdeki millî mahkemeler tarafından verilen kararlar seviyesine çıkarılmıştır⁴⁷.

3. Tenfiz Usulü

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 41. maddesine göre, Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen ve 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 38. maddesi uyarınca bu üye devlette icra edilebilir hale gelen mahkeme kararlarının usulen onanmış örneği ve icra edilebilir olduğunu gösteren sertifika ile birlikte diğer bir üye devletin mahkemesine tenfiz talebiyle başvurulur ise başvuru mahkeme başka bir inceleme yapmaksızın tenfiz kararını verecektir. 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 54. maddesi uyarınca, kararın verildiği üye devlet mahkemesi veya bir başka yetkili makam, ilgililerden birinin talebi üzerine, Ek V'te gösterilen şekilde bir sertifikayı hazırlamakla ve ilgililerine teslim etmek zorundadır.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 40. maddesinin 1.fıkrası uyarınca, tenfiz başvurusunun yapılması usulü, tenfiz talebinin yapıldığı devletin hukuku uyarınca belirlenecektir. Buna göre dilekçenin formatı, dilekçeye eklenecek diğer belgeler, dilekçenin kaç nüsha olarak verileceği, dilekçenin hangi dilde olacağı ve avukat tutma zorunluluğu olup olmadığı tenfiz talebinin

⁴⁷ Sakmar/Ekşi, s.740.

yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca tespit edilecektir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 39. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tenfiz başvurusu, Ek II'de belirtilen mahkeme veya makamlara yöneltilir.

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 41. maddesinin 34. maddeye yapmış olduğu atıf uyarınca bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen kararın tenfizinin reddedilebilmesi için bu kararın kamu düzenine aykırı olması; mahkeme kararının savunma hakları ihlâl edilerek verilmiş olması; tenfiz taleple edildiği üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir karara aykırı olması; aynı taraflar arasında aynı sebebe istinaden bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilen ve tenfiz için gerekli olan bütün şartları taşıyan bir hükme aykırılık oluşturması gerekir. Bu sebeplerin dışında, başka bir sebebe istinaden tenfiz talebi reddedilemez.

Tenfiz kararı genellikle hasımlı olarak açılan bir dava sonucunda verildiği halde 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 41. maddesi ile bu usul terk edilmiştir. Bu hüküm uyarınca tenfiz talebinde bulunan kişinin vereceği bir dilekçe üzerine kararın kesinleşmiş olduğu tespit edilecektir. Tenfizin bu şekilde tek yanlı ve çekişmesiz yargı yoluyla çözümlenecek bir son derece basit bir usule bağlanması, Avrupa Birliği'ne üye devlet mahkemeleri tarafından verilen kararların usulüne uygunluğundan şüphe edilmemesi ve bunların yerine getirilmesinin olağan sayılması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır⁵⁹.

Başvuru üzerine tenfiz talebinin değerlendirildiği bu aşamada davalının itiraz etme hakkı yoktur (md. 41/2-c). Ancak bu karara karşı, Ek III'te gösterilen mahkemelere itiraz edilebilir (md. 43/1-2). İşte bu durumda itirazı inceleyen mahkeme, yalnızca tenfiz engellerinden biri varsa o zaman tenfiz kararını kaldırabilir. Aksi takdirde, tenfiz kararını onaylar (md. 45/1).

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 43. maddesinin 5. fıkrası uyarınca itiraz süresi, kararın tebliğinden itibaren bir aydır. Kendisine karşı tenfiz talep edilen tarafın ikametgahı, tenfiz kararını veren mahkeme ülkesinde değil ise itiraz süresi iki aydır. Tenfiz kararı verildikten sonra, itiraz süresi geçmedikçe veya itiraz reddedilmedikçe kararın icrası, tehir edilecektir. Bu düzenleme ile kararın icrasına bağlı olarak ileride ortaya çıkabilecek sorunlar önlen-

miştir. Bununla beraber, bu süre içinde geçici ve koruyucu tedbirler alınabilir. Ancak ilâm icra edilemez⁴⁸.

Üye devletlerden birinde resmî olarak düzenlenen ve bu üye devlette yerine getirilebilir nitelik taşıyan belgeler hakkında da tenfiz ile ilgili hükümlerde öngörülen usul çerçevesinde diğer üye devletlerde tenfiz kararı verilebilir. Başvurunun yapıldığı mahkeme, resmî belgenin tenfizinin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde tenfiz talebini reddedecektir (2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü md. 57/1). İdarî makamlar tarafından düzenlenen veya onaylanan nafaka borçlarına ilişkin belgeler de resmî belge olarak dikkate alınacaktır (2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü md. 57/2). İbrahim edilen belgenin, düzenlendiği ülkede resmiyet kazanması için aranılan şartları taşıması gerekir (2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü md. 57/3). Resmî belgelerin yanı sıra mahkemede yapılan sulhlerin icrası için 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 58. maddesinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi nezdinde yapılan ve bu üye devlette icra edilebilir olan sulhler, resmî belgelere ilişkin 57. maddede öngörülen şartlar dahilinde, tenfiz edilebilir⁴⁹.

II. Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü

A. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tarihi Süreci ve Hazırlık Çalışmaları

Yukarıda da ifade edildiği üzere bazı konular, 2001/44EC sayılı AB Konsey

⁴⁸ Sakmar/Ekşi, s.741.

⁴⁹ Resmi belgeler ve mahkemelerde yapılan sulhlerin icrası bakımından İhtilafsız Para Alacakları İçin Avrupa İcra İlamı Düzenlenmesine İlişkin 21 Nisan 2004 Tarihli 2004/805EC Sayılı AB Konsey Tüzüğü ile 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü arasındaki ilişkiye değinmekte yarar vardır. 2004/805EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün başlangıç bölümünün 9. paragrafında her iki tüzüğünde uygulama alanına giren konular bakımından 2004/805EC sayılı AB Konsey Tüzüğü tarafından öngörülen usulün daha avantajlı ve pratik bir yol olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte 2004/805EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 27. maddesinde bu tüzüğün, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü doğrultusunda tanıma ve tenfize başvurulmasına engel olmayacağı da hükme bağlanmıştır.

Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, daha sonra bazı konulara ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır⁵⁰. Bu çerçevede hazırlanan Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2000/1347EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel II Tüzüğü), 1 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵¹. Ancak bu tüzük, aynı adı taşıyan 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü tarafından yürürlükten kaldırılmıştır⁵². Bu nedenle bu bölümde yalnızca halen yürürlükte olan 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'ne ilişkin açıklamalarda bulunulacak ve yalnızca 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hükümleri incelenecektir. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, Brüksel II bis (Brussels II bis) veya yeni Brüksel II Tüzüğü (the new Brussels II Regulation) olarak da anılmaktadır. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, tüzüğün 72. maddesi uyarınca 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak 1 Mart 2005 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır.

B. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Kapsamı

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün amacı; evliliğin hükümsüzlüğüne, ayrılığa, boşanmaya ve velayete ilişkin konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin ortak ve modern standartların oluşturulması, bu konularda mahkeme kararlarının üye devletler arasında hızlı ve kendiliğinden tanınmasının sağlanmasıdır⁵³.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin 1. fıkrasında bentler halinde tüzüğün kapsamı belirtilmiştir. Buna göre bu tüzük; boşanma, ayrılık veya evliliğin hükümsüzlüğü ile velayetin kurulması, icrası, devri, kısıtlanması veya kaldırılmasına ilişkin özel hukuk meselelerine uygulanır.

⁵⁰ McEleavy, Peter: The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved into Family Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 4 (Oct. 2002), s.888.

⁵¹ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses: OJ 30.6.2000 L 160 s.19-35.

⁵² 2000/1347EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Çiçekli, Bülent, *Avrupa Birliğinde Özel Hukukta İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı*, MHB Yıl 23, 2003, s.198vd.

⁵³ Ekşi, Brüksel IIbis Tüzüğü, s.1143.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. fıkrasında ise yine bentler halinde bu meselelerin özellikle; bakım ve gözetim hakkı ile görüşme hakkı, vesayet, kayımlık gibi kurumlar, çocuğu veya malvarlığını yönetecek, ona yardım ve temsil edecek kişi veya kurumun belirlenmesi ile bunların görev ve yetkileri, çocuğun malvarlığının yönetimi, korunması veya elden çıkarılmasına ilişkin hususlar olduğu ifade edilmiştir.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin 3. fıkrasında ise yine bentler halinde bu tüzüğün hangi konulara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre bu tüzük; soy bağının kurulması ile soy bağına ilişkin uyumsuzluklar, evlat edinme kararları, evlat edinme şartları, evlat edinmenin geri alınması veya hükümsüzlüğü, çocuğun adı ve soyadı, reşit olma, nafaka yükümlülükleri, miras ve fonlar ile çocuk tarafından işlenen suç ve kabahatler sonucunda alınan tedbirler hakkında uygulanmaz.

C. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Milletlerarası Yetki Kurallarına İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, uygulama alanı içerisinde bulunan konulara ilişkin 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nden farklı olarak, üye devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen bir dizi kurallar oluşturmuştur⁵⁴.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğü davalarında Avrupa Birliği üyesi devlet mahkemelerinden hangilerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 3 ila 7. maddeleri arasında belirtilmiştir. Bu düzenleme ile boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğü davalarının eşlerin en yakın irtibatlı olduğu üye devlet mahkemelerinde görülmesi sağlanmıştır. Bu noktada, *yerleşim yeri* mahkemesini yetkili kılan 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nden farklı olarak *mutad mesken* mahkemesi tercih edilmiştir⁵⁵. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesine göre; eşlerin müşterek mutad meskeni, eşlerden birinin hâlâ orada oturuyor olması şartıyla eşlerin son müşterek mutad meskeni, davalının mutad meskeni, eş-

⁵⁴ Ekşi, Brüksel IIbis Tüzüğü, s.1141.

⁵⁵ Ekşi, Brüksel IIbis Tüzüğü, s.1142.

lerin birlikte dava açması halinde, eşlerden herhangi birinin mutad meskeni, dava tarihinden geriye doğru bir yıldan beri orada oturuyor olması şartıyla davacının mutad meskeni, davacının dava tarihinden geriye doğru altı aydan beri oturduğu yer olması ve davacının oturduğu devletin vatandaşı (İngiltere ve İrlanda açısından yerleşim yerinin bu ülkelerden birinde) olması şartıyla davacının mutad meskeni mahkemeleri yetkilidir.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nde yer alan milletlerarası yetki esasları birbirine alternatif teşkil eder. Söz konusu yetki esaslarından herhangi birine öncelik verilmemiştir.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 6. ve 7. maddelerinde ulusal hukuklara göre üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edilebileceği haller sıralanmıştır. Tüzüğün 6. maddesine göre, üye devletlerden birinde mutad meskeni olan veya üye devletlerden birinin vatandaşı olan kişilere karşı sadece bu tüzüğün 3 ila 5. maddelerine istinaden dava açılabileceği ifade edilmiştir. O halde üye devletlerden birinde mutad meskeni bulunmayan veya üye devletlerden birinin vatandaşı olmayan kişiye karşı açılan boşanma davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisi, ulusal hukuklara göre belirlenebilecektir. Bununla birlikte Tüzüğün 7. maddesinin 1. fıkrasında, üye devlet mahkemesinin bu tüzüğün 3 ila 5. maddelerine göre yetkili olmaması halinde, milletlerarası yetkisini kendi millî hukukuna göre tayin edebileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise diğer bir üye devlette mutad meskeni olan bir üye devletin vatandaşı tarafından üye devlette mutad meskeni bulunmayan ve üye devlet vatandaşı olmayan davalıya karşı açılacak olan boşanma davalarında, o ülkenin vatandaşı gibi, mutad meskeninin bulunduğu devletin yetki kurallarına başvurabileceği ifade edilmiştir.

İşte bu hallerde üye devlet mahkemeleri, milletlerarası yetkisini iç hukuklarına göre belirleyeceğinden iç hukuklarında yer alan aşırı yetki kurallarını da uygulayabilirler. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü aşırı yetkili mahkemeler tarafından verilen ilamların tanınması ve tenfizini reddederken 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, üye devletlerin iç hukuklarında yer alan aşırı yetki kurallarına göre yetki kazanan

mahkemeler tarafından verilen kararların tanınmasına ve tenfiz edilmesine imkân tanımaktadır. Bu yönüyle 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü eleştirilmektedir⁵⁶.

D. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tanıma ve Tenfize İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

1. Genel Olarak

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 21 ila 39. maddeleri arasında tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin hükümler yer almaktadır. Tüzüğün 21. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlar diğer üye devletlerde özel bir usule başvurulmaksızın tanınırlar. Tenfiz bakımından ise lex fori nin kabul ettiği başvuru usulü uygulanır. 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü tarafından da hem tanımada (md. 26) hem de tenfizde (md. 31/3) revizyon yasağına sadık kalınmıştır. Başka bir deyişle tanıma veya tenfiz aşamasında hiç bir şekilde kararın esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılmaz. Bununla birlikte hem tanıma hem de tenfiz bakımından tanımaya veya tenfize konu olan kararın kesinleşmiş olması gerekli değildir.

1. Tanıma Usulü

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlar diğer üye devletlerde özel bir usule başvurulmaksızın tanınırlar. Özellikle, Avrupa Birliği'ne üye bir devletin medeni hale ilişkin kayıtlarında, bir başka üye devlet tarafından verilen ve orada kesinleşmiş bulunan boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğü kararlarına dayanılarak herhangi bir değişiklik yapılması bakımından tüzük tarafından öngörülen usul dışında özel bir usul uygulanması söz konusu değildir (md. 21/2).

Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tanınmasını talep eden taraf; tanımaya konu kararın aslını ve bu karar ile kararın verildiği üye devlet mahkemesi tarafından düzen-

⁵⁶ Ekşi, Brüksel IIbis Tüzüğü, s.1150.

lenen sertifikayı tanıma mahkemesine sunar (md.37/1). Boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından bir karar verilmesi halinde kararı veren mahkeme tarafından düzenlenecek sertifikanın özellikleri, 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü Ek I'de belirtilmiştir. Bununla birlikte kararın velayete ilişkin olması halinde ise kararı veren mahkeme tarafından düzenlenecek sertifikanın özellikleri, Ek II'de belirtilmiştir (md.39).

Karar, kendisine karşı tanıma talep edilen tarafın yokluğunda verilmiş ise tanıma mahkemesine, dava dilekçesi veya bu nitelikte bir başka belgenin yokluğunda karar verilen tarafa tebliğ edildiğini gösteren deliller veya yokluğunda karar verilen tarafın kararı kabul ettiğini açıkça gösteren herhangi bir belgenin de sunulması gerekmektedir (md. 37/2). Bu düzenleme ile kendisine karşı tanıma talep edilen tarafın savunma hakkının korunması amaçlanmaktadır. Kendisine karşı tanıma talep edilen taraf, aile hukukuyla ilgili meseleler hakkında kendisini mahkeme önünde savunma imkanı bulamamış ise söz konusu karar Avrupa Birliği'ne üye devletlerde kendiliğinden tanıma ayrıcalığından yararlanamaz⁵⁷. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nden farklı olarak, 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nde, savunma haklarının kullanımı bakımından daha detaylı hükümlere yer verilmiştir.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 38. maddesi uyarınca tanıma-ya konu kararın aslı dışında kararın verildiği mahkeme tarafından düzenlenen sertifika ya da kararın yoklukta verildiği hallerde aranan belgelerin sunulmaması halinde, mahkeme bunların sunulması için süre verebilir; aynı nitelikte başka belgeleri kabul edebilir ya da önünde yeterli bilgi olduğu kanaatindeyse bu belgelerin sunulmasından vazgeçebilir. Mahkeme, bu belgelerin tercümelerini de talep edebilir. Tercümelerin herhangi bir üye devlet mahkemesinde bunları onaylamaya yetkili kişi tarafından onaylanmış olmaları yeterlidir. Tüzüğün 52. maddesi uyarınca yukarıda belirtilen belgelerin ya da vekaletnamelerin onaylanması gibi formaliteler taraflardan talep edilemez.

⁵⁷ Süral, s.160.

Tüzüğün 24. maddesi uyarınca tanıma talebini inceleyen mahkeme, kararı veren üye devlet mahkemesinin ilgili dava bakımından yetkili olup olmadığını inceleyemez. Daha önce de belirtildiği üzere 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü tarafından da revizyon yasağına sadık kalınmıştır. Buna göre tanıma aşamasında hiç bir şekilde kararın esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılması söz konusu değildir (md.26). Bununla birlikte tüzüğün 25. maddesi uyarınca tanıma talebini inceleyen mahkeme, tanıma talebini, tanımanın talep edildiği ülke bakımından boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğüne izin verilmediği gerekçesiyle reddedemez.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararlar bakımından tanıma engelleri, tüzüğün 22. maddesinde sayılmıştır. Buna göre Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması talebi ancak bu kararın kamu düzenine aykırı olması veya kararın, savunma hakları ihlal edilerek verilmiş olması veya tanıma devletinin mahkemesi tarafından verilen bir hükümle tezatlık teşkil etmesi veya aynı taraflar arasında aynı sebebe istinaden tanımanın talep edildiği üye devletten başka bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilen ve tanıma için gerekli bütün şartları taşıyan bir kararla tezatlık teşkil etmesi halinde tanıma devleti tarafından reddedilebilir. Buradan hareketle tanıma engelleri bakımından 2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü ile 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün birbirine paralel olduğunu söyleyebiliriz⁵⁸.

Velayete ilişkin kararlar bakımından tanıma engelleri ise tüzüğün 23. maddesinde sayılmıştır. Buna göre Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması talebi ancak bu kararın; çocuğun menfaati de dikkate alındığında kamu düzenine aykırı olması veya acil haller dışında, tanımanın talep edildiği devletin medeni yargılamaya ilişkin temel prensipleri ihlal edilerek çocuk dinlenilmeden alınmış olması veya yokluğunda karar verilen kişiye, dava sürecinde dava dilekçesi veya aynı nitelikte başka bir belgenin usulüne uygun olarak ve savunma yapmasına yetecek süre tanınacak şekilde tebliğ edilmemiş olması ve bu kişinin kararı kabul ettiğinin açıkça anlaşılma-

⁵⁸ Süral, s.161.

mamış olması veya kararın velayet hakkının ihlal edildiğini ileri süren tarafın dinlenilmeden verilmiş olması veya kararın tanıma devletinin mahkemesi tarafından verilen bir hükümlle tezatlık teşkil etmesi veya aynı taraflar arasında aynı sebebe istinaden tanımanın talep edildiği üye devletten başka bir üye devlet mahkemesi veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilen ve tanıma için gerekli bütün şartları taşıyan bir kararla tezatlık teşkil etmesi halinde tanıma devleti tarafından reddedilebilir.

Yukarıda belirtilen tanıma engelleri dışında, tanıma talebinin reddi mümkün değildir. Ancak tüzüğün 27. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen boşanmaya, ayrılığa, evliliğin hükümsüzlüğüne veya velayete ilişkin bir kararın tanınması talebini inceleyen diğer bir üye devlet mahkemesi, karara karşı kararın verildiği devlette kanun yollarına başvurulması halinde tanıma incelemesini durdurabilir.

3. Tenfiz Usulü

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlette icra edilebilir olan ve taraflara tebliğ edilmiş bulunan velayete ilişkin kararlar, başka bir üye devlette ilgilinin talebi üzerine verilen tenfiz kararı sonucunda icra edilebilir. Tenfiz bakımından da tanıma da olduğu gibi tenfize konu kararın kesinleşmiş olması gerekli değildir.

Tüzüğün 29. maddesinin 1. fıkrası ve 68. maddesi uyarınca tenfiz talebini incelemekle görevli mahkemeler her üye devlet tarafından belirlenir ve bunların güncel listesi Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanır. Aynı maddenin 2. fıkrası ise tenfiz talebini bakımından yetkili mahkemeye ilişkindir. Buna göre yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz talep edilen kişinin ya da çocuğun mutad meskeni mahkemesidir. Ancak kendisine karşı tenfiz talep edilen kişi ya da çocuk tenfiz talebinin yapıldığı üye devlette bulunmuyorsa yetkili mahkeme kararın icra edileceği yer mahkemesidir.

Tüzüğün 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tenfiz başvurusunun yapılması usulü, tenfiz talebinin yapıldığı devlet hukukuna uygun olmalıdır. Buna göre

dilekçenin formatı, dilekçeye eklenecek diğer belgeler, dilekçenin kaç nüsha olarak verileceği, dilekçenin hangi dilde olacağı ve avukat tutma zorunluluğu olup olmadığı tenfiz talebinin yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca tespit edilecektir.

Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tenfizini talep eden taraf; tenfize konu kararın aslını veya onaylı bir örneğini ve bu karar ile kararın verildiği üye devlet mahkemesi tarafından düzenlenen sertifikayı tanıma mahkemesine sunar (md.37). Daha önce de belirtildiği üzere Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından velayete ilişkin bir karar verilmesi halinde, kararı veren mahkeme tarafından düzenlenecek olan sertifikanın özellikleri, Ek II'de belirtilmiştir (md.39).

Karar kendisine karşı tenfizi talep edilen tarafın yokluğunda verilmiş ise tenfiz mahkemesine, dava dilekçesi veya bu nitelikte bir başka belgenin yokluğunda karar verilen tarafa tebliğ edildiğini gösteren deliller veya yokluğunda karar verilen tarafın kararı kabul ettiğini açıkça gösteren herhangi bir belgenin de sunulması gerekir (md. 37/2).

Tüzüğün 38. maddesi uyarınca tenfize konu kararın aslı dışında kararın verildiği mahkeme tarafından düzenlenen sertifika ya da kararın yoklukta verildiği hallerde aranan belgelerin sunulmaması halinde, mahkeme bunların sunulması için süre verebilir; aynı nitelikte başka belgeleri kabul edebilir ya da önünde yeterli bilgi olduğu kanaatindeyse bu belgelerin sunulmasından vazgeçebilir. Mahkeme, bu belgelerin tercümelerini de talep edebilir. Tercümelerin herhangi bir üye devlet mahkemesinde bunları onaylamaya yetkili kişi tarafından onaylanmış olmaları yeterlidir. Tüzüğün 52. maddesi uyarınca yukarıda belirtilen belgelerin ya da vekaletnamelerin onaylanması gibi formaliteler taraflardan talep edilemez.

Tüzüğün 51. maddesi uyarınca tenfiz talebinde bulunan taraftan, mutad meskeninin bir başka ülkede olması ya da yabancı olması nedeniyle herhangi bir teminat ya da depozito alınmaz.

Tüzüğün 31. maddesi uyarınca tenfiz talebinde bulunan kişinin vereceği bir dilekçe üzerine kararın icra edilebilir olduğu tespit edilecektir. Bu nokta-

da önemle belirtmek gerekir ki tenfiz talebinin incelenmesi aşamasında tenfiz talebine ilişkin dilekçe, tebliğ edilmez ve tenfiz incelemesini yapan mahkeme kendisine karşı tenfiz talebinde bulunulan tarafı dinlemez. Aynı maddenin 2. fıkrasının atfıyla tenfiz talebi ancak yukarıda belirtilen tanıma engellerinin varlığı halinde reddedilebilir. Başka bir deyişle tanıma engelleri aynı zamanda tenfiz engelleridir. Bununla birlikte revizyon yasağı, tenfiz talepleri bakımından da geçerlidir.

Tüzüğün 33. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taraflar, tenfiz incelemesini yapan mahkemenin verdiği karara itiraz edebilirler. Aynı maddenin 2. fıkrası ve tüzüğün 68. maddesi uyarınca tenfiz talebi hakkında verilen kararlara karşı itirazları incelemekle görevli mahkemeler, her üye ülke tarafından belirlenir ve bunların güncel listesi Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanır. İtirazı inceleyen mahkeme, tenfiz engellerinden birinin bulunması halinde tenfiz kararını kaldırabilir. Aksi takdirde, tenfiz kararını onaylar.

Tüzüğün 33. maddesi uyarınca tenfiz kararı verilmiş olan hallerde, kendisine karşı tenfiz talep edilen taraf, tenfiz kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde tenfiz kararına itiraz edebilir. Kendisine karşı tenfiz talep edilen tarafın mutad meskeni tenfiz kararını veren mahkeme ülkesinde değilse, itiraz süresi iki aydır ve tebligatın kişinin kendisine veya mutad meskenine yapılmasından itibaren işlemeye başlar. Bunun dışında uzaklık nedeniyle ayrıca itiraz süresi uzatılamaz.

Tüzüğün 46. maddesi uyarınca, Avrupa Birliği'ne üye bir devlette icra edilebilir olan resmi senetler ile taraflar arasındaki anlaşmaların tenfizi de mümkündür. Bu noktada yukarıda ifade edilen mahkeme kararlarının tenfizi hükümleri, uygulama alanı bulur.

4. Çocuk ile Görüşme Hakkı ve Çocuğun Geri Alınmasına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 40. ve devamı maddelerinde çocuk ile görüşme hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararların tanınması ve tenfizi bakımından farklı bir usul düzenlenmiştir. Çocuk ile görüşme

hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararların tanınması ve tenfizi bakımından benimsenen bu yol, doktrin tarafından *hızlı yol* olarak da adlandırılmaktadır⁵⁹. İlgililerin bu yola başvurması halinde çocuk ile görüşme hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararlar bakımından tanıma ve tenfiz şartı aranmaz. Başka bir deyişle çocuk ile görüşme hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararların tanınması bakımından tanıma kararına itiraz edilmesi imkanı yoktur. Bununla birlikte çocuk ile görüşme hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararların tenfizi bakımından ise herhangi bir tenfiz kararı gerekli değildir.

2003/2201EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 41. maddesi uyarınca bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen ve icra edilebilir olan bir mahkeme kararıyla tanınan görüşme hakkı, Ek III'te özellikleri belirtilen sertifikanın kararı veren mahkeme tarafından düzenlenmiş olması halinde, diğer bir üye ülkede tenfiz kararına ihtiyaç olmadan icra edilebilir ve bu kararın tanınmasına itiraz da edilemez. Bununla birlikte tüzüğün 42. maddesi uyarınca bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen ve icra edilebilir olan bir mahkeme kararıyla tanınan çocuğun geri alınması hakkı, Ek IV'te özellikleri belirtilen sertifikanın kararı veren mahkeme tarafından düzenlenmiş olması halinde, diğer bir üye ülkede tenfiz kararına ihtiyaç olmadan icra edilebilir ve bu kararın tanınmasına itiraz da edilemez.

Tüzüğün 40. maddesinin 2. fıkrasında ise ilgililerin hızlı yol olarak adlandırılan bu usule başvurabilecekleri gibi yukarıda açıklanan tenfiz usulüne de başvurabileceği ifade edilmiştir.

III. Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü

A. 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tarihi Süreci ve Hazırlık Çalışmaları

Nafaka alacaklarına ilişkin talepler, Hukuki ve Ticari Konularda Mahke-

⁵⁹ Süral, s.165.

melerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü) kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak zaman içerisinde AB üyesi ülkeler arasında kişilerin serbest dolaşımının bir sonucu olarak farklı vatan-daşlıkta olan kişiler arasında yapılan evlilikler ve bu doğrultuda yabancı unsurlu boşanma davalarının sayısında hızlı bir artış kaydedilmiştir. Bu durum, yabancı unsurlu nafaka uyuşmazlıklarını ve nafaka alacağı ile ilgili talepleri de beraberinde getirmiştir⁶⁰. Bu konuya ilişkin talepler karşısında ise 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü yetersiz kalmıştır⁶¹. Bu nedenle AB Konseyi tarafından Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü kabul edilmiştir⁶². Tüzüğün 76. maddesi uyarınca tüzük hükümleri, üye devletler arasında 18 Haziran 2011 tarihinden itibaren uygulanmaktadır.

Bu bölümde belirtilmesi gereken bir diğer husus ise 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü ile Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında 23 Kasım 2007 tarihli La Haye Protokolü⁶³ arasında kuvvetli bir bağ olduğudur. Şöyle ki tüzüğün başlangıç bölümününün 20. paragrafında, bu tüzüğün Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında 23 Kasım 2007 tarihli La Haye Protokolü'nün AB'de yürürlüğe girmesi şartına bağlı olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü hükümlerinin uygulanma tarihi olan 18 Haziran 2011'den önce AB tarafından 2007 La Haye Protokolü imzalanmış ve bu şart yerine getirilmiştir. Bu noktada önem-

⁶⁰ McEleavy, s.888.

⁶¹ Aktürk, Aylin: Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No'lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü, MHB 2011, S.2, s.1.

⁶² Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations: OJ L 7- 10.1.2009 s.1-79.

⁶³ The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Council Decision 2009/941/EC of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations OJ L 331, 16.12.2009, s. 17. Ayrıca bkz. Long, Eimear: The New Hague Maintenance Convention, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 4 (Oct. 2008), s.984-996.

le belirtmek gerekir ki 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca nafaka yükümlülüklerine uygulanacak hukuk 2007 La Haye Protokolü uyarınca belirlenecektir. Bununla birlikte tüzüğün 17. maddesi uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan AB üyesi devletler arasında tanıma ve tenfiz şartı kaldırılmıştır.

B. 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Kapsamı

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün kapsamı, tüzüğün 1. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere ailevi bir ilişkiden, ebeveynlikten, evlilikten veya hısımlıktan dolayı ortaya çıkan tüm nafaka yükümlülükleridir. Tüzükte iştirak nafakası, yardım nafakası veya yoksulluk nafakası gibi nafaka türleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁶⁴.

C. 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Milletlerarası Yetki Kurallarına İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesi, genel yetki kuralını düzenlemektedir.

Tüzüğün 3. maddesinin (a) ve (b) bendi uyarınca yetkili mahkeme, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının mutad meskeni mahkemeleridir. Bununla birlikte aynı maddenin (c) bendi uyarınca bir kişinin statüsüyle ilgili davaya bakmaya yetkili mahkeme, nafaka davası da bu kişinin statüsüne ilişkin işlemleri tamamlayıcı konumda ise, söz konusu yetkili mahkemenin yetkisi sadece taraflardan birinin vatandaşlığına dayanmadığı takdirde, kendi hukukuna göre söz konusu davayı ele alma yetkisine sahiptir. Aynı durum tüzüğün 3. maddesinin (d) bendi uyarınca ebeveyn sorumluluklarıyla ilgili davalar bakımından da geçerlidir.

Tüzüğün 4. maddesi ile önceki AB düzenlemelerinin aksine yetkili mahkemenin taraflarca seçimine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 4. maddesinin 3. fıkrasında 18 yaşın altındaki çocuklarla ilgili nafaka taleplerinde bakımından tarafların yetkili

⁶⁴ Aktürk, s.9.

mahkemeyi serbestçe tayin edebileceklerine ilişkin 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Tüzüğün 6. maddesi uyarınca tüzüğün mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralların uygulanıp herhangi bir üye devlet mahkemesinin yetkili olarak belirlenmemesi halinde, sorunun çözümü tarafların ortak vatandaşlığının bulunduğu üye devlet mahkemesine bırakılmıştır. Bu düzenleme ile bir yetki ikamesi (*subsidiary jurisdiction*) söz konusudur. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bu düzenleme, şu ana kadar incelemiş olduğumuz tüzük hükümlerinde yer almayan farklı bir düzenleme olarak karşımıza olarak çıkmaktadır⁶⁵. Bununla birlikte tüzüğün 7. maddesinde, iç savaş gibi istisnai hallerde üçüncü bir devlette dava açamayan tarafın, davayla makul bir bağlantısı olan üye devlette dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Bu husus ise karşımıza bir *forum necessitatis*⁶⁶ kuralı olarak çıkmaktadır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bu düzenleme, şu ana kadar incelemiş olduğumuz tüzük hükümlerinde yer almayan bir düzenlemedir⁶⁷.

D. 2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün Tanıma ve Tenfize İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi

1. Genel Olarak

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü, kapsamı içerisinde kalan kararlar arasında ikili bir ayırım yapmış; tanıma ve tenfiz usulü bakımından da bu ayırım çerçevesinde farklı düzenlemelere yer vermiştir. Bu ayırım, kararı veren mahkemenin bulunduğu AB üyesi devletin 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olup olmamasına göre yapılmaktadır (md.16).

Tüzüğün 17. maddesi uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan AB üyesi devletler arasında tanıma ve tenfiz şartı kaldırılmıştır. Tüzüğün 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, diğer bir üye devlette özel bir usule

⁶⁵ Aktürk, s.11.

⁶⁶ İsviçre Hukuku'ndan esinlenerek böyle bir düzenleme yapılmıştır. Milletlerarası Özel Hukuk hakkında İsviçre Kanunu md. 3. (Naklen: Aktürk, s.11, dn.34).

⁶⁷ Aktürk, s.11-12.

tabi olmaksızın tanınır ve bu kararın tanınmasına itiraz da edilemez. Bununla birlikte aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, diğer bir üye devlette tenfiz kararına gerek olmaksızın icra edilebilir.

Tüzüğün 23 ila 44. maddeleri arasında ise 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınması ve tenfizi usulü düzenlenmiştir. 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınması ve tenfizi usulü ise yukarıda incelenmiş olan diğer tüzük hükümleri ile öngörülen tanıma ve tenfiz usullerine paraleldir.

2. Tanıma Usulü

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 23. ve devamı maddelerinde 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınması usulü düzenlenmiştir. Buna göre 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınması usulü, aşağıdaki gibidir.

Yukarıda incelemiş olduğumuz diğer tüzüklerde de olduğu gibi tüzüğün 23. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlar, diğer üye devletlerde bu tüzükte öngörülen usul haricinde özel bir usule başvurulmaksızın tanınırlar.

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü bakımından da Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlet tarafından tanınabilmesi için kesinleşmiş olması gerekmez.

Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tanınmasını talep eden taraf; tanımaya konu kararın aslını ve bu karar ile kararın verildiği üye devlet mahkemesi tarafından düzenlenen sertifikayı tanıma mahkemesine sunar (md.28). Düzenlenecek sertifikanın özellikleri, Ek II'de belirtilmiştir.

Tüzüğün 24. maddesinde tanıma engelleri sayılmıştır. Buna göre Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararının tanınması

talebi ancak bu kararın kamu düzenine aykırı olması veya kararın, savunma hakları ihlal edilerek verilmiş olması veya tanıma devletinin mahkemesi tarafından verilen bir hükümle tezatlık teşkil etmesi veya aynı taraflar arasında aynı sebebe istinaden tanımanın talep edildiği üye devletten başka bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilen ve tanıma için gerekli bütün şartları taşıyan bir kararla tezatlık teşkil etmesi halinde tanıma devleti tarafından reddedilebilir.

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü bakımından da yukarıda belirtilen tanıma engelleri dışında, tanıma talebinin reddi mümkün değildir. Ancak tüzüğün 25. maddesi uyarınca 2007 La Haye Protokol'üne taraf olmayan üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınmasına ilişkin talebi inceleyen diğer üye devlet mahkemesi, karara karşı kararın verildiği devlette kanun yollarına başvurulması halinde tanıma incelemesini durdurabilir.

3. Tenfiz Usulü

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 27. ve devamı maddelerinde 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tenfizi usulü düzenlenmiştir. Buna göre 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olmayan Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tenfizi usulü, aşağıdaki gibidir.

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü bakımından da tüzüğün 26. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlette icra edilebilir olan kararlar, başka bir üye devlette ilgilinin talebi üzerine verilen tenfiz kararı sonucunda icra edilebilir. Tenfiz bakımından da tanımada olduğu gibi tenfize konu kararın kesinleşmiş olması gerekli değildir.

Tüzüğün 27. maddesinin 1. fıkrası ve 71. maddesi uyarınca tenfiz talebini incelemekle görevli mahkemeler her üye devlet tarafından belirlenir ve bunların listesi güncel Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanır. Aynı maddenin 2. fıkrası ise tenfiz talebi bakımından yetkili mahkemeye ilişkindir. Buna göre üye devletlerde yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz talep edilen kişinin mutad meskeni veya kararın icra edileceği yer mahkemesidir.

Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tenfizini talep eden taraf; tenfize konu kararın aslını ve bu karar ile kararın verildiği üye devlet mahkemesi tarafından düzenlenen sertifikayı tanıma mahkemesine sunar (md.28). Yukarıda da ifade edildiği üzere düzenlenecek sertifikanın özellikleri, Ek II'de belirtilmiştir.

Tüzüğün 29. maddesi uyarınca tenfize konu kararın aslı dışında kararın verildiği mahkeme tarafından düzenlenen sertifikanın sunulmaması halinde, mahkeme bunların sunulması için süre verebilir; aynı nitelikte başka belgeleri kabul edebilir ya da önünde yeterli bilgi olduğu kanaatindeyse bu belgelerin sunulmasından vazgeçebilir. Mahkeme, bu belgelerin tercümelerini de talep edebilir. Tercümelerin herhangi bir üye devlet mahkemesinde bunları onaylamaya yetkili kişi tarafından onaylanmış olmaları yeterlidir.

Tüzüğün 30. maddesinde tenfiz talebinde bulunan kişinin vereceği bir dilekçe üzerine kararın kesinleşmiş olduğu en geç 30 gün içinde tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Tenfiz talebinin incelenmesi aşamasında, yukarıda incelenen diğer tüzüklerde de olduğu gibi, tenfiz talebine ilişkin dilekçe karşı tarafa tebliğ edilmez ve tenfiz incelemesini yapan mahkeme kendisine karşı tenfiz talebinde bulunulan tarafı dinlemez.

Tüzüğün 30. maddesi uyarınca tenfiz talebi ancak yukarıda belirtilen tanıma engellerinin varlığı halinde reddedilebilir. Revizyon yasağı, yukarıda incelenen diğer tüzüklerde de olduğu gibi, tenfiz talepleri bakımından da geçerlidir.

Tüzüğün 32. maddesinin 1. fıkrasında tarafların, tenfiz incelemesini yapan mahkemenin verdiği karara itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası ve tüzüğün 71. maddesi uyarınca tenfiz talebi hakkında verilen kararlara karşı itirazları incelemekle görevli mahkemeler her üye ülke tarafından belirlenir ve bunların güncel listesi Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanır. İtirazı inceleyen mahkeme, tenfiz engellerinden birinin bulunması halinde tenfiz kararını kaldırır. Aksi takdirde, tenfiz kararını onaylar. Tüzüğün 34. maddesi uyarınca itirazı inceleyen mahkeme, 90 gün içinde kararını açıklar.

Tüzüğün 33. maddesi uyarınca tenfiz kararı verilmiş olan hallerde, kendisine karşı tenfiz talep edilen taraf, tenfiz kararının tebliğinden itibaren 30 gün

içinde tenfiz kararına itiraz edebilir. Kendisine karşı tenfiz talep edilen tarafın mutad meskeni tenfiz kararını veren mahkeme ülkesinde değilse, itiraz süresi 45 gündür ve tebligatın kişinin kendisine veya mutad meskenine yapılmasından itibaren işlemeye başlar. Bunun dışında uzaklık nedeniyle ayrıca itiraz süresi uzatılamaz.

4. 2007 La Haye Protokolü'ne Taraf Olan AB Üyesi Devletler Arasında Tanıma ve Tenfiz

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün en önemli özelliği, 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan AB üyesi devletler arasında tanıma ve tenfiz şartının kaldırılmasıdır (*abolition of exequatur*).

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, diğer bir üye devlette özel bir usule tabi olmaksızın tanınır ve bu kararın tanınmasına itiraz da edilemez.

2009/4EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 2007 La Haye Protokolüne taraf olan bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, diğer bir üye devlette tenfiz kararına gerek olmaksızın icra edilebilir. Bununla birlikte tüzüğün 18. maddesi uyarınca 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan bir Avrupa Birliği'ne üye bir devlet tarafından verilen icra edilebilir bir karar çerçevesinde söz konusu olan hukuki koruma tedbirleri de tenfiz kararına gerek olmaksızın icra edilebilir.

SONUÇ

Daha önce de ifade edildiği üzere Avrupa Birliği'nin tarihi gelişimine yakından bakıldığında malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı olmak üzere dört temel özgürlük üzerine kurulduğu söylenebilir. Bu noktada mahkeme kararlarının serbest dolaşımının ise Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu bu dört temel özgürlüğün teminatı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu bu dört temel özgürlüğün sağlanabilmesi ve yaşatılabilmesi için Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında bir adli işbirliğin yapılması kaçınılmazdır.

Bu çalışmada, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında mahkeme kararlarının serbest dolaşımının sağlanmasına yönelik hukuki metinler tarih sıralamasına uygun olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü) incelenmiştir. Daha sonra Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel IIbis Tüzüğü) ve son olarak Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Nafaka Tüzüğü) ele alınmıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan her bir tüzük bakımından ilgili tüzüğün tarihi süreci ve hazırlık çalışmalarına değinilmiştir.

Avrupa Birliği bünyesinde uzunca bir süredir uluslararası özel hukuk kurallarının uyum ve harmonizasyonu konusunda yürütülen bu çalışmalar sayesinde AB üyesi devletler arasında söz konusu olan adli işbirliğinin arttığını ve üye devletler arasında koordinasyonun güçlendiğini söylemek yanlış olmaz. 10 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve yürürlüğe girmesiyle 2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıracak olan Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2012/1215EC sayılı AB Konsey Tüzüğü bunun bir göstergesidir. Zira tanıma ve tenfiz şartının kaldırılması ilk defa Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'nün 40. ve devamı maddelerinde çocuk ile görüşme hakkı ve çocuğun geri alınmasına ilişkin kararlar bakımından gündeme gelmiştir. Daha sonra benzer bir düzenlemeye Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'nün 17. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre 2007 La Haye Protokolü'ne taraf olan AB üyesi devletler arasında tanıma ve tenfiz şartı kaldırılmıştır. Son olarak 10 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve yürürlüğe girmesiyle

2001/44EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıracak olan Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2012/1215EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nde de Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tenfiz kararına gerek olmaksızın icra edilebilir (md.39).

1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ile AB üyesi devletler arasında tanıma ve tenfiz usulünü basitleştirmek ve sadeleştirmek amacıyla başlayan bu sürecin geldiği son nokta tanıma ve tenfiz şartının tamamen kaldırılmasıdır. Bu süreç, AB üyesi devletler arasında söz konusu olan adli işbirliğinin güçlenmesi ve olgunlaşması olarak değerlendirilebilir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aktürk, Aylin: Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No'lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü, MHB 2011, S.2, s.1-33.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü, AÜHFD, 2008, C.57, S.2, s.17-49.

Çalışkan, Yusuf/Çalışkan, Zeynep: The Free Movement of Judgments within the European Union, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S. 2010/3, s.13-22.

Çiçekli, Bülent: Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, MHB 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S.1-2, s.179-202.

Ekşi, Nuray: Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C.11, Özel S., s. 1139-1168. (Brüksel IIbis Tüzüğü)

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul 2000, s.50-59. (Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi)

Ekşi, Nuray: Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları, Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.247-258.

Ekşi, Nuray: Provisional and Protective Measures in International Litigation under the Brussels Convention, 6 (1991) 1-3 Hukuk Araştırmaları, s.76-87.

Ekşi, Nuray: The Basic Types of Measures and General Requirements for Granting Interim Orders in the Laws of the EC Member States, 7 (1992-1993) 1-3 Hukuk Araştırmaları, s.301-319.

Harris, J.: The Brussels Regulation, Civil Justice Quarterly, Vol. 20, July, 2001, s.219.

Kennett, Wendy: The Brussels I Regulation, The International and Comparati-

ve Law Quarterly, Vol. 50, No. 3 (Jul. 2001), s.725-737.

Lane, Suriyakumari: Free Movement of Judgments within the EEC, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, No. 3 (Jul. 1986), s.629-643.

Long, Eimear: The New Hague Maintenance Convention, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 4 (Oct. 2008), s.984-996.

Magnus, Ulrich: Introduction: Brussels I Regulation, Editors: Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, Sellier European Law Publishers, 2007.

McEavey, Peter: The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved into Family Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, No. 4 (Oct. 2002), s.883-908.

Merrett, Louise: The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime

The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 2 (Apr. 2006), s.315-336.

Oder, Burak/Sağbili, Murat: Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma, MHB 1991, S. 1-2, s.73-100.

Oder, Burak/ Sağbili, Murat: 27 Eylül 1968 Tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararları'nın Tenfizine Dair Antlaşmanın Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Tarafından Yorumlamasına İlişkin Protokol, MHB 1991, S. 1-2, s.97-100.

Tekinalp, Gülören: Avrupa Miletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Heidelberg Sempozyumu, MHB 1990, S.1-2, s.180 vd.

Sakmar, Ata: Avrupa Ekonomik Topluluğu'na Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi", Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul 1979, s.89.

Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray: Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Miletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB

Konsey Tüzüğü, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002, S.2, s. 724-726.

Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.

Süral, Ceyda: Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İzmir 2007.

Vlas, Paul: Chapter II-Jurisdiction, Section I-General Provisions: Brussels I Regulation, Editors: Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, Sellier European Law Publishers, 2007, s.69-77.

**ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN
HUKUKÎ VEÇHELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİNİN
UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR VE
BU SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

*Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of
International Child Abduction,
Problems Encountered and Suggestions for Solution*

Tuğçe TAKCI*

ÖZET

Türkiye açısından uluslararası çocuk kaçırma vakalarının sayısı gün geçtikçe artmasına rağmen konunun öneminin teoride ve uygulamada yeterince kavranmadığı gerçeği gözetilerek, bu çalışmada öncelikle Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin genel çerçevesi, çizilmiş, Sözleşme'nin Türkiye tarafından uygulanması anlatılmış ve sonrasında anılan Sözleşme'nin Türkiye tarafından uygulanmasında karşılaşılan sorunlara değinilerek bu sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çocuk Kaçırma, 1980 Lahey Sözleşmesi, Velayet Hakkı, Mutat Mesken.

ABSTRACT

Although the number of international child abduction cases increasing day by day in Turkey, its importance has not been duly considered both in practice and academia. Therefore, in this article, following the explanations about the general framework of the Convention, the implementation of the Convention by Turkey will be discussed and the problems encountered in practice will be underlined. Further, the possible solutions for the problems arising from the application of international child abduction convention will be underlined.

Keywords: International Child Abduction, 1980 Hague Convention, Custody Rights, Habitual Residence.

* Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi, tus1819@yahoo.com



GİRİŞ

Çocuklar kimi zaman eşler ya da taraflar arasındaki geçimsizlik sonucunda gelen ayrılıkların mağduru olmakta, kimi zaman da tarafların birbirlerinden öç almalarında bir vasıta olarak kullanılmaktadır. Tarafların ayrılırken birbirlerine karşı en büyük kozları müşterek çocuklar olup, çoğu zaman taraflardan biri diğerine çocuğu göstermeyerek karşı tarafı mağdur etmeye çalışmakta, oysa bu sürecin en büyük mağduru arada kalan çocuklar olmaktadır. Özellikle de farklı vatandaşlıklara sahip, farklı ülkelerde yaşamış ebeveynlerin taraf olduğu uluslararası davalarda çocukların eşlerden biri tarafından kaçırılmak ya da haksız olarak alıkonulmak suretiyle diğer tarafa gösterilmemesi hallerinde devreye birden fazla devletin iç hukuk düzenlemeleri de girdiğinden, sorun daha karmaşık ve çetin bir hal almakta ve çözüme ulaşmak farklı ülkelerde yaşamakta olan tarafların arasına giren mesafe nedeniyle de daha zorlaşmaktadır. İşte uluslararası çocuk kaçırma olaylarında yaşanan zorlukları hafifletebilmek ve süreçleri hızlandırabilmek adına hazırlanan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi sorunları kısmen çözebilmiş olsa da, hâlihazırda çocuk kaçırma olaylarında uluslararası hukuk alanında en iyi işlerliğe sahip sözleşmedir.

I. Genel Olarak Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair 1980 Lahey Sözleşmesi

Farklı vatandaşlığa sahip kişiler arasındaki evliliklerin artması ve sonrasında bu eşlerin muhtelif nedenlerle ayrılmaları ya da farklı ülkelerde yaşamak istemeleri, bu kişiler arasındaki velayet ve müşterek çocukların ikametgâhı meselelerini artırmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak da uluslararası çocuk kaçırma vakalarında göz ardı edilemeyecek bir artış gözlemlenmesi nedeniyle uluslararası çocuk kaçırma vakaları önem kazanmıştır. İşte tam da bu noktada uluslararası çocuk kaçırma vakalarının uluslararası bir sözleşmeyle düzenlenmesi gerekliliği doğmuş olup, Lahey Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hazırlanmıştır. Daimi Büro tarafından hazırlanan Sözleşme 25

Ekim 1980 tarihinde imzalanmıştır¹.

Türkiye tarafından da onaylanan² 1980 Lahey Sözleşmesi'nin amacı, 1. maddesinde belirtilmiş olup şu şekildedir:

“İşbu sözleşmenin amacı:

a) Taraf Devletlere gayrikanunî yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek”³

1980 Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinden anlaşılacağı üzere, Sözleşme'nin amacı, çocuğun hak sahibi olmayan diğer bir kişi tarafından, velayet hakkı sahibi ebeveynin ya da kurumun hakkı ihlâl edilerek, bir âkit devlet ülkesinden diğerine kaçırılması veya haksız olarak alıkonulması nedeniyle doğan zararlı etkilerden çocuğun korunması ve eski hayatına geri dönebilmesi için, çocuğun mümkün olan en kısa sürede mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesini ve ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının icrasını sağlamaktır.

1980 Lahey Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanırken⁴ masraflara ilişkin 26. maddenin 3. fıkrasına çekince konulmuştur. Sözleşme, Türkiye açısından 1.8.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵

Bu Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan iç mevzuatımız ise, Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Ka-

¹ Sözleşmenin orijinal metnine ve Sözleşme ile ilgili diğer bilgilere ulaşmak için bkz: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24. (Erişim Tarihi 10.8.2014)

² RG 15.2.2000/23965.

³ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz: http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraf-lisoz/lahey/turkce_lah28.pdf. (Erişim Tarihi 10.8.2014)

⁴ RG 4.12.2007/26720.

⁵ Sözleşme'nin ülkemiz ve diğer taraf ülkeler açısından yürürlüğe girme tarihleri ve ülkemizce Sözleşme'ye konulan, Türkiye'nin Sözleşme'nin uygulamasından doğan mahkeme masrafları, kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masrafları ve çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmeyeceğine dair çekincesinin metni için bkz: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24 (Erişim Tarihi 10.8.2014)

nun”⁶ ile Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nce hazırlanan “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Kapsamı ve Uygulanması” konulu, 16.11.2011 tarihli ve 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgesi’dir.⁷

Sözleşme’yi uygulamak üzere, her taraf Devletin Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca bir “Merkezî Makam” tayin etmesi gerekmekte olup, Türkiye adına Sözleşme’nin uygulanması için Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü “Merkezî Makam” olarak tayin edilmiştir.⁸ Sözleşme yukarıda belirtilen amaçlarını sağlamak amaçlı adli yardımlaşma hükümlerini içermekte olup, Sözleşme uyarınca ya taraf Devlet’lerden biri tarafından Türkiye’ye iletilen bir talep bulunabilmekte ya da Türkiye tarafından diğer bir taraf Devlet’e talep iletilebilmektedir. Her iki durumda da, Merkezi Makam Sözleşme kapsamındaki görevlerini yetkili Cumhuriyet savcılıkları aracılığı ile yerine getirmektedir (5717 sayılı Kanun md. 4-5). Sözleşme Merkezi Makam tayin etme mekanizmasıyla, çocuğun iade edilmesini talep eden kişiyi çocuğun götürüldüğü ülkeye gidip o ülke nezdinde başvuruda bulunma zorunluluğundan kurtarmış olup, çocuğun iadesi talebinde bulunma yolunu kolaylaştırmıştır.⁹ Nitekim başvuruda bulunmak isteyen kişi hâlihazırda bulunduğu herhangi bir devletin merkezi makamına başvurarak talebini iletir.

II. 1980 Lahey Sözleşmesi Uyarınca Çocuğun İadesi

1980 Lahey Sözleşmesi’nin adında geçen “hukuki veçhelerine dair” ibaresinden de anlaşılacağı üzere, Sözleşme’nin uygulanmasında kullanılan “çocuk kaçırma” ifadesi, çocuğun, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynleri ya da diğer yakınları tarafından kaçırılmasının veya haksız olarak alıkonulmasının, sadece özel hukuk açısından doğan sonuçlarıyla ilgilidir. Bu Sözleşme’de bağlamında çocuğu kaçıran ya da haksız olarak alıkoyan kişiyle çocuk arasında biyolojik ya da soybağı ilişkisi bulunması gerekmekte olup, bunun dışındaki

⁶ RG 4.12.2007/26720.

⁷ Bahsi geçen Genelge metni için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html>.

⁸ Taraf Devletlerin Merkezi Makamlarına ait bilgiler için bkz: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.authorities&cid=24. (Erişim Tarihi 10.8.2014)

⁹ Cemal Şanlı/Emre Esen/ İnci Ataman- Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul, 2013, s. 154.

kişilerin kaçırma eylemlerinin milletlerarası ceza hukuku kapsamında işlem görmesi gerekmektedir.¹⁰ Bu eylemlerin cezai boyutu, Sözleşme uygulamasından bağımsızdır ve mümkün olması halinde her taraf Devlet'in kendi iç hukuku uyarınca işlem yapılmaktadır.

Ayrıca Sözleşme'nin "*Sözleşme, koruma ve ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce, mutad ikametgâhı taraf Devletlerden birinde bulunan çocuklara uygulanır. Sözleşmenin uygulanması çocuk 16 yaşına geldiğinde sona erer*" şeklindeki 4. maddesinden de anlaşılacağı üzere, çocuk 16 yaşını doldurmadığı müddetçe Sözleşme uyarınca talepte bulunulabilecek ve yapılan talepler kapsamında yürütülen işlemlere ise çocuğun 16 yaşına girdiği tarih itibariyle son verilecektir.¹¹ Bu itibarla, her Merkezi Makam iletilen talepte, öncelikle bahse konu çocuğun 16 yaşını doldurup doldurmadığına bakılmaktadır.

Bu aşamadan sonraki uygulamalar, daha anlaşılır olacağı düşünülerek, taraf Devlet'lerden biri tarafından Türkiye'ye iletilen bir talep bulunması ya da Türkiye tarafından diğer bir taraf Devlet'ten talepte bulunulması hallerine göre ikiye ayrılarak anlatılacaktır.

A. Taraf Devlet'lerden Biri Tarafından Türkiye'ye İletilen Talep Uyarınca Çocuğun İade Edilmesi

Âkit bir devlet tarafından Türkiye'nin Merkezi Makamına iletilen taleplerde, öncelikle çocuğun 16 yaşın altında olup olmadığı tespit edilmekte, ikinci olarak talebin, çocuğun kaçırılması veya alıkonulması fiillerinin gerçekleşmesinden önce, mutad meskenin bulunduğu ülke hukukuna göre verilmiş olan ve kaçırma veya haksız alıkoymanın gerçekleştiği tarihte fiilen kullanılan ya da kaçırma veya haksız alıkoyma olmasaydı kullanılacak olan velayet hakkı sahibi kişi ya da kurumca yapıлып yapılmadığı incelenmektedir. İhlal edildiği iddia edilen velayet hakkı kanundan ya da sözleşmeden doğabilir, mahkeme kararına dayanabilir, idari bir karar ile tesis edilmiş olabilir.¹² Bu şart, Sözleş-

¹⁰ Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 387.

¹¹ Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2012, s. 267.

¹² Ekşi, s. 388.

me'nin" Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutat ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise, kanuna aykırı addedilir" şeklindeki 3. maddesinden de anlaşılacaktır. Talebin, öncesinde etkin biçimde kullanılan bir velayet hakkına sahip olmayan kişi tarafından yapıldığının görülmesi halinde, talebin hiç işleme alınmadan, bu gerekçe ile doğrudan talep eden Merkezi Makam'a Sözleşme'nin"- Sözleşmenin gerekli gördüğü şartların yerine getirilmediğinin veya talebin haklı olmadığına açıklıkla görülmesi halinde, merkezi makam böyle bir talebi kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda, red sebeplerini talep edene veya icabında talebi kendisine iletmış olan merkezi makama bildirir." şeklindeki 27. maddesi uyarınca iadesi gündeme gelmektedir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, çocuğun haksız olarak alıkonulmasından önce velayet hakkı sahibi olan kişinin iade talebinde bulunmaya hak sahibi olduğu hususudur.¹³ Sözleşme'nin 17. maddesi ile 5717 sayılı Kanun'un 13. maddesinden de çıkarılabileceği üzere, çocuğun kaçırılmasından sonra, talep edilen devlet makamlarınca çocuğu kaçıran ya da haksız alıkoyan lehine tanınmış bir velayet hakkı olsa da, bu hak çocuk kaçırıldığı sırada henüz doğmamış olduğu için önem arz etmeyecektir.

Bu hususlardan sonra, Sözleşmenin 8. maddesinde sayılan ve 16.11.2011 tarihli ve 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelge'sinde de belirtilen gerekli bilgi ve belgelerin iletilip iletilmediği kontrol edilmektedir¹⁴.

Sözleşme'nin 10. maddesinde de belirtildiği üzere, Sözleşme'nin çocuğun

¹³ F. Kerem Giray, "1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları", Fasikül Dergisi Özel Sayısı, 2011, s. 42.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 65/2 sayılı Genelge.

iadesinin sağlanmasında tercih ettiği ilk usul, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi prensibine de uygun olan, tarafların anlaşması üzerine gönüllü çözüm sağlanmak suretiyle çocuğun iadesinin teminidir. Çünkü gönüllü çözüm yöntemi, her halükarda ebeveynlerinden biriyle ayrı düşecek olan çocuğun, her iki ebeveyni özellikle de ayrı yaşayacağı ebeveyni ile sağlıklı ve sürekli bir ilişki sürdürebilmesini sağlayacak en etkili yöntemdir.¹⁵ Bu amaçla, Merkezi Makamımız öncelikle, başvuruda iletilen çocuğun bulunabileceğinin düşünüldüğü adres için yetkili olan Cumhuriyet savcılığına yazarak, çocuğun bulunduğu yerin tespit edilmesini ve sonrasında bulunduğu yerin kaybedilmemesi amacıyla gerekli önlemlerin alınmasını istedikten sonra, çocuğun yanında bulunduğu bildirilen kişinin beyanını alınarak, bu kişiye karşı iddialarının neler olduğunun ve çocuğu kendi rızasıyla, gönüllü olarak iade etmeyi kabul edip etmediğinin sorulmasını ister. Bu şahsın çocuğu rızası ile iade etmeyi kabul etmesi halinde, taraflar arasında gönüllü çözüm sağlanmış olmakla, bu durum, çocuğun teslimi işlemlerinin ayarlanması için talep eden devlet merkezi makamına bildirilir. Gönüllü çözümün kabul edilmemesi ve çocuğun iadesine dair talebin devam etmesi halinde ise, talebe dair esastan bir karar verilmesi gerektiğinden dava açılması yoluna gidilecektir. Dava açılması gerekliliğinin Merkezi Makam tarafından ilgili yer Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi üzerine, 5717 sayılı Kanunun 7. maddesinde de belirtildiği üzere savcılık tarafından talebi ve olayları anlatan bir davaname düzenlenmek suretiyle aile mahkemesi, bulunmadığı yerlerde aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi¹⁶ nezdinde iade davası açılmaktadır (5717 sayılı Kanun md.6). Bu davaname düzenlenirken dikkat edilmesi gereken hususlar şu şekildedir:

- 1980 Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında, talepte bulunan şahsı ve menfaatlerini Türkiye Merkezi Makamı olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü temsil ettiğinden, Merkezi Makam olarak da görevlerini savcılıklar aracılığıyla yerine getirmekle, iade davasında başvuruları ilgili yer Cumhuriyet Savcısı temsil edecektir. Yine, başvuranın

¹⁵ Mehlika Aytaç, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar", Adalet Dergisi, 2004, Sayı 20, s. 43.

¹⁶ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2012 tarihli, E. 2012/20557 K. 2012/26900 sayılı kararı.

davacı sıfatıyla davanamede taraf olarak gösterilmesi gerekmekte olup, bunun için “davacı” olarak başvurunu temsilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’ne izafeten Cumhuriyet Savcısı (örneğin, başvuran Ali Yılmaz’ı temsilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’ne izafeten Bolu Cumhuriyet Savcısı/Başsavcısı) olarak yazılmalıdır.

- 5717 sayılı Kanunun 9. maddesinden de çıkartılabileceği üzere, davanın duruşmalı olarak, Cumhuriyet savcısının katılımı ile¹⁷ ve varsa taraflar arasındaki derdest boşanma-velayet davasından bağımsız olarak incelenmesinin istenmesi gerekmektedir. (5717 sayılı Kanunun 15. maddesi)

- Yine, çocuğun yerinin değiştirilmemesi için 5717 sayılı Kanun’un 24. maddesinde sayılan tedbirlerden gerekli görülenlerin alınması için talepte bulunulması gerekmektedir. Burada değinilmesi gereken husus, iade davası görülürken, talep hakkında kesin karar verilinceye kadar, çocuğun kaçırın ya da haksız alıkoyan şahıs tarafından yeniden yurtdışına çıkarılma ihtimali var ise, davanamede, çocuğun iadesine karar verilmesi halinde, teslim işlemleri tamamlanıncaya kadar, iade talebinin reddedilmesi halinde ise karar kesinleşinceye kadar yurtdışına çıkış yasağı konulmasının da talep edilmesi gerekmekte olup, mahkeme tarafından böyle bir yasak konulduğu takdirde bunun tüm sınır kapılarına bildirilmesi gerekmektedir. Çocuğun yerinin değiştirilmesi tehlikesi hakkında talebin ilk iletildiği anda bir uyarı bulunmakta ise, savcılık tarafından, 24. maddedeki tedbirlerin alınması için çocuğun bulunduğu yerin tespiti ve çocuğun yanında bulunduğu kişinin beyanının alınması aşamasında da talepte bulunulabilir. Bu noktada Yargıtay’ın bir bozma ilamında¹⁸ yaptığı yoruma değinmek gerekmektedir. Yargıtay bu ilamında, dava sonuna kadar talep üzerine veya resen alınabilecek geçici koruma tedbirlerinin neler olduğunun 5717 sayılı Kanun’un 10. maddesinde sayıldığını, iade kararının yerine getirilmesi aşamasında alınabilecek geçici tedbirlerin ise aynı Kanun’un 24.

¹⁷ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 17.07.2006 tarihli, E. 2005/10091 K. 2006/ 11202 sayılı kararı ile aynı Dairenin 28.04.2009 tarihli, E. 2008/19888 K. 2009/8167 sayılı kararı. Ayrıca bu husus resen gözetilmesi gereken hallerdendir.

¹⁸ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 18.02.2013 tarihli, E. 2013/2054 K. 2013/3856 sayılı kararı.

maddesinde belirtildiğini ifade ederek, dava açılmadan yasanın 10. maddesindeki tedbirlere, iade kararı verilip kesinleşmeden ise 24. maddedeki tedbirlere başvurulamayacağından bahisle bozma kararı vermiştir. 1980 Lahey Sözleşmesi'nin amacı ve 5717 sayılı Kanun'un açıkça böyle bir ayrıma gitmediği gözetildiğinde Yargıtay'ın bu yorumunun isabetsiz ve Sözleşme uygulamasını sekteye uğratacak nitelikte olduğu açıktır.

- Davanamede bulunması gereken diğer önemli bir husus ise, Sözleşme'nin 16. maddesinde belirtilen halin talep edilmesidir. Sözleşmenin 16. maddesi şu şekildedir: *“Bir çocuğun, 3. madde çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu taraf Devletin adli veya idari makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler”*. Bu hüküm nedeniyle, taraflar arasında görülmekte olan boşama ve/veya velayet davası varsa, bu boşama ve/veya velayet davası açısından, çocuğun iadesi talebi hakkında verilecek kesin kararın bekletici mesele sayılması gerekmektedir (5717 sayılı Kanun md. 14) Yani A mahkemesinde görülmekte olan çocuğun iadesine ilişkin bir dava var iken ve bu davada karar verilip, bu karar kesinleşmemiş iken, aynı taraflar arasında aynı mahkemede ya da B mahkemesinde görülmekte olan bir boşanma ve/veya velayet davası var ise, bu dava kapsamında çocuğun velayetine dair bir karar verilmemesi gerekmekte olup, B mahkemesinin A mahkemesinin kararını kendi davası açısından bekletici mesele sayılmasına karar vermesi gerekir. Bekletici mesele sayılmasına karar verilmemiş olması halinde, bir yandan görülmekte olan iade davası kapsamında çocuğun Türkiye'den mutad meskeni olduğu tespit edilen diğer ülkeye iadesine karar verilip, diğer yandan boşanma ve/veya velayet davasını gören mahkemece çocuğu kaçırdığı ya da haksız olarak alıkoyduğu iddia edilen şahıs lehine çocuğun velayetine hükmedilmekte ve bu iki kararın da kesinleşmesi halinde Türk mahkemelerince verilmiş birbiriyle çelişen iki kesin karar ortaya çıkmış olmaktadır. Bu durumda, sonradan verilmiş olan velayet kararı yukarıda da değinildiği üzere çocuğun iadesine engel teşkil etmeyeceğinden,

bu defa Türk mahkemelerince kendisine velayet hakkı tanınan ebeveyn den çocuğun alınarak diğer ebeveyne teslim edilmesi durumu oluşmaktadır. Bu yüzden çocuğu kaçıran ya da haksız olarak alıkoyan ebeveyn velayete sahip olduğu ve çocuğun kendisinden alınamayacağı iddiasında bulunmaktadır. Bu sorun Türkiye'nin ulusal ve uluslararası sorumluluğunu doğuracak bir husus olup, beketici mesele kararı bu nedenle önem arz etmektedir. Yine bu hususla bağlantılı olarak, 5717 sayılı Kanun'un 12. maddesinde de düzenlendiği üzere, çocuğun iadesine karar verilirken ayrıca velayetine dair karar verilmemelidir. İade kararı verilmesi halinde artık velayet hakkında karar verme yetkisi çocuğun iade edileceği mutad meskeninin bulunduğu ülkenin adli makamlarına ait olacaktır. İadenin reddine karar verilmesi halinde velayet hakkında da Türk mahkemelerince karar verilebilecektir.

1. Çocuğun İade Edilmesi İçin Başvurulacak Yollar

Belirtmek gerekir ki, Sözleşme uygulamasında öncelikle tercih edilen yol olan tarafların gönüllü çözüme ulaşması çocuğun iadesiyle ilgili sürecin her aşamasında mümkün olabileceğinden, tarafların iade davasının görülmesi esnasında da gönüllü çözüme ulaşmaları mümkündür. 5717 sayılı Kanununun 8. maddesinden de görüleceği üzere, hâkim öncelikle tarafları gönüllü çözüme teşvik etmelidir. Gönüllü çözüme ulaşılması halinde, tarafların gönüllü çözüme ulaştıkları mahkemece duruşma zaptında belirtilerek davanın konusuz kaldığına karar verilir ve ivedilikle çocuğun iadesinin temini için gerekli işlemler yerine getirilir. Gönüllü çözümün sağlanamaması halinde yargılamaya devam edilerek çocuğun iade edilip edilmeyeceğine karar verilecektir.

Burada değinilmesi gereken bir husus da 5717 sayılı Kanununun 10. maddesinde düzenlenen geçici koruma tedbirleri hususudur. Madde şu şekildedir: "(1) Mahkeme, talep üzerine veya re'sen çocuğun yüksek yararının tehlikeye düşmesini önlemek için dava sonuna kadar aşağıda belirtilen geçici tedbirlere, gerektiğinde çocuğun görüşünü ve uzmanlardan rapor almak suretiyle karar verebilir:

a) Bakım ve gözetimi üzerine alan akrabalardan birine teslim.

- b) *Bakım ve gözetimi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme.*
- c) *Çocuk bakımı ve yetiştirme veya benzeri resmî yahut özel kurumlara yerleştirme.*
- d) *Resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme”*

İdeal olan, iade davası sonuçlanıncaya kadar çocuğun kendisini kaçırdığı veya haksız olarak alıkoyduğu iddia edilen kişinin yanında kalmasıdır. Çünkü bu kişi genelde çocuğun bir akrabası, çoğunlukla da ebeveynlerinden biridir. Ancak somut olayın şartları ve çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa yetkili mahkeme 5717 sayılı Kanununun 10. maddesindeki geçici tedbirlerden birine ya da bir kaçına karar verebilir.

İade davası basit yargılama usulünde, öncelikle ve acele görülecek olup, adlî tatilde de görülebilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adlî tatil nedeniyle sürelerin uzatılmasına ilişkin hükümleri bu davada uygulanmaz (5717 sayılı Kanun md. 9,16).

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 1980 Lahey Sözleşmesi uyarınca görülmekte olan iade davaları zaman zaman mahkemelerimizce velayet davalarıyla karıştırılabilmektedir. İade davasında, velayet davasının görülmesi sırasında, çocuğun velayetine karar verilebilmesi için yapılan, çocuğun menfaatine olan hususların tespiti amaçlı ayrıntılı araştırmalara gerek olmayıp, çocuğun mutad meskeninin hangi ülke olduğunun ile iade sebeplerinin oluşup oluşmadığının tespiti üzerine yoğunlaşmak gerekmektedir. Aksi durumlarda, 2 yıla yaklaşan süreli 1980 Lahey Sözleşmesi'ne dayalı iade davaları görülmekte olup, bu durum ne Sözleşme uygulamasına ne de Sözleşme'nin çocuğun ivedilikle eski hayatına ve mutad meskenine iadesinin temini amacına uymaktadır. Nitekim Sözleşme'nin “*Tüm taraf Devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini teminen en kısa zamanda gereğine tevessül etmeleri yükümlülükleridir. Müracaatta bulunulan adli veya idari makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezi makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen Devletin merkezi makamına gelir ise, bu makamın, cevabı,*

talepte bulunulan Devletin merkezi makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir.” şeklindeki 11. maddesinde de bu noktaya değinilmiş olup, müracaattan sonraki sürede talep hakkında karar verilmesi için 6 haftalık bir süre öngörmüştür. Bu süre kesin süre niteliğinde olmayıp, sürecin çabuk bitirilmesi gerekliliğine işaret eden bir temenni anlamı taşımaktadır.¹⁹ Sözleşme uygulamasında ivediliğin önem arz ettiği Sözleşme’nin 2., 7., ve 9. maddelerinden de aşiktir.

İade davasında mahkeme ilk önce, talep eden devletin velayete dair mevzuatını, varsa yetkili makamlarınca verilmiş kararları ve uyuşmazlığı çözmeye elverişli diğer tüm belgeleri inceleyerek, olayda Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca çocuğun kaçırılmasının veya alıkonulmasının haksız olarak kabul edilip edilemeyeceğini araştırmalıdır. Burada haksızlığı, etkin olarak kullanılan bir velayet hakkın ihlal edilmek suretiyle yani velayet hakkı sahibinin bilgisi ya da rızası olmadan, çocuğun götürülmüş olması oluşturacaktır. Sözleşme’de, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasının herhangi bir önemi yoktur. Mahkeme, kaçırma ya da alıkoymanın haksız olduğu tespit ederken öncelikle ikametgâh gibi hukuki bir kavram olmayan aksine fiil bir durumu ifade eden²⁰ mutad mesken kavramını incelemelidir. Mutad mesken kavramının fiili bir durum olma niteliği, onun uluslararası sözleşmelerde bağlama noktası olarak ikametgâh kavramına karşı tercih edilmesini sağlamaktadır.²¹ Mutad meskenin belirlenmesi her olayın şartlarına göre değişebilecektir. Mutad meskeninin belirlenmesi çocuğun yaşı, sosyal konumu ve sosyal aktivitelere katılmasına göre farklılaşacak olup, 15 yaşındaki bir çocuk ile 3 yaşındaki bir çocuğun mutad meskeninin belirlenmesindeki ölçütler farklı olacaktır.²² Sözleşme’nin 3. ve 4. maddelerinde kullanılan “hemen önce” ibaresi, mutad mesken kavramının

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention by Elisa Pérez-Vera, s. 458 s. 105, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779&dtid=3 (Erişim Tarihi 12.8.2014)

²⁰ Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 68. Çelikel/Erdem, s. 270.

²¹ Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2011, s. 117.

²² Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2, s. 132.

tespitinde yol gösterici olmakta ve kaçırma ya da haksız alıkoyma tarihinden hemen önceki çocuğun yaşadığı ülkenin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilme ihtimalini artırmakta, daha önceki tarihlerde ikamet edilen ülkeler var ise onları ikinci planda bırakmaktadır. Hâkim mutad meskeni belirlerken, çocuğun mutad mesken olduğu iddia edilen ülkede kayda değer bir süre yaşayıp yaşamadığı, bu yerde arkadaşlık ilişkileri kurup kurmadığı, çocuğun bu ülkedeki çevresine alışkın olup olmadığı gibi birçok unsuru gözetenek takdir hakkını kullanacaktır. Bu hususta, Sözleşme'nin "*Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmelerini emreder. Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmelerini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin*" şeklindeki 12. madde hükmünü gözetmek gerektiği değerlendirilmektedir. Bu hükümde çocuğun mutad meskeninden kaçırılması ya da haksız olarak alıkonulması tarihinden itibaren 1 yıldan az zaman zarfı içinde yapılmış bir başvuru varsa Sözleşme çocuğun derhal iadesine karar verilmesini öngörmüştür. Bu durumda, Sözleşme'nin kaçırılan ya da haksız olarak alıkonulan bir çocuğun yeni ülkedeki yeni hayatına ve ortamına ortalama olarak 1 yıllık bir zaman zarfında intibak ettiğini kabul ettiği düşünülebilir.²³

Örneğin, bir Türk mahkemesi kararında; yerleşim yeri çocukları ile birlikte İstanbul iken, boşanmaya ilişkin görüşmelerin yapılabilmesi için A ülkesinde bulunan eşinin isteği ile çocuklarıyla birlikte A ülkesine giden bir annenin, geçici bir süre için A ülkesinde kalması, boşanma süreci ile ilgili olarak bir anlaşmaya varılamaması üzerine annenin tekrar çocukları ile birlikte İstanbul'a dönmesi olayında, anne tarafından her ne kadar A ülkesinde ev kiralanıp, elektrik, su aboneliği yaptırılrsa da, geçici olarak oturlan, süreklilik arz etmeyen, sosyal çevre oluşturulamayan A ülkesinin anne ve ona bağımlı yaşayan

²³ F. Kerem Giray, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.60.

çocuklar için mutad mesken olarak kabul edilemeyeceğine, çocukların eğitimlerinin devamı için okula kayıt yaptırılmasının, sosyal gelişimleri açısından çocuklara gitar, piyano özel dersi aldırılmasının başlı başına mutad meskenin A ülkesi olduğunu göstermeyeceğine, çocukların anlatımlarından gittikleri okulda arkadaş edinemediklerini, sosyal çevre oluşturamadıklarını belirtmeleri ve alınan uzman raporunda da belirtildiği üzere çocukların A ülkesinde yaşama konusunda isteksiz olduklarının gözlemlenmesi üzerine çocukların A ülkesinde olduğu iddia edilen mutad meskenlerine iadelerine dair talebin red-dine hükmedilmiştir.²⁴

Yine, İngiltere’de doğan ve 2006 yılı yazına kadar ailesiyle bu ülkede yaşayan yedi yaşındaki bir çocuğunun ABD’ye iadesi için babası tarafından yapılan başvuruyu ele alan İngiliz mahkemesi, konuyu çocuğun ABD’de mutad mesken edinip edinmediği ve babanın çocuğun İngiltere’ye geri dönmesine rıza gösterip göstermediği kıstasları açısından ele almıştır. Söz konusu olayda, ortak alınan karar sonucu yerleşmek niyetiyle Temmuz ayının sonunda ABD’ye giden babayı takiben anne ve çocuk 26 Ağustos tarihinde aynı niyetle bu ülkeye gitmişler, fakat 3 Eylül tarihinde anne evliliklerinin fiilen sona erdiğini eşine bildirerek, 6 Eylül tarihinde İngiltere’ye geri dönmüştür. Akabinde taraflar e-mail yolu ile irtibat kurmuşlar ve yılbaşında çocuk ile annenin ABD’ye gelip gelmeyecekleri hususunu da görüşmüşlerdir. Buna rağmen baba, anne ve çocuğun biletlerini almak yerine, çocuğun iadesine ilişkin işlemleri başlatmıştır. Davayı ele alan mahkeme, bu davadaki esas meselenin, 8 günlük ABD’de kalış sürecinin çocuğun mutad meskenininin ABD olmasına yeterli olup olmadığını belirlemek olduğunu ifade etmiştir. Mutad meskeni tespit ederken, mahkeme yerleşme niyetinin olup olmadığı ve belirli bir sürenin geçip geçmediği ölçütlerinden hareket etmiş, taşınmanın ABD’ye yerleşmek niyetiyle yapıldığını, zira İngiltere’de bulunan evin satılıp, eşyaların gemiye yüklendiğini, annenin evliliğini kurtarmak için ABD’ye gitmeye razı olduğunu ve yerleşmek niyeti taşıdığını, bununla birlikte, bu niyetinin çok kısa bir süre sonra ortadan kalktığını, ayrıca, sekiz günlük sürenin mutad mesken edinmek

²⁴ Sarıyer Aile Mahkemesi’nin 15.12.2010 tarihli, E. 2010/1127 K. 2010/1437 sayılı kararı.

için çok kısa olduğunu, çocuğun tüm bağlarının İngiltere’de olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca, babanın çocuğun İngiltere’ye dönmesine rıza gösterdiğini tespit ederek, iade talebinin reddine karar vermiştir.²⁵

Bu hususların incelenmesinden sonra, mahkeme çocuğun kaçırıldığı yada haksız olarak alıkonulduğu iddiasının doğru olduğuna kanaat getirir ve aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacak olan Sözleşme’nin 12., 13. ve 20. maddelerinde öngörülmüş olan iade talebinin reddini gerektiren nedenlerin de bulunmadığını da takdir ederse, çocuğun iadesine dair talebin kabulüne ve çocuğun mutad meskeni olan ülkeye iadesine karar verir.

2. Çocuğun İadesinin Red Sebepleri

Yukarıda da bahsedildiği üzere, Sözleşme’nin “*Bir çocuğun, 3. madde de belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder*” şeklindeki 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iade talebini içeren başvurunun çocuğun kaçırılmasından ya da haksız olarak alıkonulmasından itibaren bir yıllık süre içinde, çocuğun iade edilemeyeceği hususunda karar verecek olan yetkili adli ya da idarî makama ulaşmış olması gerekmektedir. Talebin 1 yıl içinde ulaşmış olması mutlaka çocuğun iadesine karar verilmesini gerektirmez. Bu durumda dahi mahkeme Sözleşmenin 13. ve 20. maddelerinde yazılı iadenin reddi nedenlerinden birinin olayda bulunup bulunmadığını araştırmalı, bu nedenler bulunmuyorsa çocuğun iadesine karar vermelidir.

Sözleşme’nin “*Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin.*” şeklindeki 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise, başvurunun çocuğun kaçırılması ya da haksız olarak alıkonulması tarihinden

²⁵ İngiltere ve Wales Yüksek Mahkemesi Aile Bölümü’nün 27.03.2007 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incatat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=973&lng=1&sl=1> (Erişim Tarihi 12.8.2014)

İtibaren bir yıl geçtikten sonra mahkemenin önüne gelmesi halinde de 13. ve 20. maddedeki red nedenleri bulunmaz ise, iadeye karar vermelidir. Fakat bu durumda, mahkemenin daha ayrıntılı bir araştırma yapması gerekmekte olup, mahkemenin Sözleşme'nin 13. ve 20. maddelerde yazılı red nedenlerinden başka çocuğun, getirildiği ülkedeki yeni çevresine intibak edip etmediğini de incelemesi gerekmekte, bu durum da yok ise, iadeye karar vermesi gerekir. Red nedenlerini sırayla incelemek gerekirse:

a. Çocuğun Kaçırıldığı ya da Haksız Olarak Alıkonulduğu Ülkedeki Yeni Çevresine Uyum Sağlamış Olması

Yukarıda da anlatıldığı üzere, 12. maddenin 2. fıkrası uyarınca iade başvurusunun Sözleşme'de öngörülen 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra adli makama ulaşması halinde dahi mahkemenin çocuğun mutad meskenine dair iddia doğru ve 13. ve 20. maddedeki red halleri olayda yok ise, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine hükmetmesi gerekir. Bunun istisnası ise, geçen bir yıldan fazla sürede çocuğun kaçırıldığı ya da haksız olarak alıkonulduğu ülkedeki yeni çevresine uyum sağlamış olmasıdır. Çocuk uyum sağladı ise mutad meskeni talepte bulunan ülke olsa da çocuğun iadesine dair talebin reddedilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Çocuğun sadece yeni bir ülkeye gelmiş olması onun yeni hayatına uyum sağladığı anlamına gelmez. Çocuğun uyum sağlayıp sağlamadığı ise, sosyal hayatı, okul hayatı, arkadaş çevresi, yaşı gibi etkenler incelenerek mahkemece takdir edilmelidir.

- Türkiye'den Z ülkesine kaçırılan iki çocuğun iadesi için yapılan başvuruda davayı gören Z ülkesi mahkemesi, çocuklar hakkında uzman raporları, tanık ifadeleri, çocukların beyanlarını gözeterek, 2004 yılından beri Z ülkesinde yaşayan çocukların, yıllardır yaşadıkları buradaki çevrelerine tam olarak uyum sağladıkları, Türkiye'ye dönmeleri halinde, yabancı bir ortama tekrar uyum sağlamak zorunda kalacakları, Türkiye'ye dönmelerinin çocukları psikolojik olarak olumsuz etkileyeceği ve tahammül edilemeyecek bir duruma sokacağı, çocukların şiddetli bir biçimde Türkiye'ye dönmeye itiraz ettikleri ve mahkeme hâkimi ve sosyal çalışmacı huzurundaki, açık, kesin, gerekçeli ve çocukların herhangi bir tesir altında kalmadan açıkladıkları beyanlarının mahkeme

tarafından dikkate alınmasını gerektiren bir yaş ve olgunlukta olduklarını bildirilerek iade talebinin reddine karar vermiştir.

Davalı babanın müşterek çocukları, mutad meskenleri olduğu iddia edilen Almanya'dan Türkiye'ye getirdiği, Alman Mahkemesi kararı ile küçüklerin velayetinin önceden anneye bırakıldığı ve annenin iade başvurusu üzerine görülen davada, Yargıtay babanın kaçırmadan sonra çocukları evlilik dışı ilişkisi olan bayanın yanına bırakarak Almanya'ya dönmesi, çocukların halen babaları yerine bu bayanın yanında olmaları nedeniyle, çocukların bulunduğu çevreye intibakından söz edilemeyeceğinden bahisle iade talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁶

b. Çocuk Üzerindeki Koruma Hakkının Kaçırma ya da Haksız Alıkoymadan Önceki Dönemde Etkin Biçimde Kullanılmıyor Olması ya da Koruma Hakkı Sahibi Olan Kişi yada Kurumun Çocuğun Mutad İkametgahının Değiştirilmesine Önceden İzin Vermiş veya Sonradan Razi Olmuş Olması

Sözleşme'nin "*Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:*

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu ve ya,

b)...

tesbit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir" şeklindeki 13. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde düzenlenen bu durumda, kaçırılma tarihinden başvurma tarihine kadar 1 yıllık süre geçmiş olsa da olmasa da ve çocuğun mutad meskeninin talep eden ülkede olduğu kanıtlanmış olsa da, kaçırılma veya haksız alıkonulmadan önce mutad meskenin bulunduğu ülke

²⁶ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.05.2007 tarihli, E. 2006/15204 K. 2007/8448 sayılı kararı.

hukukuna göre, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere verilmiş olan ve kaçırma veya alıkoymanın gerçekleştiği tarihte fiilen kullanılan ya da kaçırma veya alıkoyma olmasaydı kullanılacak olan bir koruma hakkı bulunmamakta ise, bu durumda Sözleşme'nin 3. maddesinde değinilen haksızlık unsuru da oluşmamış olacağından, mahkemece çocuğun iadesine dair talebin reddine karar verilebilecektir. 13. madde metninde kullanılan “-bilir” eki ve “zorunda değildir” biçimindeki ifadeler gözetildiğinde, talebin reddine karar verilmesinin mahkemenin takdirinde olduğu, bu halde bile, mahkemece çocuğun yüksek menfaati gereği gibi makul gerekçelerle ile çocuğun iadesine karar verilebileceği değerlendirilmektedir.²⁷ Sözleşme'nin 5. maddesinde ifade edilen velayet hakkının iç hukukumuzdaki velayet hakkından daha dar kapsamlı anlaşılması gerekmekte olup, bu hakkı çocuğun mutad meskenini tayin etme hakkı olarak değerlendirebiliriz.²⁸ Koruma hakkına sahip olunması, Sözleşme'nin 5. maddesinde de belirtildiği üzere çocuğun meskenini belirleme hakkını da içerdiğinden Sözleşme açısından önem arz etmekte olup, kural olarak bu hakkın fiilen kullanılmakta olduğu kabul edildiğinden, hakkın etkin olarak kullanılmadığını ispat yükü bunu iddia eden yani çocuğu kaçırdığı ya da haksız olarak alıkoyduğu iddia edilen tarafa aittir.²⁹

Tüm hayatı boyunca Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşamış ve ebeveynleri boşanmış olan altı yaşındaki çocuğun annesinin velayet hakkına, babasının ise şahsi ilişki kurma hakkına sahip olduğu, annenin çocuğu asıl memleketleri olan İskoçya'ya götürdüğü ve çocuğun ABD'ye iadesini sağlamak için babası tarafından yapılan bir başvuru üzerine görülmekte olan davada mahkeme, babanın şahsi ilişki kurma hakkı kapsamındaki çocuğun mutad meskenin değiştirilmesine bilgilendirilme hakkına sahip olmasının, Sözleşme hükümleri uyarınca çocuğun mutad meskenini tayin etme hakkını kendisine tanımayacağını belirterek, çocuğun babasının bilgisi ve rızası dışında velayet hakkı sahibi olan

²⁷ Giray, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi, s. 126.

²⁸ İnci Ataman-Fıganmeşe, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No:7, İstanbul, 1999, s. 64.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention by Elisa Pérez-Vera, s. 448- 449, p. 73, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779&dtid=3 (Erişim Tarihi 13.8.2014)

annesi tarafından İskoçya'ya getirilmesinin, Sözleşme kapsamında haksız bir götürme sayılamayacağı gerekçesiyle çocuğun iadesi talebini reddetmiştir.³⁰ Çünkü velayet hakkına tek başına sahip olan anne, çocuğun mutad meskenini de tek başına belirleyebilir.

Nitekim Yargıtay bir kararında³¹ evlilik dışı dünyaya gelen ve babası tarafından kaçırıldığı iddia edilen çocuğu her ne kadar davalı baba tanımış olsa da, velayetin halen annede olması, çocuğun, yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç olması ve çocuğun iade edilmesi halinde fiziki ve psikolojik gelişiminin tehlikeye düşeceği yolunda ciddi bir kanıt bulunmadığından bahisle çocuğun annesine iade edilmesi gerektiğini belirterek, mahkemenin iade talebinin reddine dair kararını bozmuştur.

Yine, 13. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde düzenlenen bir başka durum ise, kaçırılma tarihinden başvurma tarihine kadar 1 yıllık süre geçmiş olsa da olmasa da ve çocuğun mutad meskeninin talep eden ülkede olduğu kanıtlanmış olsa da, koruma hakkı sahibi olan kişi ya da kurumun, çocuğun diğer ebeveyn ya da yakın tarafından başka bir ülkeye götürülmesine veya alıkonmasına yani çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesine önceden izin verdiği veya sonradan bu duruma razı olduğunun ispatlanması halidir ki bu halde mahkeme çocuğun iadesi talebinin reddine karar verebilecektir. 13. madde metninde kullanılan ve yukarıda değinilen ifadeler gözetildiğinde, izin veya rızanın varlığı halinde de mahkemece makul gerekçe ile çocuğun iadesine karar verilebileceği değerlendirilmektedir. Rıza ya da iznin varlığının tespiti konusu diğer red nedenlerine nispetle soyut bir nitelik arz etmekte olup, ispatı daha zordur. İzin ve rızanın varlığı tereddüde mahal vermeyecek şekilde kanıtlanmalıdır ki³² yanlış bir değerlendirmeye çocuğun gelecek hayatına yön verilmesin.

Haksız olarak alıkonulduğu iddia edilen çocukların 2 ya da 3 aylık oldukları davada, taraflar, 1989 yazında tatil için Fransa'ya gelmiştir. 30 Temmuz

³⁰ İskoçya İlk Derece Mahkemesi'nin 26.01.1994 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1041&lng=1&sl=1> (Erişim Tarihi 13.8.2014)

³¹ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.02.2012 tarihli, E. 2012/2268 K. 2012/3707 sayılı kararı.

³² Giray, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, s. 131.

1989’da anne, babaya Amerika’daki evlerine çocuklarıyla birlikte geri dönme niyeti olmadığını bildirmiştir. Aralık 1989’da iade talebine dair süreç başlamıştır, 15 Ocak 1990’da baba, anne ile anlaşmaya çalıştıklarını bu nedenle iade sürecinin askıya alınmasını istediğini iletmıştır, Nisan’da süreç yeniden başlar ve 31 Ekim 1990’da Fransa Mahkemesi, tereddüde mahal vermeyen aksi kanıt bulunmadığından, taraflar arasındaki müzakere sürecinde imzalanan geçici anlaşmanın velayete ilişkin kısmının babanın rızası olduğuna yeterli kanıt teşkil ettiğinden bahisle talebi reddetmiştir ve Fransız Yargıtayı da kararı onamıştır.³³

c. Çocuğun Talep Eden Ülkeye İade Edilmesi Halinde Fiziksel veya Psikolojik Olarak Zarar Göreceği veya Tahammül Edilemeyecek Bir Durumda Kalacağı Konusunda Ciddî Bir Riskin Olması

Sözleşmenin “*Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamu, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:*

a) ...

b) *Geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir”* şeklindeki 13. maddesinin 1.fikrasının b bendinde düzenlenen bu durumda, kaçırılma tarihinden başvurma tarihine kadar 1 yıllık süre geçmiş olsa da olmasa da ve çocuğun mutad meskeninin talep eden ülkede olduğu kanıtlanmış olsa da, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi halinde fiziksel veya psikolojik olarak zarar göreceği veya tahammül edilemeyecek bir durumda kalacağı konusunda ciddi bir riskin varlığının kanıtlanması durumunda da mahkeme çocuğun iade talebinin reddine karar verilebilecektir. Aynı şekilde, bu red nedeninde de iadenin reddine karar verip vermemenin mahkemenin takdirinde olduğu düşünülmektedir. Bu red nedenlerinin her birinin somut olarak ispat edilmesi gerekmekte olup, soyut iddialar

³³ Fransız Yargıtayı’nın 12.07.1992 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1041&lng=1&sl=1> (Erişim Tarihi: 20.8.2014).

yeterli kabul edilmemelidir. Çocuğun fiziksel olarak zarar görmesine dair ciddi risklere örnek olarak, aile içi şiddetin varlığı, mutad mesken olduğu iddia edilen ülkede, savaş, kıtlık, salgın hastalık gibi hallerin bulunması sayılabilir.³⁴

Çocuğun psikolojik olarak zarar göreceğine dair ciddi risklere örnek ise, çocuğun kaçırılan kişiden ayrı kalmasının çocukta doğurabileceği psikolojik yıkım, ruhsal tramva olabilir.

Çocuğun iade edilmesi halinde tahammül edilemeyecek bir durumda kalacağı konusundaki ciddi bir riske örnek olarak ise, aşırı fakirliğe düşecek olması, aile içi şiddet durumu gösterilebilir.

Bir Türk mahkemesi kararı şu şekildedir: Çocuğun annesi tarafından babanın velayet hakkı ihlal edilerek haksız olarak mutad meskeni olan X ülkesinden Türkiye'ye kaçırıldığı iddiası ile iade davası açılmıştır. Mahkeme, alınan psikolog raporunda, çocuğun iyi Türkçe konuştuğunun, annesine düşkün olduğunun belirlenmesini, çocuğun, annesinin kendisine iyi davrandığını, annesi ile birlikte kalmaktan mutlu olduğunu, babası ile birlikte kaldıkları dönemde babasının kendisine ve annesine kötü davrandığını, babası ile görüşmek istemediğini, babasına kızgın olduğunu belirtmesini ve yine raporda çocuğun psiko-sosyal gelişiminin yaşadığı bu olaylar nedeniyle olumsuz yönde etkilendiğinin, anne-babası arasında devam eden iletişim probleminin çocuğun duygusal gelişimini olumsuz yönde etkileyebileceğinin tespit edilmesini gözetmiş ve yine, 7 yaşındaki çocuğun bizzat dinlenmesinde; babasının annesini üzdüğünü, annesi üzülmüş kendisinin de üzüldüğünü, babasının kendisini aramadığını, annesi ile babası barışmayacaksa annesi ile birlikte yaşamayı istediğini belirtmesini de gözeterek şu şekilde hüküm kurmuştur: Davalının çocuğu Türkiye'ye getirip kendi nüfusuna tescil ettirip, okula kaydettirdiği, çalışmaya başladığı, boşanma davası açtığı, çocuğun anne yanında kalmaktan mutlu olduğu, babasını görmek istemekle birlikte yanına gitmek istemediği, babanın bu süreçte çocuğu ile irtibat kurmadığı, anne ve babanın birliktelik dönemlerinde babanın çocuğa karşı zarar verici eylemi bulunmamakla birlikte

³⁴ Bu haller Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 10.01.2005 tarihli, E. 2004/16411 K. 2005/95 sayılı kararında sayılmıştır.

anneye karşı davranışları ve tartışmaları nedeniyle çocuğun olumsuz etkilendiği, babanın çocuğun bedensel sağlığına direkt olarak zarar vermediği ama eşine uyguladığı fiziksel ve psikolojik şiddetten dolayı çocuğun psiko-sosyal gelişiminin olumsuz etkilendiği, çocuğun babaya tepkili olduğu tespit edilmiş ve iade edilmesinin ruh sağlığına yönelik ağır bir tehlike oluşturabileceği kanaatine varılmış olmakla çocuğun iadesi talebinin reddine karar vermek gerekmiştir. Sözleşme'nin 13/1 b maddesi uyarınca çocuğun mutad meskeni olan X ülkesine iade edilmesi halinde çocuğun psikolojik olarak bir tehlikeye maruz kalacağı yolunda ciddi bir risk bulunduğundan çocuğun mutad meskenine iadesi talebinin reddine karar verilmiştir.³⁵

Yine başka bir Türk mahkemesi kararında, velayeti annesine verilmiş olan, annesi ile birlikte Y ülkesinde yaşayan 7 yaşındaki çocuğun şahsi ilişki kurma hakkı kapsamında babası ile birlikte Ülkemize gelmesi sonrasında annesine iade edilmeyerek Türkiye'de haksız olarak alıkonulduğu iddiasına ilişkin olarak şu değerlendirme yapılmıştır: Babanın vekili tarafından çocuğun psikolojik sorunları olduğunun bildirilmesi üzerine, çocuk için Türkiye'de alınan doktor raporlarında çocuğun güvensiz, kaygı düzeyinin yüksek olduğu, insanlarla ilişki kurmakta zorlandığı, çizimlerinin yaşı ile uyumlu olmadığı, dört yaşındaki bir çocuğun performansını sergilediği, çocuğun iki ayrı aile yaşantısı olduğu, annesiyle yaşadığı ortamda ihmal edildiği, babası ile birlikteyken aşırı ilgiye boğulduğunun ifade edildiği ve bundan sonraki yaşantısında kendini güvende hissedip, kabul gördüğü bir ortamda bulunması ve ileriki yaşantısında bir sorun yaşamaması için psikolojik desteğin sürmesi gerektiği, çocuğun alınan beyanında, annesinin çalışmak zorunda olduğunu bu nedenle kendisinin daha çok annesinin erkek arkadaşı ile zaman geçirdiğini, onunla yaşadıklarının ayıp şeyler olduğunu, bu konuda konuşmak istemediğini belirttiği, çocuğa çizdirilen resimlerle ilişkilendirildiğinde, çocuktaki korku ve güvensizlik duyguları ile annesinin erkek arkadaşının bağlantılı olduğunun anlaşıldığı, Y ülkesinde yaşadığı ortamda annenin erkek arkadaşı tarafından cinsel içerikli uygun olmayan oyun, davranış ve mesajlara maruz kaldığı, bu tür bir muamelenin

³⁵ Üsküdar 2. Aile Mahkemesi'nin 19.04.2007 tarihli, E. 2006/483 K. 2007/207 sayılı kararı.

çocuk istismarı kapsamına girdiği ve çocuğun cinsel istismara uğramış olduğunun tespit edildiği, daha ileri bir tacizin takip ve tedavi sürecinde araştırılması gerektiği, çocuğun ortaya koyduğu davranışların cinsel istismar olduğu ancak bu yaştaki çocukların cinsel istismarı tanımlama ve algılama konusunda yetersiz oldukları, zira oyun adı altında ya da başka şekillerde sunularak cinsel istismarın çocuklara normal olarak gösterilebileceği, bu açıdan psikiyatrik muayenede tespit edilen istismar olgularının bir kısmının kesin, bir kısmının ise şüpheli olduğu, istismar olduğuna dair güçlü kanıtların bulunduğu bildirilmiştir. Bu raporlara rağmen mahkeme, doktor raporlarında, cinsel istismarın gerçekleştiğine dair kesin ya da kesine yakın tespitler olmadığı, çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için çocuğun fizyolojik ve ruh sağlığına yönelik ağır bir tehlikenin ortaya çıkması ihtimalinin bulunması veya çocuktan katlanmasının beklenemeyeceği başka bir durumun ortaya çıkacak olduğunun kanıtlanması gerektiği, çocuğun iadesini isteyen kişinin annesi olduğu, bir annenin, yeni eşi tarafından çocuğunun cinsel istismara uğrama tehlikesi olduğunu bilerek ya da bundan şüphe duyarak çocuğunun istismar ortamına geri gönderilmesini talep etmeyeceği, Y ülkesi tarafından geçmişte böyle bir istismar yaşanmış olsa bile çocuğun gerek önceden yaşadığı bu olayın soruşturulacağı, gerekse ileriye yönelik gerekli tedbirlerin alınacağına dair gerekli güvencenin verildiği gerekçesi ile Sözleşmenin 13/1 b maddesinde hükme bağlanan şart oluşmadığından anılan çocuğun Y ülkesine iadesine karar verilmiştir.³⁶ Biz bu kararda Sözleşme'nin 13/1 b maddesinde belirtilen red nedeninin oluştuğunu, cinsel istismar tehlikesinin çocuğun beyanları ve alınan raporlarla soyut bir iddiadan çıkıp somut bir tehlike boyutuna vardığını değerlendirerek, çocuğun iadesine dair kararın isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz.

2007 yılında İngiltere'de doğan Amerikalı anne ile İngiliz babanın çocuğunun İngiltere'ye iadesi için yapılan başvuruda, taraflar ABD'de evlenmiştir fakat baba hırsızlık suçundan 3 ayrı mahkûmiyet alınca sınır dışı edilmiştir. Bu nedenle aile İngiltere'ye yerleşmiştir. Babanın sürekli olarak maddi sıkıntısı vardır ve aileye sürekli bir gelir sağlayamamaktadır. Baba birçok kez tu-

³⁶ Kocaeli 1. Aile Mahkemesi'nin 28.07.2008 tarihli, E. 2008/267 K. 2008/709 sayılı kararı.

tuklanmıştır fakat her seferinde beraat etmiştir. Anne babanın alacaklılarından sürekli olarak kendisini ve eşini öldüreceklerine dair isimsiz tehdit telefonları almaktadır. En son evden de çıkarılmaları üzerine anne İngiltere’yi çocuğuyla birlikte terk etmek istediğini söylemiş ve annenin bir anlaşma imzalaması üzerine baba, annenin çocukla birlikte kısa bir süreliğine Florida’daki büyük anne-babasıyla kalmasına izin vermiştir. Fakat anne geri dönmeyince baba iade talebinde bulunmuştur. Bu davayı inceleyen Florida Mahkemesi annenin çocuğu haksız olarak alıkoyduğunu fakat dönmesi halinde çocuğun ciddi zarara uğrama tehlikesinin bulunduğundan bahisle iade talebini reddetmiştir. Baba kararı temyiz etmiş, ABD Temyiz Mahkemesi kararı onamıştır. Gerekçe şöyledir: Baba güvenilir biridir ve annenin aldığı isimsiz ölüm tehditleri gelecekte şiddet görme ihtimalinin varlığına delalet olup, bu ihtimal çocuğa da sirayet edebilir. Bu nedenle davada çocuğun sadece babasından değil diğer üçüncü kişiler tarafından da zarar görmesi riski bulunmaktadır. Hem babanın dürüst olmayan hayatı ve eylemleri hem de alınan tehditler nedeniyle çocuğun iade edilmesi halinde zarar göreceğine dair ciddi risk mevcuttur.³⁷

d. Çocuğun Mutad İkametgâhının Bulunduğu Ülkeye İade Edilmeye İtiraz Etmesi

Sözleşmenin 13. maddesinin “*Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir*” şeklindeki 2. fıkrasında düzenlenen bu halde, kaçırılma tarihinden başvurma tarihine kadar 1 yıllık süre geçmiş olsa da olmasa da ve çocuğun mutad meskeninin talep eden ülkede olduğu kanıtlanmış olsa da ve diğer iadenin reddi nedenleri bulunmasa bile, çocuğun yaşı ve olgunluğu da mahkemece yeterli görülüyor ve çocuk iade edilmek istemiyor ise, mahkemece iade talebinin reddine karar verilebilecektir, mahkemenin takdirindedir. Bu red nedeni hem Sözleşmenin amacına, hem çocuğun yüksek menfaati kriterine, hem de “*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun*

³⁷ Amerikan Temyiz Mahkemesi 11. Dairesi’nin 20.12.2012 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1184&lng=1&sl=1> (Erişim Tarihi 25.8.2014).

kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır” şeklindeki Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesine uygundur.

Çocuğun iadesi hakkındaki görüşünün dikkate alınabilmesi için belli bir yaş sınırı yoktur. Bu konudaki kriter BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesinde öngörülen “*çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle*” görüşünü dikkate almak olmalıdır. Çocuğun özgür iradesiyle, kimsenin etkisinde kalmadan, verdiği kararın sonuçlarını genel anlamda anlayarak karar verdiğinden emin olunmalıdır.

İngiltere’de görülen bir iade davasında, anne ve 9 yaşından biraz büyük olan çocuk 1991 yılının Mart ayına kadar Fransa’da yaşamıştır. Ebeveynler ayrılırken, aralarında çocuğun anne ile birlikte Fransa’da yaşamasına, babanın ise sınırsız şahsi ilişki kurma hakkına sahip olmasına karar vererek yazılı anlaşma imzalamıştır. Çocuğun uzun süren psikolojik problemleri nedeniyle gidilen psikolog bu problemlerin dil nedeniyle yaşanan kafa karışıklığından kaynaklandığını ve çocuğun mutlaka İngilizce olarak eğitim görmesi gerektiğini söylemiştir. Anne 24.11.1991’de çocuğu İngiltere’ye götürmüş baba ise iade talebinde bulunmuştur. Mahkeme kaçırmanın haksız olduğunu fakat çocuğun Fransa’ya dönmeye itirazının çok şiddetli olması nedeniyle iadenin reddine karar vermiştir. Mahkeme çocuğun iadesinin çocuğa bir derecede psikolojik zarar verme riskinin bulunduğunu fakat bu riskin 1980 Lahey Sözleşmesi’nin 13/2. maddesinde öngörülen derecede ciddi olmadığını belirtmiş, anne ise Fransa’da yaşamalarına ve hatta çocuğun Fransa’da bir okula kaydolmasına itirazı bulunmadığını hatta çocuğu İngiltere’ye götürmesinin temel nedeninin çocuğun psikolojik sorunları olmadığını beyan etmiştir. Fakat mahkeme nezdinde ki uzmanın raporuna göre görüşleri yeterince olgun ve mantıklı olan çocuk açıkça Fransa’ya dönmek istemediğini belirtmiş ve oradaki okulda kendisini sefil hissettiğini ve Fransızca konuşmaya zorlanmasının kendisine zarar

verdiğini belirtmiştir. Uzman raporuna göre çocuğun zihinsel yaşı 12 civarındadır ve çocuk duyarlı ve akıllı bir karar vererek, iadesine karşı çıkmaktadır. Bu nedenle mahkeme, kaçırma haksız olsa da 13/2. maddesi uyarınca çocuğun iade edilmemesine karar vermiştir.³⁸

Yargıtay'ın bir kararında³⁹ 14 yaşındaki çocuğun görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaş ve olgunluğa erişmiş olduğu, duruşmada dinlenen çocuğun geri dönmek istemediğini ifade ettiği, geri dönmeyi istememesinin, çocuğun yüksek çıkarına aykırı olduğuna ilişkin bir delil ve olgu da bulunmadığı belirtilerek, Sözleşmenin 13. maddesinin (b) bendinin ikinci paragrafındaki; adli veya idari makamın, çocuğun geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlemlemesi halinde, geri dönme talebini reddedebileceği hükmünü gözeterek, davadaki bu çocuğun görüşüne değer verilerek, iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasının yanlış olduğu belirtilmiştir.

e. Çocuğun İade Edilmesinin İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklere Aykırı Olması

Son iadenin reddi nedeni olan ve Sözleşmenin 20. maddesinde “*Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir*” şeklinde düzenlenen bu hükümde, iadenin talep edildiği ülkenin insan hakları ve temel özgürlüklerine göre mümkün olmaması hali düzenlenmiş olup, bu maddede düzenlenen red nedeni, diğer red nedenlerine göre daha belirsiz nitelik taşımakta ve Sözleşme uygulamasını ve amacını zedeleme ihtimali bulunmaktadır.⁴⁰ Buna göre, iade davasına bakan mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca çocuğu iade etmeyi düşünse bile, 20. mad-

³⁸ İngiltere ve Wales Yüksek Mahkemesi'nin 17.01.1992 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=203&lng=1&sl=2> (Erişim Tarihi 25.8.2014).

³⁹ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2007 tarihli, E. 2007/15728 K. 2007/16679 sayılı kararı.

⁴⁰ İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 149.

deyi de gözeterek karar verecektir. Bu nedenlere örnek olarak, etnik ya da dini ayrımcılığa uğrama, çocuk yaşta evlenmeye ya da tehlikeli işlerde çalışmaya zorlanma halleri düşünülebilir.

Avustralya mahkemesince çocuğun iadesi talebine dair görülen bir davada, 4,5 yaşında olan ve tüm hayatı boyunca İngiltere’de yaşayan çocuğun ebeveynleri evlidir ve müşterek velayete sahiptir. 11 Şubat 1999’da ebeveynler çocuğu annenin yakınlarını ziyaret için Avustralya’ya götürmüşlerdir. Dönüş tarihi olan 24 Mart 1999’da anne çocuğun İngiltere’ye dönmeyeceğini bildirince baba Nisan 1999’da dönmüş ve çocuğun iadesini talep etmiştir. Avustralya mahkemesi annenin sağlık nedenleriyle İngiltere’ye dönemeyeceğinden iade talebini reddetmiştir. Baba kararı temyiz etmiştir. Temyiz talebi kabul edilerek, 21 gün içinde iadeye karar verilmiştir. Mahkeme ne 13/1-b maddesindeki ne de 20. maddedeki red nedenlerinin oluşmadığını takdir etmiştir. Mahkeme, 20. maddedeki red nedeninin bulunmadığına ilişkin gerekçesinde, bu maddenin uygulama alanının dar olduğunu ve ancak çocuğun dönmesinin hâkimin vicdanını ciddi biçimde sarsması ya da adil yargılanmaya ilişkin algılara aykırılık teşkil etmesi gibi ender sebeplerle gözetilebileceğini ifade etmiştir.⁴¹

3. İade Kararının İcrası

Mahkeme yukarıda anlatılan tüm hususları değerlendirdikten sonra çocuğun mutad meskeni olduğu iddia edilen ülkeye iadesine ya da iade talebinin reddine karar verecektir. Her iki karar da temyize tabidir ve temyiz incelemesi sonucu verilen Yargıtay ilamına karşı da taraflarca karar düzeltme kanun yoluna gidilebilir. Şayet mahkemece iade talebinin reddine dolayısı ile çocuğun Türkiye’de kalmasına karar verildi ise, bu kararı Sözleşme uygulamasında talepte bulunan tarafı davada temsil eden Cumhuriyet savcısı ya da talepte bulunan ya da vekili temyiz edebilecektir. Kanun yoluna başvurularak ya da başvurulmadan, iadenin reddine dair karar kesinleşti ise bu durum talepte bulunan devlet merkezi makamına bildirilmek üzere Uluslararası Hukuk ve Dış

⁴¹ Brisbane Temyiz Mahkemesi nezdindeki Avustralya Aile Mahkemesi’nin 16.03.200 tarihli kararına ilişkin olarak bkz: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=275&lng=1&sl=2> (Erişim Tarihi 30.8.2014).

İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne bildirilir ve kesinleşmeyi müteakip varsa çocuk hakkında 5717 sayılı Kanun'un 10. ya da 24. maddeleri verilmiş olan tüm koruma tedbirlerinin kaldırılmasına karar verilir ve süreç sona erdirilir.

Mahkemece talep haklı bulunarak çocuğun Türkiye'den talepte bulunan mutad mesken ülkesine iadesine karar verilmesi halinde ise, bu karara karşı sadece çocuğu kaçırdığı ya da haksız olarak alıkoyduğu iddia edilen taraf ya da vekili temyiz yoluna başvurabilir. Cumhuriyet savcısı bu davada talepte bulunan davacı tarafı temsil ettiğini ve bu davanın özellik arz eden bir hukuk davası olduğunu unutmaması ve iade kararına karşı temyiz yoluna başvurması gerekmektedir. Çocuğun iadesine dair kararın kesinleşmesinden sonra davalı taraf çocuğu rızaen teslim etmeyi kabul ederse, taraflar aralarında kararlaştırdıkları biçimde, ister Cumhuriyet savcılıkları nezdinde ister kendi aralarında teslim işlemlerini gerçekleştirirler ve bu durumu Merkezi Makamlara bildirirler.

Davayı kaybeden taraf olan davacının çocuğu rızasıyla teslim etmeyi kabul etmemesi halinde cebri icra sürecinin başlaması gerekmektedir. Çocuğun iadesine karar verilmesi halinde çocuğun güvenli bir biçimde teslimini sağlayana kadar Merkezi Makamın çocuğun yerinin değiştirilmesini önleme ve çocuğun güvenli ve ivedi biçimde teslimini sağlama görevi devam etmektedir. Bu nedenle çocuk hakkında 5717 sayılı Kanun'un 10. ya da 24. maddeleri verilmiş olan tüm koruma tedbirleri, bilhassa çocuğun başka bir ülkeye götürülme tehdidi var ise çocuk hakkında verilmiş olan yurtdışına çıkış yasağı, çocuğun teslimi işlemleri tamamlanmadan kaldırılmamalıdır. Rızaen teslimin kabul edilmemesi halinde iadeyi talep eden davacının bizzat ya da vekili aracılığıyla çocuğun iadesine dair kesinleşmiş mahkeme kararını icraya koyması gerekmektedir. Bu kararlar 5717 sayılı Kanun'un 18. maddesinde belirtildiği üzere, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre çocuğun bulunduğu yerdeki icra müdürlüğünce İcra ve İflâs Kanunu'nun 25. maddesinde yazılı şekilde bir icra emri tebliğ etmeksizin yerine getirilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 25/b maddesinde belirtildiği üzere, çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendiril-

len sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir. Kanun'un 19. maddesine göre, çocuğun iadesi ve şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmın icrası sırasında, çocuğu yanında alıkoyan kişi bulunmaz veya hemen bulundurulması mümkün olmazsa, ilâmın yerine getirilmesi bu şahsın yokluğunda yapılır ve çocuğu alıkoyan kişi icra müdürlüğünün isteği halinde, çocuğun bulunabileceği yerleri derhal göstermek zorundadır. Bu yerler gerektiğinde zorla açtırılır. Yine, aynı Kanun'un 22. maddesi uyarınca, ilâmın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağına uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re'sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir. Örneğin, tüm yargılama aşamasında duygularını belirtmeyen bir çocuk, iadesine dair kararın icrası sırasında annesinin bacaklarına sarılıp ayrılmamak için ağlıyorsa bu durumda icra müdürünün icrayı ertelemesi gerekmektedir. Çünkü o anda bu kararın icrasının çocukta tramvaya yol açacağı aşikârdır ve buna rağmen icra yapılması Sözleşme'nin amacıyla da bağdaşmayacaktır. Yine 5717 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre, çocuğun iadesine veya şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilâmın icrasından sonra tekrar kaçırın taraf ile bu fiillere iştirak edenler ve bu Kanun'a göre yapılan tebliğ, tedbir ve emirlere uymayanlar hakkında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 341. maddesi hükümleri uygulanır.

4. İadeye İlişkin Diğer Hususlar

Sözleşme'nin 22. maddesinde “Sözleşmede bahsi geçen hukuki ve idari davalar çerçevesinde, her ne isimle olursa olsun, genel masrafların ve mahkeme masraflarının ödenmesini garanti için, hiçbir kefalet ve depozito istenemez” hükmü, 23. maddesinde “Sözleşme çerçevesinde hiçbir tasdik veya benzeri formalite gerekli değildir” hükmü, 25. maddesinde “Taraf bir Devletin vatandaşları ve mutaden bu Devletle ikamet eden şahıslar, sözleşmenin uygulanması ile ilgili bütün konularda başka bir Devletle, bu başka Devlet vatandaşı olarak ve orada mutaden ikamet ediyorlarsa tabi olacakları ile aynı şartlarla hukuki ve adli müzaheretle hak sahibidirler” hükmü, 26. maddesinde ise, “Her

merkezi makam sözleşmeyi uygularken kendi masraflarını karşılar.

Taraf Devletlerin merkezi makamı ve diğer kamu servisleri, sözleşmenin uygulanması çerçevesinde vaki taleplerle ilgili olarak hiçbir masraf isteyemezler. Özellikle, müracaatçıdan, dava masrafları veya icabında bir avukatın davaya katılmasının gerektireceği masrafları isteyemezler. Ancak, çocuğun geri dönüşüne bağlı olarak yapılan veya yapılabilecek işlemlerin yarattığı masrafların ödenmesini isteyebilirler.

Bununla beraber, taraf bir Devlet, 42. maddede öngörülen çekinceyi belirterek, yukarıdaki fıkrada yer alan, bir avukatın veya hukuk müşavirinin katılmasına veya dava masraflarına bağlı giderleri, bunları kendi adli ve hukuki sistemi tarafından karşılandığı ölçüde, ödemekle yükümlü bulunduğunu beyan edebilir.

Adli veya idari makam, çocuğun dönüşünü emrederken veya sözleşme çerçevesinde ziyaret hakkı konusunda karar verirken, gerektiğinde, talep eden ve adına yapılan bütün masrafları, özellikle, talep edenin seyahat masraflarını, adli temsil masraflarını ve çocuğun dönüş masraflarını ve çocuğun bulunduğu yerin tespiti için yapılan bütün masrafları, çocuğa yer değiştirten veya alıkoyan veya ziyaret hakkının kullanılmasını önleyen kişiye yükleyebilir” hükmü mevcuttur. Türkiye’nin 26. madde için çekincesi bulunmaktadır. Ayrıca masraflara ilişkin olarak, 5717 sayılı Kanun’un 27. maddesinde “(1) Bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işler harca tâbi değildir. Yargılama masrafları kovuşturma ödeneğinden karşılanır. Bununla birlikte yargılama masrafları davayı kaybedene yükletilir.

(2) Şu kadar ki; başvuruda bulunan adına bir avukat veya müşavirin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masraflar kovuşturma ödeneğinden karşılanmaz” düzenlemesi, 28. maddesinde ise “(1) Bu Kanunun uygulanmasında başvuruda bulunan, adli yardımdan yararlanabilir.” düzenlemesi mevcuttur.

Masraflar dışında önemli diğer bir konu ise, Sözleşmenin 7. maddesinin (1) bendinde öngörülen Merkezi Makamların birbirini bilgilendirme yükümlülükleridir. Talep edilen Devlet Merkezi Makamı başta olmak üzere iki Merkezi

Makam da Sözleşme uygulaması boyunca sürekli olarak yapılan işlemleri ve gelişmeleri ivedilikle birbirlerine bildirmek yükümlülüğüne sahiptir.

B. Türkiye Tarafından Diğer Bir Devlete İletilen İade Talebi

Mutad meskeni Türkiye olduğu iddia edilerek yapılan çocuğun iadesine dair başvurular, iade talep eden şahıs tarafından bizzat ya da vekili aracılığıyla, bulunulan yer Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla ya da doğrudan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne iletilmelidir. Bazı durumlarda, Türkiye'de ikamet eden yabancı bir şahıs başvurusunu doğrudan çocuğun bulunduğu ve iadenin talep edildiği devletin Merkezi Makamına iletebilmekte, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü aracı kılmamaktadır. Bu durumda talebin iletildiği ülke Merkezi Makamınca bu durum Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne bildirilmekte ve sonraki işlemler iki Merkezi Makam aracılığıyla yürütülmeye devam edilmektedir.

Yabancı ülkeye iletilecek olan iade taleplerinde, başta değinilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Kapsamı ve Uygulaması" konulu, 16.11.2011 tarihli ve 65/2 sayılı Genelgesi önem arz etmektedir. Söz konusu Genelge ekinde talepte bulunulurken doldurulması gereken talep formu, vekâletname örnekleri mevcut olup, Genelge'de talepte bulunurken dikkat edilmesi gereken hususlar, Sözleşme'ye taraf olan dolayısıyla talepte bulunulabilecek Devletler, bu Devletlerin yazışma dilleri, Merkezi Makamlarına ait bilgiler, talepte bulunurken eklenmesi faydalı olan belgelerin neler olduğu belirtilmiş olduğundan, bu çalışmada bu konuda ayrıntılı bir anlatıma gerek görülmemiştir.

İletilen talebin anılan Genelge'ye ve Sözleşme hükümlerine uygunluğu Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nce incelendikten sonra, gereği için ilgili ülke Merkezi Makamına iletilmekte, gelen bilgiler ilgili Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla talepte bulunan kişiye bildirilmektedir. Yabancı ülkeye yapılan iade talebindeki prosedür genel hatlarıyla yukarıda anlatılan usulde yürütülmekte olup Sözleşme hükümlerine uygun olmak durumundadır, bununla birlikte her ülkenin Sözleşme'yi uygulaması değişkenlik arz etmekte olup, iç hukuk kuralları çerçevesinde yürümektedir. Buna örnek olarak, Tür-

kiye’de talep eden kişiyi Cumhuriyet savcısı temsil etmekte iken, diğer birçok ülkede böyle bir uygulama bulunmamakta olup, genellikle talepte bulunanı temsil edecek bir avukat görevlendirilmekte ya da avukat görevlendirilmesi için bir avukat listesi iletilmektedir.

Sözleşme hakkında genel olarak değinilmesi gereken diğer bir husus ise, farklı bir ülkede bulunan bir çocuk ile şahsi ilişki tesis etmek isteyen bir ebeveyn ya da yakının da bu Sözleşme’nin “*Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir Devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Merkezi makamlar, ziyaret hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlıdırlar. Merkezi makamlar, ziyaret hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanuni bir süreci gerek doğrudan doğruya gerek aracılar ile başlatabilir veya teşvik edebilirler*” biçimindeki 21. maddesi uyarınca, çocuğun iade başvurusu hakkındaki usul ve esaslarla başvuruda bulunabileceğidir.

III. 1980 Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri

1) Türk vatandaşlarının 1980 Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları, Sözleşme kapsamına giren pek çok olay için yıllar sonra başvuru yapılmasına sebep olmakta, bu da yukarıda ayrıntılı anlatıldığı üzere, Sözleşme’nin 12. maddesi karşısında, başvurunun olumlu sonuçlanması ihtimalini azaltmaktadır. Zira 12. maddenin 2. fıkrası uyarınca iade başvurusunun Sözleşme’de öngörülen 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra adli makama ulaşması halinde, çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olduğu anlaşılırsa iade talebinin reddi söz konusu olmaktadır.

2) Yine Türk vatandaşları tarafından yapılan başvurularda, başvuru formunun Sözleşme’ye uygun şekilde doldurulmaması, başvuruya eklenecek evrakın eksik gönderilmesi, başvuru evrakının tercümesinde sıkıntılar yaşanması ve Cumhuriyet savcılıkları aracılığıyla iletilen başvurularda savcılıkların başvuru

evrakının tam ve düzgün olup olmadığını incelemeyen Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne iletmesi gibi nedenlerle başvuru evrakının tekemmülü zaman almakta dolayısıyla çocuğun iadesi talebinin yabancı Merkezi Makama iletilmesine dair süreç uzamaktadır. Bu zaman ve emek kaybının engellenmesi için başvuruda bulunacak vatandaş ya da vekilleri ve başvuruyu iletilecek aracı kurum olan Cumhuriyet savcılıklarınca, Sözleşme ve 65/2 sayılı Genelge iyi incelenerek, talep iletilmelidir.

3) Cumhuriyet savcılıklarınca ve davaya bakan mahkemelerce her aşamada, çocuğu kaçıran veya haksız olarak alıkoyan kişiye, çocuğu rıza ile teslim etmesi telkin edilmeli, gönüllü çözümün sağlanmasının tercih edilen yol olduğu dikkate alınarak bu yolun temini için gerekli her türlü girişimde bulunulmalıdır.

4) Sözleşme, 5717 sayılı Kanun ve ilgili Genelge'nin gerek savcılıklar, gerekse mahkemelerce tam olarak okunup özümsememesi dolayısıyla Sözleşme hükümlerinin hatalı biçimde yorumlanması nedeniyle çocukların hatalı kararlar ile yabancı ülkelere iade edilmeyebilecekken iade edilmelerine neden olunmaktadır. Türkiye maalesef anılan Sözleşme'nin uygulanmasında çoğunlukla çocukları iade eden ülke konumunda olup, buna karşılık çocuk iade etmede diğer ülkelerce daha temkinli davranıldığından çocuk iade alma sayımız düşük oranda kalmaktadır. Mahkemelerimiz Sözleşme'de belirtilen red nedenlerinin varlığı halinde yeterli ve mantıklı gerekçeyi sunarak çocukların iadesine dair talepleri gerekli durumlarda çekinmeden reddedebileceklerini göz önünde bulundurmalıdırlar. Bu noktada, çocukların yabancı ülkelere iade edilmeleri halinde ülkemizdekinden daha iyi şartlarda büyüyeceklerine, "hayatlarının kurtulacağına" dair var olan kanaatimizin de verilen kararlarda etkili olduğuna değinilmeden geçilemeyecektir.

5) Sözleşme'nin uygulanmasında, Cumhuriyet savcılıkları, başvuran adına hareket etmelerine rağmen, bazı hallerde kamu davasındaki görevleri gibi değerlendirmede bulunarak, gerekli gördükleri hallerde çocuğun yabancı ülkeye iadesine dair talebin reddedilmesi şeklinde aleyhe olarak esas hakkında mütalaa vermekte yahut çocuğun iadesine karar verildiğinde bu karara karşı

temyiz yoluna başvurmaktadırlar. Oysa savcılıklar her durumda, başvuran adına hareket etmeleri nedeniyle iade davasındaki esas hakkındaki mütalaalarını çocuğun yabancı ülkeye iadesi yönünde vermelidirler. Aksi halde çocuğun iadesinin reddine karar verilmesi yönünde mütalaa veren savcı, mahkemece iadenin reddine karar verildiğinde ve bu red kararını temyiz etmesi gerektiğinde, yaptığı iki işlemde çelişkiye düşmüş olmaktadır. Başvuruda bulunan tarafın savcı tarafından temsil edilmesindeki bir diğer sakınca ise, bir tarafın kamu gücünü temsil eden bir kamu görevlisince temsil edilmesi nedeniyle diğer tarafın kendisinin eşit şartlarla temsil edilmediğini hissedebilmesidir.

6) Cumhuriyet savcılıklarınca iade davası açılırken düzenlenen davanamede, başvuranın davacı sıfatıyla taraf olarak gösterilmesinin, bu bağlamda “davacı” olarak başvurunu temsilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’ne izafeten Cumhuriyet savcısı olarak yazılmasının gerekli olduğu unutulmamalıdır. Sonrasında bu durum temyiz ve tebligat aşamalarında sıkıntılara yol açmaktadır.

7) Yine iade davası açılırken savcılıklarca, davanın savcı katılımıyla, duruşmalı olarak, varsa derdest boşanma ve/veya velayet davasından bağımsız olarak incelenmesinin istenilmesi, mahkemelerce de bu hususun resen gözetilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

8) Kaçırıldığı ya da haksız olarak alıkonulduğu iddia edilen çocuğun ülke dışına çıkartılma, başka bir ülkeye götürülme riski varsa, talebin iletildiği ilk andan itibaren her aşamada, savcılıklarca aile ya da asliye hukuk mahkemesinden, çocuğun iadesine karar verilmesi halinde, teslim işlemleri tamamlanmaya kadar, iade talebinin reddedilmesi halinde ise karar kesinleşinceye kadar yurt dışına çıkış yasağı konulmasının istenebileceğinin, mahkeme tarafından böyle bir yasak konulduğu takdirde tüm sınır kapılarına bildirilmesinin de gerekli olduğunun unutulmaması gerekmektedir. Bazı hallerde konulan yurtdışı çıkış yasağının mahkemelerce tüm sınır kapılarına bildirilmesinin unutulduğu görülmekte bu durum tedbiri işlevsiz hale getirmektedir. Bazı hallerde ise, mahkeme ya iade kararı daha verilmeden ya da iade kararının verilmesiyle birlikte çıkış yasağının kaldırılmasına hükmetmekte, bu nedenle henüz çocuğun

talep edene teslimi işlemi tamamlanmadan, teslimi engel olunmak için kaçırılan ya da haksız alıkoyan şahısla çocuğun yeri değiştirilmekte ya da çocuk başka bir ülkeye götürülebilmektedir. Bu durumda da kesinleşen iade kararı icra edilememekte, sürekli yeri değiştirilen çocuğun yıllar boyu yeri tespit edilemeye-bilmekte ya da çocuk Sözleşme'ye taraf olmayan başka bir ülkeye götürülerek çocuğun iadesine tamamen engel olunabilmektedir. Bu tip durumlar Türkiye'nin sorumluluğunu doğurmakta ve Türkiye'yi, çocuğun güvenli biçimde, ivedi olarak teslimini sağlayamayan ülke konumuna düşürerek, uluslararası arenada zor durumda bırakmaktadır.

9) Bir üstte bulunan 8. bentte değinilen sorunlar bu bent için de geçerli olup, bazen Cumhuriyet savcılıklarınca 5717 sayılı Kanunun 24. maddesinde öngörülen yurtdışı çıkış yasağı haricindeki çocuğun yerinin değiştirilmesinin engellenmesi için öngörülen diğer tedbirler en baştan itibaren kesin ve etkili biçimde alınmadığından, çocuğun iadesine karar verilip, karar kesinleştiğinde çocuğun bulunduğu yerin değiştirilmesi sebebiyle iade hükmün icrası mümkün olamamaktadır.

10) Bazı durumlarda, Cumhuriyet savcılıkları ya da mahkemelerce çocuğun iadesine dair yürütülen süreçle ilgili gelişmelere dair Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne geç bilgi verilmekte olup, genellikle de akıbet sorulması halinde bilgi verilmektedir. Bazı durumlarda ise, mahkemede görülmekte olan iade davası neticelenip karara bağlandığı halde bu durumun anılan Genel Müdürlüğe, Merkezi Makam görevi nedeniyle ivedilikle bildirilmesi gerektiği halde bildirilmediği görülmektedir. Bu hallerde bazen, çocuğun yabancı ülkeye iadesi talebinin reddine karar verildiğinde, bu kararın mutlak suretle temyiz edilmesi gerekirken, geç bilgi verilmesi nedeniyle temyiz süresinin kaçırılmasına sebebiyet verilmekte ve bu yüzden red kararı temyiz edilememektedir. Bu husus da Türkiye'nin sorumluluğunu doğurmakta ve temyiz süresinin neden kaçırıldığına dair açıklama yapmakta zorlanılmaktadır. Merkezi Makamların Sözleşme'nin uygulanmasında yapılan işlemler hakkında birbirlerine sürekli olarak bilgi vermekle yükümlü olmaları nedeniyle, savcılıklar ve mahkemelerce yapılan işlemler hakkında sürekli ve ivedi olarak ayrıntılı bilgi vermesi gerektiği unutulmamalıdır.

11) Yukarıda da ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, bazı hallerde Cumhuriyet savcılıklarınca, taraflar arasında görülmekte olan boşanma ve/veya velayet davası bulunduğu halde bu davaya bakan mahkemeden, görülmekte olan velayet davası açısından iade davasının sonucunun bekletici mesele sayılması yönünde talepte bulunulması gerekli iken bulunulmadığı, böyle bir talepte bulunulsa bile bazen talebe yönelik olarak mahkemenin nasıl bir karar verdiğinin takip edilmediği ve sonuçtan bilgi verilmediği görülmektedir. Hatta bazı davalarda, iade davasına bakan mahkeme tarafından çocuğun iadesine karar verilmekte, ancak velayet davasına bakan mahkemenin, görülmekte olan velayet davası için, iade davasının sonucunun bekletici mesele sayılması yönündeki talebe rağmen, velayeti çocuğu kaçıran veya haksız olarak alıkoyan ebeveyne verdiği ve bu velayet hükmünün kesinleştiği görülmektedir. Bu durum, Sözleşmenin 16. maddesine açık aykırılık teşkil etmekte ve bu suretle Türk yargısı tarafından sonuçları çelişki oluşturan iki ayrı yargı kararı verilmesine neden olmaktadır. Bu durum da, Türkiye'nin Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluğunu doğurmaktadır.

12) Bazı hallerde, görülmekte olan iade davalarında mahkemelerce çok uzun aralıklarla duruşma tarihi verildiği görülmektedir. Yine yukarıda da değinildiği üzere, bazı hallerde, iadeye dair davanın davayı gören mahkemece velayet hakkının esasına ilişkin bir dava gibi ele alınması davanın uzamasına neden olmaktadır. Bu iki husus da Sözleşme'de düzenlenen ivedilikle hareket etme yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir. İade davalarının uzatılması, hem çocuğun yeni ortamına alışmasına hem de kötü niyetli kaçıran ya da haksız olarak alıkoynanın kötü niyetine rağmen amacına ulaşmasına neden olmaktadır.⁴²

13) Genellikle, savcılıklara yazılan yazılara ivedilikle cevap verilmediği ve yine yazıda istenen tüm hususlara cevap verilmeden eksik olarak cevabi yazı iletilerek zaman kaybına neden olduğu görülmektedir. Yapılan her türlü yazışmanın ivedi kaydıyla ve istenen tüm bilgileri içerir biçimde iletilmesine özen gösterilmelidir.

⁴² Bilal Köseoğlu, Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 127, Geliştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2007, s. 28.

14) Sözleşme uygulamasında yaşanan önemli diğer bir sorun ise, yabancı ülkeye iadesi gerçekleştirilen çocukla, ülkemizde kalan ebeveyni arasında şahsî ilişki kurulmasında zorluk yaşanmasıdır. Genellikle ekonomik sebepler ya da çocuğun iade edildiği ülkenin Türkiye'ye vize uygulamaları sebebiyle, çocuğu iade eden ebeveyn ile çocuk arasında şahsî ilişki tesisi fiilen mümkün olmamaktadır. Bazı ülkelerde de, tıpkı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çocuk kaçırma eyleminin suç sayıldığı gibi, kaçırma eylemi suç olarak düzenlendiğinden, bu suçu işleyen ebeveynin o ülkeye giriş yapması halinde tutuklanması ihtimali bulunduğundan dolayı şahsî ilişki tesisi mümkün olamamaktadır. Sonuç olarak, maalesef, hem çocuğun üstün menfaatinin gerçekleşmesi ve sağlıklı gelişimi için zaruri olan her iki ebeveyni ile de şahsî ilişki kurması, hem de diğer ebeveynin en doğal hakkını icrası gerçekleşmemektedir. Bu mağduriyetin çözülmesi için yetkili makamlarca girişimde bulunulması gerekmekte olup, gerekirse çocuk iade edilmeden önce, iade edilecek ülkeden, diğer ebeveynin çocuk ile sorunsuz olarak şahsî ilişki kurabileceğine dair bir taahhüt ya da vize kolaylığı sağlanacağına dair bir garanti istenmelidir.

15) Türkiye'nin 1980 Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında uzun bir geçmişi olmasına rağmen, özellikle mahkeme kararları ve Yargıtay içtihatları olmak üzere iade sürecinin her aşamasına ilişkin bazı sorunlar yaşanmaktadır. Sözleşme uygulamasında bir birlik sağlamak, red nedenlerini daha etkin olarak kullanabilmek için, Sözleşme uygulamasına müdahil olan tüm makamlar arasında sürekli bir koordinasyon sağlanması gerekliliği açıktır.

16) Ülkemizin Sözleşme uygulamasındaki en önemli eksiklerinden biri, arabuluculuk müessesinin bu Sözleşme açısından uygulanmamasıdır. Bahsedildiği üzere, Sözleşme'de tercih edilen yol olan gönüllü çözüm işlemleri, savcılık ya da mahkeme eliyle yürütülmektedir. Oysa birçok ülkede hem iade başvurusunu il aşamasında hem de yargılama süreci devam ederken profesyonel arabulucularla tarafları gönüllü çözüme ulaştırma faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Ülkemizde de arabuluculuk faaliyetiyle daha etkin bir gönüllü çözüme ulaştırma süreci yürütülebilirse hem çocuğun en az şekilde yıpranması sağlanacak hem de savcılık ve mahkemelerin iş yükünde azalma olacaktır.

17) Değnilmesi gerek diğler bir husus ise, Sözleşme uyarınca görülecek iade davalarının büyükşehirlerde mevcut olan birden çok sayıdaki aile mahkemelerinin birinin yetkilendirilmesi suretiyle yalnızca bu mahkemelerce görülmesinin gerekip gerekmediğidir. Birçok ülkede bu sistem benimsenmiş olup, Türkiye açısından da diğler uyumsuzluklara oranla seyrek karşılaşılan çocuk iadesine dair davalarda belli mahkemelerin görevlendirilmesinin, hem hâkimlerimizin bu konuda uzmanlaşmasını sağlayacağı, hem bu tür mahkemelerde görevli hâkimlerin meslek içi eğitimler vesilesiyle Sözleşme uygulaması konusunda daha ayrıntılı bilgi sahibi olmalarının sağlanabileceğii, hem de büyükşehirlerde görev yapan hâkimlerin genelde kıdemli olmaları nedeniyle sık tayin görme ihtimalleri bulunmadığından, uzun süreliğine bu davalara bakmaları nedeniyle Sözleşme uygulamasına dair daha kolay bilgi birikimi sağlayacakları değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Geleceğinin selametinin sağlıklı yetişen nesillere bağılı olduğu gerçeğii inkâr edilemez. Sağlıklı nesil ise huzurlu ve mutlu aile bağlarının mevcudiyetinden gelecektir. Ebeveynler ayrılmış da olsalar çocuklarıyla düzgün, düzenli ve istikrarlı bir iletişim kurmak suretiyle çocuklarına gerekli bakımı ve huzurlu ortamı sağlamak zorundadırlar. İşte bu düşünceden hareketle, çocuğın alışkın olduğu çevresinin aniden değışmesinin önlemesi ve çocuğın her iki ebeveyniyle de şahsi ilişkisinin devam etmesinin sağlanması amacını güden, 1980 Lahey Sözleşmesi'nin etkin biçimde uygulanması bu yüzden önem arz etmektedir. Türkiye, Lahey Sözleşmesi'ni etkin olarak uygulamaya çalışsa da, açıklanan nedenlerin de etkisiyle maalesef, çocukları iade alabilmekten çok genelde çocukları iade eden ülke konumundadır. Bu noktada, çocukların yabancı bir ülkede daha iyi hayat standartlarına sahip olduklarında ülkemizdekinden daha iyi şartlarda büyüyeceklerine dair kanaatimizin de etkisi bulunmaktadır. Oysaki bir çocuk için en iyisi, alıştığı, yaşamaktan memnun olduğu ve kendini yakın hissettiğii ebeveyninin yanında bulunduğu, diğler ebeveyniyle de düzenli bir şahsi ilişki kurabildiğii ortamda büyümesidir. Bir çocuğın başka bir ülkeye iadesi, çocuğın hayatını kökten değıştirmekte, iade edilen çocuğın kültürü,

dini inancı, dili, hayata bakışı, yetiştiriliş tarzı ciddi biçimde etkilenmekte, bu durum ise adaptasyon sorunu ile büyüyen kayıp nesiller yetişmesine neden olabilmektedir. Tüm bu neticeler düşünüldüğünde 1980 Lahey Sözleşmesi'nin etkin biçimde uygulanmasının önemi ortaya çıkmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aysel ÇELİKEL / Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2012.

Bilal KÖSEOĞLU, Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 127, Geliştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2007.

Cemal ŞANLI /Emre ESEN/ İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul, 2013.

Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2011.

Elisa PEREZ-VERA, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention.

Gülören TEKİNALP /Ayfer UYANIK- ÇAVUŞOĞLU, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 2011.

Günseli ÖZTEKİN GELGEL, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2.

İlknur ALTUNTAŞ, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006.

İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No:7, İstanbul, 1999.

Kerem Faruk GİRAY, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul, 2010.

Kerem Faruk GİRAY, 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları, Fasikül Dergisi Özel Sayısı, 2011.

Mehlika AYTAC, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Adalet Dergisi, Sayı:20, 2004.

Nuray EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Kapsamı ve Uygulaması konulu ve 65/2 sayılı Genelge.

GARANTİ SÖZLEŞMESİ

Contract of Guaranty

Yasemin YILMAZ*

ÖZET

Türk hukukunda garanti sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olsa da, kişisel teminat sözleşmelerinin bir türü olduğu konusunda doktrinde fikir birliği vardır. Ayrıca bu sözleşmenin ‘teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi’ ve ‘yönelmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi’ şeklinde iki türü bulunmaktadır.

Garanti sözleşmesine özgü unsurlar Borçlar Kanunu’muzda veya mevzuatımızdaki başka bir kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen; 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği yeni düzenlemelerin bazıları, ilgili kanun maddesinin atfı (TBK md.603) dolayısıyla, garanti sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu yeni hükümler akdedilen her tür garanti sözleşmesine uygulanmayacak, sadece maddede bahsi geçen hallerde uygulanması söz konusu olacaktır. Çalışmamızda kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan garanti sözleşmesi TBK’nın bu sözleşmede meydana getirdiği yeniliklerle birlikte anlatılacak olup sistematığımız ise; öncelikle bu sözleşmenin tanımı, hukuki niteliği, içeriği, taraflar ve tarafların karşılıklı hakları ve borçlarına yer vermek şeklinde olacak ve ardından da, sözleşme konusu rizikonun gerçekleşmesi halinde garanti verenin edimini temin ettiği üçüncü kişiye karşı rücu olanakları, sona erme halleri ile karıştırılması en olası sözleşme tipi olan kefalet sözleşmesiyle ortak ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, teminat sözleşmeleri, garanti sözleşmesinin türleri, kefalet-garanti ayrımı.

ABSTRACT

There is a consent in our doctrine about that the contract of guaranty is a kind of personal security contracts even if its legal characteristic is problematic in Turkish Law. Also, this contract has two kinds; the contract of guaranty (like bail) which aims

* İstanbul Barosu Avukatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, yaseminyilmaz.09@gmail.com

collateral and the (pure) contract of guaranty which aims directing. Even though elements peculiar to the contract of guaranty are not arranged in our Code of Obligations or in our legislation, some of the new practices brought by Turkish Code of Obligations no 6098 which were entered into force in 01.07.2012 will find an execution area accordingly concerned article reference (TBK article 603) in point of the contract of guaranty, too. However, it is necessary to point out that these new decisions will not be practiced in all kind of negotiated contract of guaranty, they will just be in question in given circumstances. In our study, the contract of guaranty which is one of the contracts of personal security will be explained with the innovations brought by TBK (Turkish Code of Obligations) in this contract, and our systematic firstly will be on this contract's definition, its legal characteristic, its content, to allow for party's and parties' mutual rights and debts then, the importance will be given to the possibilities of withdrawing against the stranger who guarantor ensures execution in case the risk comes true and to the common and different aspects of contract of bailing which is the most probable to be misunderstood with its expiry circumstances.

Key Words: The contract of guaranty, act commitment of the stranger, the contract of collateral, the kinds of the contract of guaranty, the difference bailing – guaranty.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Borçlar hukukumuzda hakim olan sözleşme özgürlüğü prensibine göre, taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. (TBK¹ md.26) Bu prensipten hareketle tarafların yapacakları her sözleşme tipinin kanunda düzenlenmiş olması gerekmez. Kanun koyucu bu düzenleme ile günümüz insanının değişen sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarına yetişememe ihtimaline karşı yapılabilecek her türlü sözleşmeyi kanunda düzenlememiş, sadece belli başlı sözleşme tiplerine yer vermekle yetinmiştir. Böylece hem çağımız insanının ihtiyaçları doğrultusunda yapmak zorunda kalacakları sözleşmelerin hukuki dayanağını oluşturmuş hem de bu şekilde sözleşme yapılmasını engellemeyerek oluşabilecek sorunları bertaraf etmiştir.

Garanti sözleşmesi de kanunumuzda düzenleme alanı bulmayan sözleşme-

¹ RG.T. 4/2/2011; S.27836.

lerden biridir. Gerçekten de her ne kadar doktrinde hukuki niteliği tartışmalı olsa da aşağıda etraflıca inceleyeceğimiz şekilde tüm unsurlarıyla ve hükümleriyle düzenlenmiş bir garanti sözleşmesi, ne borçlar kanunumuzda ne de mevzuatımızdaki başka bir kanunda düzenlenmiştir. Aşağıda, çalışmamızın esas konusunu oluşturan garanti sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, kurulması, içeriği, taraflar ve tarafların karşılıklı hakları ve borçları, sona erme halleri ile karıştırılması en olası sözleşme tipi olan kefalet sözleşmesiyle ortak ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır.

I- TANIM

A- Genel Olarak Teminat Sözleşmelerinin Tanımı

Bir kimsenin başka bir kimse karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bütün sözleşmelere, **'teminat sözleşmeleri'** denir². Buradaki tehlikeden kasıt; gelecekte ortaya çıkıp çıkmayacağı şüpheli olan ve ekonomik bakımdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi³ veya beklenen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalidir⁴.

Teminat sözleşmeleri alacaklıya sağladığı teminatın niteliği bakımından **'ayni teminat sözleşmeleri'** ve **'şahsi teminat sözleşmeleri'** olarak ikiye ayrılır:

Alacaklıya ayni bir teminat sağlayan ayni teminat sözleşmeleri taşınır, taşınmaz, alacak veya işletme rehni sözleşmeleri olarak karşımıza çıkar⁵ ve bu sözleşmeler teslim, tescil veya alacağın temlikli yahut rehin cirosu ve teslim gibi bir tasarruf işlemiyle ifa edilince⁶ alacaklı lehine ayni hak doğar. Bununla,

² Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.519; Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II., 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.684; Barlas, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:52, 1986, s.26.

³ Barlas, s.26; Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II., 2.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.447; Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2003, s.38.

⁴ Barlas, s.26; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.519; Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları**, s.38; Tandoğan, s.684.

⁵ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.520.

⁶ Tandoğan, s.688.

borcun vadesinde ödenmemesi yüzünden rehinli alacağın tahsil edilememesi halinde, rehinli alacaklı teminat konusu malı paraya çevirterek, elde edilen meblağdan alacağını öncelikle alma hakkını elde eder⁷.

Teminat sözleşmelerinin diğer bir türü olan şahsi teminat sözleşmelerinde ise alacaklının alacağını tahsil için diğer alacaklılara göre öncelikle yararlanabileceği belli bir malı olmayıp şahsi teminat veren borçlunun haczedilebilir bütün malvarlığı girdiği yükümlülüğün karşılığını oluşturur⁸. Bu sözleşme grubunun başlıca örnekleri ise kefalet, garanti, borca katılma, sigorta sözleşmeleri ile niteliği tartışmalı olan itibar emri ve belgeli akreditiften oluşmaktadır⁹.

Bundan sonraki incelemelerimiz şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olan garanti sözleşmesine ilişkin olmakla birlikte, çalışmamızın devamında konuyu daha iyi anlamak için, bu sözleşme ile benzerliği dolayısıyla kefalet sözleşmesiyle ayrımları üzerinde de durulacaktır.

B- Teminat Sözleşmelerinin Bir Türü Olarak Garanti Sözleşmesinin Tanımı

Garanti sözleşmesinin tanımı doktrinde çeşitli şekillerde yapılmıştır. Bir tanıma göre, garanti sözleşmesi, garanti veren ve garanti alan arasında yapılan ve garanti alanın girişeceği bir işte doğacak tehlikelere karşı, garanti verenin o işten beklenen sonucu garanti ederek, garanti alanı o işe sevk etmek temeline dayalı bir sözleşmedir¹⁰. Bir başka tanıma göre ise, garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse¹¹ sevk etmek gayesi ile müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır¹².

⁷ Oğuzman, M. Kemal / Selici, Özer / Özdemir, Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s.881, 986.

⁸ Tandoğan, s.689.

⁹ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.520; Tandoğan, s.689.

¹⁰ Şahin, Turan, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Ankara, Yetkin Yayınlar, 2010, s.27.

¹¹ Teşebbüs, garanti alanın neticesi belirsiz, müspet veya menfi her türlü davranışdır: Bkz., Reisoğlu, Seza, 'Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar', **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975**, CI, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s.341.

¹² Barlas, s.27; Yavuz, Cevdet /Acar, Faruk /Özen, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12.

Kanımızca ‘garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın belli bir davranışta bulunması veya borç ilişkisi içinde bulunduğu üçüncü kişiye olan borcunu yerine getirmemesi neticesinde oluşacak zararların tehlikesini, bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir’, şeklinde tanımlanabilir. Doktrinde yapılan tanımların garanti sözleşmesinin türlerini ihtiva etmediği göz önünde bulundurulacak olursa, garantinin her iki türünü de kapsayacak nitelikte olması bakımından yaptığımız tanımın daha isabetli olduğu görülecektir.

II- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Garanti sözleşmesi ‘**saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmesi**’ ve ‘**kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesi**’ olmak üzere başlıca iki şekilde yapılabilir.

A- Kefalet Benzeri (Teminat Amaçlı) Garanti Sözleşmesi

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşmedir¹³. Hukukumuzda kefalet şeklinde bir sözleşme tipi düzenlenmiş olmasına rağmen garantiye ihtiyaç duyulmasının nedeni; kefaletin fer’i, garantinin ise asıl borç ilişkisinden bağımsız yani asli bir nitelik taşımasından doğmaktadır¹⁴. Gerçekten de kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği (TBK md.581) halde; garanti sözleşmesinde garanti veren, asıl borç ilişkisinin mevcut olmaması ihtimaline karşılık da güvence verebilmektedir. Böylece kefaletin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceğini düzenleyen TBK md.582 hükmü gereği, borcun mevcut ya da geçerli olmaması ihtimalinde geçersiz olacak kefalet sözleşmesi yerine, garanti sözleşmesi yapılarak bu durum için de güvence sağlanmış olacaktır.

Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s.795.

¹³ Reisoğlu, Seza, **Garanti Sözleşmesi**, s.35; Tandoğan, s.804; Yavuz/Acar/Özen, s.797.

¹⁴ Tandoğan, s.804; Yavuz/Acar/Özen, s.797.

B- Saf (Yöneltmeyi Amaçlayan) Garanti Sözleşmesi

Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi, bir kimsenin (garanti verenin) başkasını (garanti alanı) belli bir davranışa yönlentmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir¹⁵. Tanımdan da anlaşılacağı üzere yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti veren garanti alanın belli bir davranışta bulunmasını sağlamak amacıyla, garanti alan için meydana gelebilecek tehlikeleri üzerine almaktadır¹⁶. Bu türün en tipik örneklerinden birisi kar garantisidir¹⁷. Bu şekilde satılmak istenen hisse senetlerinin yıllık belirli bir oranda kar getireceği garanti edilmektedir.

Garanti sözleşmesinin bu türünde garanti veren garanti alanın kendisiyle (yani garanti verenle) yeni bir hukuki ilişkiye girmesi şeklinde bir davranışta bulunmasını da istemiş olabilir. İşte bu halde *'murtabat (bağlı) garanti sözleşmesi'*nden bahsedilir.¹⁸ Örneğin, bir tükenmez kalem imalatçısı belli miktarda alana münhasır satıcılık yetkisi sağlamayı garanti ediyorsa bu tarz bir garanti sözleşmesi vardır.¹⁹

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ile yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri arasında şu farklar mevcuttur:

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti veren temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için teminat amacıyla garanti vermekte iken; yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde edimi garanti edilen kişinin belli bir davranışta bulunması neticesinde oluşabilecek tehlikelerin sorumluluğu üstlenilmektedir.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde temel ilişkideki alacaklı ile borçlu (garanti sözleşmesi bakımından garanti alan) arasında bir borç ilişkisi

¹⁵ Reisoğlu, Seza, **Garanti Sözleşmesi**, s.35; Tandoğan, s.806; Yavuz/Acar/Özen, s.798.

¹⁶ **YHGK, E. 1980/4-1282, K. 1981/529, T. 24.6.1981**, (www.kazanci.com).

¹⁷ Örneğin, bir ilçede belediyece eczane açılması istenen kişiye eczacılık faaliyetine dayalı olarak belirli bir miktar geliri (örn. Yılda 50.000 TL net gelir) elde edeceği garantisinin verilmesi gibi; eğer eczaneyi açan garanti alan yılda 35.000 TL gelir elde ederse, 15.000 TL'lik fark garanti veren tarafından karşılanacaktır. Bkz., Gümüş, S.454.

¹⁸ Tandoğan, s.806.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Tandoğan, s.806.

vardır; fakat garanti verenin taahhüdü kefalet sözleşmesinden farklı olarak bu borcun geçerliliğine ve varlığına bağlı değildir²⁰. Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde ise böyle bir temel ilişki henüz olmadığı için garantisi verenin borcu, garanti alanın bu temel ilişki kapsamındaki borcundan tamamen bağımsızdır²¹. Yani garanti alan ile garanti veren arasında bir garanti sözleşmesi bulunmakta, ancak garanti alan ile üçüncü kişi arasında herhangi bir temel borç ilişkisi bulunmamaktadır.

III- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Garanti sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafların hak ve borçları ile sona ermesi gibi hususların kanunda düzenlenmemiş olması, haklı olarak sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmaların çıkmasına yol açmıştır ve bu tartışmalar, kanunun 128. maddesinde '*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*' kenar başlığı ile düzenlenen hükümde yoğunlaşmıştır. Doktrinde bu konuda başlıca üç görüş savunulmaktadır:

Bir görüşe²² göre, TBK md.128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinin özel bir türüdür. Garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi de içine alan fakat ondan daha geniş bir kavramdır. Zira başkasının fiilini üstlenme niteliği taşımayan garanti sözleşmesi de akdedilebilir²³.

Bir diğer görüşe²⁴ göre; üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleş-

²⁰ Yavuz, Nihat, Öğretilerde ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, 1. Basım, Ankara, Adalet Kitapevi, 2010, s.18; Tandoğan, s. 808; Yavuz/Acar/Özen, s.798.

²¹ Tandoğan, s. 808; Yavuz/Acar/Özen, s.798.

²² Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.1107; Nomer, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, (6098 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış), Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s.325; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II., Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.406; Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s.393; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.228.

²³ Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.292; Örneğin, Bir kişi bir diğeriyle ona ait işletmenin sözleşmesini yapıldığı yıl belirli bir kar edeceğini garanti eden bir sözleşme yapmışsa, üçüncü kişinin fiilinin söz konusu olmadığı bir garanti sözleşmesi yapılmış demektir: Bkz., Oğuzman/ ÖZ, s.406.

²⁴ Gümüş, s.451; Şahin, s.28; Tandoğan, s.851; Yavuz/Acar/Özen, s.796; Zevkliler, Aydın /

mesinin ortak uygulama alanları olsa da iki müessese birbirinden farklıdır ve üçüncü kişinin filini üstlenme dışında garanti sözleşmelerine rastlanabileceği gibi, garanti sözleşmesi olmayan üçüncü kişinin filini üstlenme ile de karşılaşılabılır. Sonuç olarak garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin filini üstlenme ile bağlantısı olmayan kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir²⁵.

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise; ‘üçüncü kişinin filini üstlenme’ kenar başlığı ile TBK md.128’ de düzenlenmiş olan müessese garanti sözleşmesinden başka bir şey değildir²⁶. Garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin filini üstlenme arasında bir fark olmadığını iddia eden bu görüşün savunucuları, garanti sözleşmesinin TBK md.128’de yani TBK’nın genel hükümler bölümünde düzenlenmiş olmasını eleştirmekte ve bu hükmün TBK’ da özel borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci kısımda düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadırlar²⁷.

Yargıtayın da bu konuda farklı yönde kararları vardır. Bazı kararlarında TBK md.128’de ‘*üçüncü kişinin filini üstlenme*’ kenar başlığı altındaki müessesenin garanti sözleşmesinden başka bir şey olmadığını savunurken²⁸; diğer taraftan bu müessesenin garanti sözleşmesinin bir türü olduğunu kabul ettiği kararları da vardır²⁹.

Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2013, s.657.

²⁵ Hatemi/ Gökyayla, s.293; Yavuz/Acar/Özen, s.796.

²⁶ Tandoğan, s.847; Yavuz/Acar/Özen, s.796.

²⁷ Tandoğan, s.848,849.

²⁸ **Yarg. İct. Bir. K., E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969**, ‘...*teminat mektupları mahiyet olarak Borçlar Kanununun 110.maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.*’ (www.kazanci.com); **Yarg. 11. HD., E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983**, ‘*Teminat mektupları niteliği itibariyle üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.*’ (www.kazanci.com); **Yarg. 15.HD., E. 2011/6750, K. 2012/5214, T. 9.7.2012**, ‘...*bu nitelikteki sözleşme, 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 110. maddesinde sözü edilen “üçüncü kişinin filini taahhüt” niteliğinde bir garanti sözleşmesidir.*’ (www.kazanci.com); **Yarg. 13. HD., E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992**, ‘...*sözleşme hukuki mahiyeti itibariyle BK.nunun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.*’ (www.kazanci.com); **Yarg. 13. HD., E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995**, ‘*Bu sözleşme BK .nun 110. maddesinde sözü edilen «üçüncü kişinin filini taahhüt» niteliğinde bir garanti sözleşmesidir.*’ (www.kazanci.com).

²⁹ **Yarg. 19. HD., E. 1994/4559, K. 1995/5295, T. 13.6.1995**, ‘Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin garanti sözleşmesinin bir türü olduğuna...’ (www.kazanci.com); **Yarg. 13. HD., E. 2002/12569, K. 2003/3985, T. 4.4.2003**, ‘*O nedenle, sözleşmenin hukuki mahiyeti*

Doktrinadaki bu tartışmaya ilişkin olarak, öncelikle üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin aynı müessese olduğunu kabul ettiğimizde dahi, TBK md.128'deki tanımın yetersizliği göz önünde bulundurulacak olursa; garanti sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, içeriği, taraflar ve tarafların karşılıklı hakları ve borçları ile sona erme halleri gibi hususlarının TBK'da veya mevzuatımızdaki başka bir kanunda düzenlenmediği aşikardır. Bu noktada garanti sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından 128. maddenin konuluş amacı, garanti sözleşmesinin özellikleri gibi hususlara dikkat edilerek değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinin konuluş amacı özel bir sözleşme tipi olan garanti sözleşmesini düzenlemek olmayıp üçüncü bir kişinin fiilini üstlenmenin mümkün olduğunu göstermektir. Halbuki 128.maddede böyle bir düzenleme olmasaydı dahi TBK md.26 gereği taraflar sözleşme serbestisine dayanarak üçüncü kişinin fiilini üstlenebilirdi. Eğer bu madde garanti sözleşmesini düzenlemek için getirilmiş olsaydı doğrudan garanti sözleşmesinin unsurlarını kapsayacak şekilde düzenleme yoluna gidilirdi. 128.maddedeki mevcut düzenleme ise garantinin iki türünü de ihtiva eder nitelikte olmayıp sadece teminat amaçlı garanti sözleşmesine ilişkindir. Nitekim üçüncü kişinin fiilinin başkasına karşı üstlenilmesi, onu bu fiili yapmaya yöneltmeyeceği için yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinden bahsedilemez. Ayrıca özel bir sözleşme tipi olarak garanti sözleşmesi düzenlenecek olsaydı bunun kanun sistematiğindeki yeri TBK'da '*Genel Hükümler*'in düzenlendiği birinci kısımda değil, '*Özel Borç İlişkileri*'nin düzenlendiği ikinci kısımda olurdu. Tüm bu nedenlerden dolayı TBK md.128'de düzenlenmiş olan '*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*' müessesesini garanti sözleşmesine eşit sayan görüşe katılmak mümkün değildir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi TBK md.128 teminatı amaçlayan garanti

itibariyle BK.nın 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu açıktır.' (www.kazanci.com); **Yarg. 11. HD., E. 2004/2269, K. 2004/11663, T. 29.11.2004, 'O halde mahkemece, davalının yükümlülüğünün kefalet sözleşmesini dahi aşan şekilde BK.nın 110. maddesi anlamında başkasının fiilini taahhüt başlığı altında düzenlenen garanti sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.' (www.kazanci.com).**

sözleşmesine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Bundan hareketle doktrinde savunulan ‘*üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinin özel bir türüdür*’ görüşüne bu noktada katılmaktayız. Ancak diğer taraftan da bu maddenin garantinin özel bir türü olduğunu kabul ettiğimizde dahi bu, garanti sözleşmesinin tüm hususlarıyla kanunda düzenlendiği ve dolayısıyla da kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olmadığı anlamına gelmediğinden eksik olduğunu düşündüğümüz bu görüşe de tam anlamıyla katılmak mümkün gözükmemektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi arasında bazı noktalar açısından benzerlik olsa da, bu iki sözleşme tipinin aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Yani garanti sözleşmesi niteliği taşımayan üçüncü kişinin fiili üstlenme³⁰ halleri olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyen garanti sözleşmeleri³¹ de mevcuttur. Açıkladığımız bu gerekçelerden de anlaşılacağı üzere garanti sözleşmesi kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliğini inceledikten sonra uygulamadaki önemine binaen teminat mektuplarından da bahsetmek gerekir. Banka teminat mektuplarının günlük hayatta yapılan en tipik garanti sözleşmesi örneği olduğu söylenebilir. Gerçekten de her ne kadar banka teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı³² olsa da baskın görüş³³ ve Yargıtay içtihatları³⁴ bunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatindedir.

³⁰ Örneğin; (A)’nın fakir bir sanatkar arkadaşı olan arkadaşı (B)’ye onun eserlerinin (C) tarafından belirli bir fiyatla satın alınacağını aksi halde aradaki farkı kendisinin ödeyeceğini taahhüt etmesi durumunda üçüncü kişinin fiilini üstlenme, koşula bağlanmış bir bağışlama vaadi şeklinde gerçekleşmiş olmaktadır: Bkz., Yavuz/Acar/Özen, s.796, 797.

³¹ Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri bu özelliكتedir.

³² Doktrinde teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda kefalet, garanti veya karma sözleşme olduğu yönünde başlıca üç görüş benimsenmiştir. Barlas ise bu konuda banka teminat mektuplarının tamamının kefalet veya garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesini isabetli bulmayıp taşıdığı özelliklere göre her bir teminat mektubunun belli ölçülere göre ayrı ayrı incelenmesinin gerektiğini ve bunun sonucunda da teminat mektuplarının kefalet, garanti veyahut kefalet ve garantinin özelliklerini aynı anda bünyesinde barındıran karma sözleşme şeklinde yapılabileceği kanaatindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Barlas, s. 44 vd..

³³ Akyol, Şener, ‘Banka Sözleşmeleri’, **Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül)**, İstanbul, Afa Matbaacılık, 2001, s.162

³⁴ **Yarg. 11. HD., E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983**, ‘*Teminat mektupları niteliği iti-*

IV- GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE EHLİYET

A- GENEL OLARAK

Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olsa da bu sözleşme ile benzerlik gösteren kefalet sözleşmesinin düzenlendiği TBK'nın ikinci kısmının on beşinci bölümünde 603. maddede '*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*' denilmek suretiyle garanti sözleşmesi hakkında da söz konusu kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiş olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu md.603'ün lafzından da anlaşılacağı üzere, bu madde sadece gerçek kişilerce yapılan bu tarz sözleşmelere uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle, söz konusu sözleşme tüzel kişilerce yapılıyorsa şekil ve ehliyet yönünden burada öngörülen herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan yapılabilecektir. Kısaca belirtmek gerekirse, garanti sözleşmesinin gerçek ya da tüzel kişilerce yapılmış olması şekil ve ehliyet bakımından farklılık gösterecektir.

B- GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

Türk Borçlar Kanunu md.12'ye göre sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kuraldan ancak kanunda aksine bir düzenleme varsa vazgeçilebilecektir. TBK md. 603 bu genel kuraldan sapmayı gerektirecek nitelikte bir hüküm olduğu için, bu maddenin uygulama alanı bulunduğu hallerde TBK md.12 gereği şekil serbestisi değil, söz konusu alanda kefalet sözleşmesinin şeklinin düzenlendiği md.583 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Türk Borçlar Kanunu md.583'e göre; kefalet sözleşmesi dolayısıyla da garanti sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça, sorumlu olunacak azami miktar

barıyla üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.' (www.kazanci.com); **Yarg. 11. HD., E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990, 'Türk Hukukunda, banka teminat mektuplarının bir garanti sözleşmesi olduğu artık yerleşmiş bulunmaktadır....' (www.kazanci.com); **T.13.12.1967 , E.1966/16 , K.1967/7 ve T.11.6.1969, 1969/4-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları** (www.kazanci.com)**

ile tarih belirtilmedikçe ve borç altına giren tarafından imzalanmadıkça geçerli olmaz. Ayrıca azami miktar ile tarihin kefilin (garanti sözleşmesinde garanti verenin) kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesi için öngörülen adi yazılı şekil gerçek kişilerce yapılan garanti sözleşmeleri bakımından da söz konusu olacaktır.

C- GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE EHLİYET

Garanti sözleşmesi kural olarak genel ehliyet kurallarına tabidir. Ancak kefalet sözleşmesine ilişkin TBK md.584/f.1 düzenlemesine göre, eşlerden birinin kefil olması halinde haklarında ayrılık kararı verilmedikçe veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça diğer eşin yazılı rızasını almak zorundadır, şeklinde düzenlenen hükmün TBK md. 603'ün atfı nedeniyle garanti sözleşmesine de uygulanması gerekeceğinden maddede sayılan hallerde eşin yazılı rızası garanti veren için de aranacaktır. Bu nedenle ehliyetle ilişkin bu sınırlamaya uyulmadan yapılacak garanti sözleşmeleri kesin hükümsüz olacaktır.

Gerçek kişilerce verilen kişisel güvencelerde kural, md.584/f.1 gereği eşin rızasının aranması olsa da, maddeye eklenen istisna niteliğindeki 3.fıkra³⁵ gereği bu fıkra sayılanlar bakımından bu kural uygulanmayacak ve eşin rızası aranmayacaktır. TBKmd.584/f.3'te belirtildiği üzere, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler (*garanti sözleşmesi bakımından garantiler*), mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler(*garanti sözleşmesi bakımından garantiler*), 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler (*garanti sözleşmesi bakımından garantiler*) ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler (*garanti sözleşmesi bakımından garantiler*) için eşin rızası aranmaz.

³⁵ Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 md.

Ehliyete ilişkin diğerk bir sınırlama da sınırlı ehliyetsizler bakımından söz konusu olmaktadır. Yasak işlemler kenar başlığı ile ‘*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.*’ şeklinde düzenlenen MK³⁶md.449 hükmüne göre, vesayet altındaki küçükler ve kısıtlıların kefil olması mümkün değildir. Kefil olma yasağı, MK md.342/f.3 hükmüyle yapılan atıf dolayısıyla velayet altındaki küçükler için de geçerlidir..

Görüldüğü gibi ‘*kefil olma*’ sınırlı ehliyetsizler bakımından yapılması yasak olan işlemlerden biridir. Bu noktada TBKmd.603’ün yaptığı atfı dikkate alarak söz konusu bu istisnayı garanti sözleşmesi bakımından da uygulamak gerekir mi; yoksa istisnalar dar yorumlanır denilerek bu hüküm göz ardı mı edilir? Burada sınırlamanın getiriliş amacından yola çıkarak bu sorunun cevaplanması gerekmektedir. Buna göre, fer’i nitelikte olan kefalet sözleşmesi bakımından kefil için böyle bir korumanın kabul edilip de, bağımsız nitelik arz eden ve kefile göre daha ağır şartlarda teminat veren garanti veren bakımından bunun kabul edilmemesi kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Sonuç olarak, TBKmd.603’ün yaptığı atıf bu hüküm bakımından da geçerli olacak ve kefalet sözleşmesindeki ehliyete ilişkin bu sınırlama garanti sözleşmesinde garanti veren için de aranacaktır

V- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A- Garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek amacı

Garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek amacıyla, onun bu hareket tarzının neden olabileceği zararları tazmin etmeyi üstlenir³⁷.Bu davranış olumlu bir eylemde bulunmak şeklinde olabileceği gibi olumsuz eylem (kaçınma) şeklinde de olabilir.

Garanti sözleşmesinin sebebi, yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi bakımından garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek iken; teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde ‘*teminat*’tır.

Garanti sözleşmesinin bu unsuru olmazsa, yani bir kimseyi belli bir davra-

³⁶ RG.T. 8/12/2001; S.: 24607.

³⁷ Şahin, s.28; Tandoğan, s.809.

nişaya yöneltme amacı olmadan onun bu teşebbüsünün risklerinin bir ivaz karşılığında üstlenilmesi durumunda sigorta sözleşmesi veya kumar ya da bahis niteliğini, ivazsız olarak üstlenilmesi durumunda da şarta bağlı bir bağışlama niteliğini taşıyabilir³⁸.

B- Garanti alanın hareket tarzından doğacak tehlikenin üstlenilmesi

Garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek, özellikle onun alacaklı olarak bir borç ilişkisine girişmesini teminat altına almak için bu hareket tarzından veya borç ilişkisinden doğacak tehlikeleri, rizikoları karşılamayı üstlenir³⁹. Yukarıda '*şekil ve ehliyet*' başlığı altında belirttiğimiz bilgiler doğrultusunda garanti veren, garanti alan için gösterdiği azami teminat miktarını el yazısı ile belirtmek zorundadır. Aksi taktirde geçerli bir garanti sözleşmesinden bahsedilemez.

Garanti veren, yanılma veya ehliyetsizlik ya da zaman aşımına uğramış bir borç nedeniyle borçlunun (garanti alanın) sorumlu olmadığı bir borç için de güvence verebilir. Gerçekten de TBKmd.582/f.2'ye göre; garanti veren yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği bilmesi şartıyla yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için de güvence verebilir⁴⁰. Maddenin devamına göre, zaman aşımına uğramış borçlar için de aynı kural söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu md.582/f.2'nin uygulanması bakımından yapılacak sözleşmenin garanti mi yoksa kefalet mi olduğu konusu üzerinde durmak gerekir. TBK md.582/f.1' de belirtildiği şekilde kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Md.582/f.2 hükmünü sözleşmenin askıda

³⁸ Tandoğan, s.811

³⁹ Şahin, s.30; Tandoğan, s.811; Yavuz/Acar/Özen, s.799.

⁴⁰ Esas borçlunun aldatılması veya korkutulması sebebiyle bir geçersizlik söz konusuysa, bu durumu bilerek kefil olan kişinin durumu TBK md.582/f.2'nin kapsamına girmez. TBK md.582/f.2 bu olasılıklarda kıyas yoluyla da uygulanmaz. Aldatan veya korkutan davranışlar haksız fiil niteliği taşıdığı için, bu tür davranışların yol açtığı geçersizlik esas borçlunun yanılmasına dayanan geçersizlikle bir tutulmamıştır. Aldatmaya veya korkutmaya dayanan bir borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi, ahlaka aykırı olarak görülmüştür. Nitekim hukuka ve ahlaka aykırı bir borcun konusunu oluşturan edimin garanti edilmesi de, hukuka ve ahlaka aykırı olarak nitelendirilir. Bkz., Özen, Burak, **Kefalet Sözleşmesi: Özel-likler, kuruluşu, türleri**, 2.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, a.g.e., s.107, 108.

hükümsüz olduğu haller⁴¹ bakımından iptal edilebilirlik olarak ele aldığımızda şarta bağlı kefalet sözleşmesi olarak ayakta tutmak mümkün olsa da iptal edilebilme şartının gerçekleşmemesi ihtimalinde asıl borç ilişkisinin geçersiz olması, fer'i nitelikte olan kefalet sözleşmesinin de geçersiz olmasını sonuçlayacaktır. Buradan hareketle yanılma veya (sınırlı) ehliyetsizlik halleri için güvence verilmesini, kefalet sözleşmesinde fer'iliğin istisnası olarak kabul etmek yerinde olmayacaktır. Nitekim fer'ilik kefalet sözleşmesinde tavizsiz uygulanması gereken bir ilkedir⁴². Tüm bu nedenlerden dolayı TBK md.582/f.2'yi garanti sözleşmesi olarak kabul etmek gerekmektedir⁴³.

Türk Borçlar Kanunu md.582/f.2'nin son cümlesinde zaman aşımı bakımından da aynı kuralın getirildiğini daha önce belirtmiştik. Ancak zaman aşımını yanılma veya ehliyetsizlik hallerinden ayıran noktaya dikkat etmek gerekir. Nitekim yanılma veya ehliyetsizlik hallerinde asıl borç ilişkisi geçersiz olduğu için, güvencenin verildiği sözleşmenin de kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince geçersiz olacağı ve bundan dolayı da taraflar arasındaki sözleşmenin garanti olduğu sonucuna varılmıştı. Zaman aşımına uğrayan borç ise geçersiz bir borç olmayıp eksik borç niteliğindedir. Bu nedenle zaman aşımına uğramış esas borcun, fer'ilik ilkesi çerçevesinde, tipik bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması mümkündür⁴⁴. TBK md.591/f.1'e göre '*kefil, asıl borçluya veya mirasçularına ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*' Bu hükme göre asıl borcun zaman aşımına uğraması

⁴¹ **Oldukça ağırlıklı bir görüşe göre;** esas borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin askıda hükümsüz olduğu haller dışında TBKmd.582/f.2 uygulanmaz. Hatta söz konusu ilişkinin askıda hükümsüz olduğu her durumda değil, sadece TBKmd.582/f.2' de belirtilen askıda hükümsüzlük durumlarında TBKmd.582/f.2'nin uygulanması mümkündür. O halde esas borçlunun yanılması veya sınırlı ehliyetsizliğinden kaynaklanan askıda hükümsüzlük hallerinde, TBK md. 582/ f.2'de ele alınan türden bir kişisel teminat verilebilir. Bu askıda hükümsüzlük hallerine esas borcun zaman aşımına uğraması olgusunu da eklersek, TBKmd.582/f.2'de tüketici olarak sayılan bütün halleri belirtmiş oluruz.Bu haller dışında TBKmd.582/f.2 uygulanamayacak, bir başka deyişle, hükmün uygulama alanı kıyas yoluyla genişletilemeyecektir. Bkz., Özen, s.109.

⁴² Özen, s.101.

⁴³ Söz konusu hükmün karma sözleşme oluşturduğunu savunan görüş için bkz., Özen, s.100-104.

⁴⁴ Özen, s.108.

halinde, kefil zaman aşımı definden yararlanabilir. Ancak TBK md.591/ f.1 son cümlesine göre kefil zaman aşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefil olmuşsa bu hüküm uygulanmaz. Aynı hüküm yanılma ve ehliyetsizliği bilerek kefil olma hali için de geçerlidir. O halde zaman aşımı olgusunu bilerek sorumluluk üstlenen kefilin, esas borcun zaman aşımı nedeniyle elde edilememesi rizikosuna karşı garanti vermek iste- diği kabul edilebilir⁴⁵.

C- Bağımsız yükümlülük altına girme

Garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında yapılan ve ga- ranti alanla üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiden tamamen bağımsız bir söz-leşmedir⁴⁶. Garanti sözleşmesinin bağımsız olması, bu sözleşmeyi fer'i borç yükleyen kefalet sözleşmesinden ve bazı sözleşmelerdeki fer'i teminat yüküm- lülüklerinden⁴⁷ ayırt edilmesi bakımından önem arz eder.

Bir hakkın diğer bir hakka bağlılığı olarak tanımlanan fer'ilik söz konusu olunca bir borcun varlığı, kapsamı ve sona ermesi başka bir borca bağlı olur⁴⁸. Gerçekten de kefalet sözleşmesinin geçerli olması asıl borç ilişkisinin geçerli olmasına bağlı olduğu için kefilin borcu fer'i niteliktedir. Garanti sözleşmesi ise garanti alanın üçüncü kişilerle yapacağı borç ilişkisinin geçerli olmasına bağlı olmadığı gibi bizzat bu hukuki ilişkinin geçersiz olması durumu için de güvence verilebilir. Daha önce de belirttiğimiz şekilde, TBK md.582/f.2 söz konusu olunca garanti veren yanılma veya ehliyetsizlik hallerinde asıl borç ilişkisi geçersiz olmasına rağmen güvence temin edebilmektedir. Başka bir deyişle, garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmesi, onun yüküm- lülüğünün başka bir borcun varlığına, geçerliliğine dava ve takip edilebilir ol-

⁴⁵ Özen, s.108.

⁴⁶ Canbolat, Ferhat / Topuz, Seçkin, 'Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.78, 2008, s.57; Şahin, **a.g.e.**, s.31. Bağlı (murtabit) garanti sözleşmelerinde bağımsızlık unsurunun bulunup bulunmadığı ko- nusu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tandoğan, s.813 vd..

⁴⁷ Tandoğan, s.812.

⁴⁸ Develioğlu, Hüseyin Murat **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.112.

masına ve ayrıca hukuken ileri sürülebilir olmasına bağlı olmaması demektir⁴⁹.

Garanti sözleşmesinin bağımsız olmasının sonucu olarak garanti veren, garanti alanla üçüncü kişi arasındaki asıl borç ilişkisinden doğan defi ya da itirazları ileri süremez⁵⁰. Yani borcun mevcut olmadığını, sözleşmenin iptal edilmiş olduğunu, sözleşmeden dönülmüş olduğunu, borçlunun ödemezlik defi ileri sürebileceği gibi sebeplere dayanarak ifadan kaçamaz⁵¹.

D- İvazsızlık

Garanti sözleşmesinde garanti verenin ivazsız olarak yükümlülük altına girmesinin sözleşmesinin esaslı bir unsuru olup olmadığı ve böyle bir unsura sözleşmenin tanımında yer verilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır⁵². Bir görüş⁵³ ivazsızlığın garanti sözleşmesinin esaslı bir unsuru olduğunu savunurken, diğer bir görüş⁵⁴ ise bu sözleşmenin ivazlı da olabileceğini savunmaktadır. Genel olarak garanti sözleşmesinin garanti verene borç yüklediği fakat bazı durumlarda ivazlı olabileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

Garanti sözleşmesinde ivazın kararlaştırılabileceğini savunan yazarlar tarafından verilen örneklerden hareketle, bu sözleşmede ivaz genellikle garanti alan tarafından taahhüt edilmemekle birlikte, garanti sözleşmesi garanti alan için garanti edilen teşebbüse girişmek yükümlülüğünü de doğurmamaktadır⁵⁶. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

İvazsızlığın sözleşmede belirtilmesi bakımından ise, garanti veren gerçek kişiye sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, sorumlu olunan azami miktar ile

⁴⁹ Şahin, S.32; Tandoğan, s.812.

⁵⁰ Kayak, Sevgi, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.173.

⁵¹ Kayak, s.173.

⁵² Tandoğan, s.815.

⁵³ Tandoğan, s.815'ten naklen; Reisoglu, Seza, **Garanti Mukaveleleri**, Ankara, 1963, s.22-25; Tandoğan, s.815'ten naklen; Stammer, Rudolf, **Der Garantieverdrag**, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69 (1866), s. 1 vd..

⁵⁴ Tandoğan, s.815'ten naklen; Guggenheim, Edwin, **Der Garantieverdrag**, Zurich, 1917, s.15-19

⁵⁵ Şahin, s.33; Tandoğan, s.815.

⁵⁶ Tandoğan, s.816.

tarihin garanti verenin kendi el yazısıyla belirtmesi ve imzanın atılması aranmakla birlikte kanunda ivazsızlığın belirtilmesine ilişkin herhangi bir hüküm olmadığı için ivazsızlık şeklin kapsamına dahil olmayacaktır. Tüzel kişinin garanti vermesi halinde ise sözleşme şekle tabi olmadan yapılabileceği için, ne sorumlu olunan azami miktar ile tarihin ne de ivazsızlığın sözleşmede belirtilmesi gerekecektir.

VI- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE BENZER VE FARKLI ÖZELLİKLERİ

A- Genel olarak

Şahsi teminat türleri arasında yer alan kefalet ile garanti sözleşmesi rizikonun üstlenilmesi suretiyle güvence verilmesi bakımından benzerlik gösterir. Ancak iki sözleşme tipine uygulanacak hükümler, tarafların hakları ve borçlarının tespiti ile sorumluluğun kapsamı bakımından farklı olması nedeniyle, bunlar arasındaki ayrımın doğru yapılması önemlidir.

Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi ile kefaletin birbirinden ayrılması kolaydır. Bu kolaylık sözleşmelerin farklı amaçlara hizmet etmesinde kendisini gösterir. Nitekim kefalet sözleşmesi ile kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonucu olarak alacaklının uğrayacağı zararı tazmin yükümlülüğünü üstlenmekte iken; yöneltmeyi amaçlayan garantide, garanti veren garanti alanı belli bir davranışı yapmaya yönelmekte ve bu davranış neticesinde bir zarara uğrarsa bunu karşılamayı üstlenmektedir. Bu iki sözleşmeyi ayırt etmek bakımından sözleşmelerin amaçlarından hareket etmek oldukça kolaylık sağlamakla birlikte; kefalet ile garantiyi ayırt etmeye yarayan iki sözleşme arasındaki temel farklardan da yararlanılabilir.

İki sözleşme arasındaki benzerlik daha çok kefalet ile garantinin diğer bir türü olan teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi bakımından kendisini gösterir. Gerçekten de her iki sözleşme de bir kişinin, borç ilişkisine girdiği kişiye karşı üstlendiği edimi neticesinde doğabilecek tehlikelinin güvence altına alınması şeklinde yapılmaktadır. Bu açıdan benzer olsalar da, doğal olarak ayrı sözleşme tipi oldukları için nitelikleri gereği farklılıklar söz konusudur. Aşa-

ğıda iki sözleşme tipinin ayırt edilmesini sağlayacak farklar üzerinde etraflıca durulacaktır.

İki sözleşme arasındaki farklara geçmeden önce sözleşmelerin yorumuna ilişkin olarak TBK md.19 hükmüne değinmek gerekir. Bu hükme göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların sözleşmeyi nasıl adlandırdığı ve sözcükleri ne şekilde kullandığı önem arz etmeyip tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre bir değerlendirme yapılır. Bundan hareketle, bir sözleşmenin kefalet veya garanti olduğunun tespiti bakımından tarafların sözleşmeyi nasıl nitelendirdikleri ve sözleşmede hangi sözcükleri kullandıkları önem taşımamakta⁵⁷, tarafların müşterek iradesinin tespiti yoluyla değerlendirme yapılmaktadır.

B- Garanti sözleşmesini kefaletten ayıran başlıca özellikler

1- Aslilik- fer’ilik özelliği

Kefalet sözleşmesini garantiden ayırt etmeye yarayan en önemli husus kefilin borcunun fer’i, garanti verenin ise asli nitelikte olmasıdır⁵⁸. Gerçekten de TBK md.582/ f.1’e göre kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ayrıca gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefa-

⁵⁷ **Yarg. HGK, 2001/19-534 E., 2001/583**, ‘Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın, garanti beyanı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir.’ (www.kararara.com); **Yarg. 13. HD., E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995**, ‘Bir sözleşmenin yorumunda; her iki tarafın gerek yanlışlıkla, gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmayarak, onların gerçek ve ortak amaçlarını objektif iyi niyet kuralları altında değerlendirmek, gerçek istek ve iradelerini belirlemek önemlidir. Davalı bankanın; yüklenici firmanın edimlerinden dolayı ortaya çıkacak ekonomik açıdan zararlı eylemlerinin rizikosunu (tehlikesini) davacıya karşı sözleşme ile garanti etmesi halinde, bu sözleşme BK. ’nın 110. maddesinde sözü edilen “üçüncü kişinin filini taahhüt” niteliğinde bir garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren işin tehlikelerini (riskini) fer’i olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tümüyle üzerine almaktadır. BK. ’nın 110. maddesinde sözü edilen zarar olumlu (müspet) zarardır ve zararın ortaya çıkması ile muaccel olur.’ (www.kazanci.com).

⁵⁸ **Yarg. 15. HD, E. 2011/6750, K. 2012/5214, T. 9.7.2012**, ‘Garanti sözleşmesi fer’i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren işin tehlikelerini bağımsız bir yüklenimle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.’ (www.kazanci.com).

let sözleşmesi kurulabilir. Borç doğmadan ya da koşul gerçekleşmeden hüküm ifade etmediği için bu durum fer'ilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Başka bir ifade ile, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki temel borç ilişkisi herhangi bir nedenle geçersiz olursa ya da ortada mevcut bir borç yoksa bunun için yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Halbuki garanti sözleşmesinin geçerliliği ise garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisinin geçerliliğine bağlı olmayıp bağımsız bir sözleşme niteliği taşımakla birlikte, bizzat bu borcun geçersiz olması ihtimaline karşılık da garanti sözleşmesi yapılabilmektedir.

Fer'iliğin sonucu olarak kefil asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürmek zorunda (TBK md.591/f.1) iken; garanti veren asıl sözleşmeden doğan defi ve itirazları ileri sürme hakkından yoksun olup, garanti sözleşmesinde öngörülen şartlar gerçekleştiğinde ödeme yapmak zorundadır⁵⁹.

Yukarıda kefalet ile teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin benzer yanlarının olduğunu ancak farklı sözleşme tipi oldukları için kendilerine has özelliklerinin olduğunu söylemiştik. Bu iki sözleşmeyi ayırt edilmesi bakımından fer'ilik garantiyi kefaletten ayıran en önemli kıstastır⁶⁰. Bu nedenle sözleşmenin fer'i nitelikte olup olmadığına tespiti önem arz etmektedir. Bu noktada çoğu zaman teminat borçlusunun borcunun fer'i veya bağımsız niteliği sözleşme metninden anlaşılammakta alt kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Sözleşme metninde temel borç ilişkisine atıf yapılması tek başına borçlunun taahhüdünün fer'i olduğu sonucunun kabulüne yol açmamakla⁶¹ birlikte, fer'ilik bakımından bir karine teşkil eder⁶². Bunun sonucu olarak da başka unsurlar asli bir yükümlülüğün varlığını gerektiriyorsa, fer'ilik karinesi ortadan kalkar⁶³.

⁵⁹ Develioğlu, s.125.

⁶⁰ Gümüş, s.456.

⁶¹ Gümüş, s.456.

⁶² Yavuz, Nihat, s.21; Tandoğan, s.823.

⁶³ Tandoğan, s.823.

Tartışma ve bölme defilerinden feragate dair kayıt, diğer defilerden feragatle birlikte olmadıkça kefaletin varlığına işaret eder⁶⁴. Defi ve itirazlardan tamamıyla feragati gösteren beyanlar ise asli teminatın belirtisidir⁶⁵. Yani güvence veren kişi defi ve itirazlardan tamamen feragat etmişse garanti sözleşmesi söz konusudur.

Teminat sözleşmesinde teminat borçlusunun asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumluluk üstlenmesi ve teminat borçlusunun asıl borçluya rücu hakkını alacaklının tam olarak tatmin edilmesine bağlayan ve benzeri kayıtlar, garanti sözleşmelerinde mutad olmadığı için kefalet sözleşmesinin varlığını ortaya koyarken; teminat borçlusunun ancak asıl borçlunun borcunu yerine getirmediğini gösterir belgelerin ibrazı üzerine ifade bulunacağı yönündeki kayıtlar bir garanti sözleşmesinin varlığına işaret eder⁶⁶.

Edimi güvence altına alınan kişinin sorumlu olmadığı haller için (beklenmeyen hal gibi) de güvence verilmişse, yani güvence veren, borçlu gibi yükümlülük altına girmeyip, güvence alanın teşebbüsünden dolayı hiçbir suretle zarara uğramamasını üstlenmişse asli borç üstlenilmiş demektir ve bu durumda da kefalet değil, garanti sözleşmesi söz konusudur⁶⁷.

Tüm bu kıstaslara rağmen bir sözleşmenin kefalet mi yoksa garanti mi olduğu tespit edilemiyorsa, borçlu lehine yorum ilkesi gereğince teminat gösteren kişiyi daha çok koruyacağı için kefalet sözleşmesi olduğu yönünde yorum yapmak gerekir.

2- Sözleşmenin şekli bakımından

Türk Borçlar Kanunu md.583/f.1'e göre, kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Ayrıca kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunması durumunda buna ilişkin beyanın kefalet söz-

⁶⁴ Barlas, s.35; Tandoğan, s.827.

⁶⁵ Tandoğan, s.824, Örneğin; 'Herhangi bir defide bulunmaksızın ödenecektir.', 'Her türlü itiraz ve defi bertaraf edilmiştir.' gibi kayıtlar bu beyanlara örnek gösterilebilir.

⁶⁶ Yavuz, Nihat, s.24; Gümüüş, s.458, 459.

⁶⁷ Tandoğan, s.827, 828.

leşmesinde kefilin kendi el yazısı ile yazılıp imzalanması şarttır. Garanti sözleşmesi ise yukarıda belirttiğimiz şekilde, garanti veren gerçek kişi ise TBK md.603'ün yönlendirmesi gereği kefaletin şekline uygun olarak yapılması gerekir. Garanti verenin tüzel kişi olması halinde ise şekle tabi olmadan garanti sözleşmesi yapılabilecektir.

3- Ehliyet bakımından

Kefalet sözleşmesi bakımından genel ehliyet kuralları geçerlidir. Ancak MK'da '*kefil olma*' sınırlı ehliyetsizlere ilişkin olarak '*yasak işlem*'lerden sayıldığı için bu kişilerin kefalet sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Ayrıca TBK'nın kefalete ilişkin hükümlerinin düzenlendiği ikinci kısmının on beşinci bölümünde md.584'te '*eşin rızası*' kenar başlığı ile kefil olma ehliyetine kural olarak bir sınırlama daha getirilmiş olmaktadır. Söz konusu sınırlamalar, TBK md.603'ün atfıyla gerçek kişilerce garanti sözleşmesi yapılması durumunda da uygulama alanı bulacaktır. Garanti verenin tüzel kişi olması halinde ise kefaletle ilişkin sınırlamalara uyulmayıp tamamıyla genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

4- Rücu bakımından

Türk Borçlar Kanunu md.596'ya göre kefil alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Görüldüğü gibi kefile rücu hakkı kanun tarafından tanınmakta iken garanti veren bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu konu aşağıda etraflıca inceleneceğinden burada sadece iki sözleşme arasındaki bu farkı belirtmekle yetiniyoruz.

VII- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

A- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

1- Genel olarak garanti sözleşmesinde tarafların hakları ve borçları

Garanti sözleşmesinin, kural olarak tek tarafa (garanti verene) borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile garanti veren, garanti alanın belli bir davranışından, bir girişiminden doğan rizikonun gerçekleşmesi halinde onun

uğrayacağı zararı tazmin etme borcu altına girer⁶⁸. Buna karşılık garanti alanın garanti verence kendisinin yöneltmek istenildiği davranışta veya girişimde bulunmak hususunda ona karşı bir yükümlülüğü yoktur⁶⁹. Görüldüğü gibi garanti verenin 'tazminat ödeme borcu' ile garanti alanın 'tazminat isteme alacağı' garanti sözleşmesinin temel hak ve borcunu oluşturmaktadır.

Garanti alanın veya edimi garanti edilen üçüncü kişinin (teşebbüsü) davranışları ve teşebbüsün gidişi hakkında, garanti verene karşı hesap verme yükümlülükleri ve garanti verenin de onları denetleme hakkı genellikle bulunmamaktadır⁷⁰. Ancak garanti veren ile garanti alan arasında ayrı bir akdi ilişki varsa, bu ilişki kapsamında garanti verene denetleme hakkı verilebilir⁷¹.

2- Garanti verenin tazminat borcu

a- Tazminat borcunun içeriği ve niteliği

Garanti veren garanti alanın belli bir davranışına veya girişimine ilişkin olarak göstermiş olduğu teminat kapsamında, rizikonun gerçekleşmesi halinde doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Burada müspet zararın tazmininin söz konusu olduğu Yargıtay⁷² ve öğreti tarafından kabul edilmektedir⁷³.

Garanti verenin sorumluluğu kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğu olduğu için garanti veren rizikonun meydana gelmesinde kusurunun olmadığını ispat ederek de sorumluluktan kurtulamaz⁷⁴.

b- Tazminat borcunun muaccelliği; rizikonun gerçekleşmesi

Garanti verenin tazminat borcu, garanti sözleşmesinde başka türlü kararlaştırılmamışsa, garanti edilen rizikonun gerçekleşmesi ve bu rizikonun konusunu

⁶⁸ Tandoğan, s.853; Yavuz/Acar/Özen, s.799.

⁶⁹ Tandoğan, s.853; Yavuz/Acar/Özen, s.799.

⁷⁰ Tandoğan, s.853.

⁷¹ Tandoğan, s.854, Örneğin; Bir holdingin yavru ortaklığın edimi için teminat vermesi halinde, çoğu zaman onun yavru ortaklığı üzerinde fiili ve hukuki denetimi vardır.

⁷² Yarg. 13.HD., E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995,(www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., E. 2011/6750, K. 2012/5214, T. 9.7.2012,(www.kazanci.com); Yarg. 19. HD., E. 1994/4559, K. 1995/5295, T. 13.6.1995, (www.kazanci.com).

⁷³ Tandoğan, s.855.

⁷⁴ Reisoğlu, Seza, **Garanti Sözleşmesi**, s.348; Tandoğan, s.856.

oluşturan zararın ortaya çıkmasıyla muaccellik kazanır⁷⁵. O halde sözleşmenin kurulduğu anda garanti verenin borcu doğmamış olacağından garanti alan ona karşı herhangi bir talepte bulunamayacaktır⁷⁶. Riziko gerçekleştikten sonra garanti alanın zararının tazminini isteyebilmesi için rizikonun gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir⁷⁷.

c- Garanti verenin tazminat borcunun kapsamı

Türk Borçlar Kanunu md.603'ün yaptığı atıfla garanti sözleşmesinin kefaletle ilişkin şekle tabi olduğunu yukarıda söylemiştik. Bu kapsamda geçerli bir garanti sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşme metninde garanti verenin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmiş olması gerekir. BK döneminde ise garanti sözleşmesine ilişkin herhangi bir şekil şartı olmadığından serbestçe yapılan garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluk miktarının belirtilmesi de söz konusu değildi. Ancak Yargıtay içtihatlarında garanti verenin hangi risk için güvence verildiğinin belirlenmesi gerektiği kabul ediliyordu⁷⁸. Sorumluluğun sınırlanması gerektiği, 818 sayılı kanun döneminde her ne kadar içtihatlarla kabul edilmiş olsa da, garanti sözleşmesinin kural olarak sadece garanti verene borç yüklediği düşünülürse, Yargıtay içtihatlarında benimsenen uygulamanın garanti vereni daha çok koruyacak şekilde 6098 sayılı TBK'da açık bir şekilde düzenlemiş olmasının isabetliliği daha iyi anlaşılacaktır.

Sonuç olarak, garanti veren rizikonun gerçekleşmesi durumunda oluşacak zarara ne oranda güvence verdiğini sözleşme akdedilirken bilebilecek ve ona göre garanti verecek veyahut bundan vazgeçecektir.

⁷⁵ Tandoğan, s.857.

⁷⁶ Oğuzman/ ÖZ, s.417.

⁷⁷ Oğuzman/ ÖZ, s.418; Tandoğan, s.858.

⁷⁸ **Yarg. 19. HD., E. 1999/4793, K. 1999/7676, T. 14.12.1999**, '*Garanti sözleşmesi üçüncü şahsın filini taahhüt niteliğinde olup kefalet sözleşmesi niteliğinde bulunmadığından garanti verenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir... Hangi riskin garanti edildiği belli edilmeden örneğin her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakların garanti edilmesi garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.*' (www.kazanci.com).

3- Garanti verenin edimini temin ettiği üçüncü kişiye rücu

a- Genel olarak

Tazmin borcunu yerine getiren garanti verenin üçüncü kişiye karşı kefaletteki gibi kanundan ötürü rücu imkanı bulunmadığından, garanti verenin sözleşmeye dayanarak fiilini taahhüt ettiği kişiye başvurması mümkün değilse de⁷⁹, üçüncü kişinin de garanti alanın zarara uğramasına sebebiyet verdiği hallerde rücu hali söz konusu olabilir⁸⁰.

b- Üçüncü kişinin sorumluluğunun dayanağına göre değişen rücu imkanları

Üçüncü kişinin sorumluluğu iki şekilde söz konusu olabilir. Ya garanti edilen husus üçüncü kişinin bir edimi olmamakla birlikte, üçüncü kişi rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan garanti alana karşı kanunen veya haksız fiilden dolayı sorumludur ya da garanti veren bir üçüncü kişinin edimini garanti etmekte, üçüncü kişi de garanti alana karşı bu edimi yerine getirmek hususunda akdi olarak sorumlu bulunmaktadır⁸¹.

Birinci ihtimalle, her türlü garanti sözleşmesinde karşılaşılabılırken; ikinci ihtimal daha çok teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde kendini gösterir⁸².

(1)- Üçüncü kişi zarardan garanti alana karşı kanunen veya haksız fiil gereği sorumlu ise;

Bu ihtimalde, garanti veren garanti alana karşı garanti sözleşmesi kapsamında sorumlu iken, üçüncü kişi ya kanunen ya da haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olmaktadır. Bu kişilerin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından TBK md.61 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır. Kanunun 62. maddesinde ise müteselsil

⁷⁹ Reisoğlu, Seza, **Garanti Sözleşmesi**, s.351.

⁸⁰ Tandoğan, s.871.

⁸¹ Tandoğan, s.871.

⁸² Tandoğan, s.872.

sorumluların iç ilişkideki durumu düzenlenmiştir. Buna göre; *'Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.'

Borçlar Kanunu md.51/f.2'de, aynı zarardan değişik hukuki sebeplerle sorumlu olan kişilerin, birbirlerine hangi sıraya göre rücu edebilecekleri düzenlenmiştir. TBK md.62'de ise bu düzenleme değiştirilmiş ve aynı zarara birlikte sebep olanlar veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olanlar arasında, tazminatın nasıl ve hangi esaslara göre paylaştırılacağı; müteselsil sorumluların birbirlerine ne zaman ve ne ölçüde başvurma hakkına sahip olacakları düzenlendiği için, rücu sırasına ilişkin BKmd.51/f.2, TBK'nın 62. maddesine aynen alınmamıştır.

Son olarak, garanti verenin üçüncü kişiye rücu hakkı TBKmd.62/f.2 kapsamında tazminatın kendi payına düşen kısmından fazla bir ödeme yapması halinde söz konusu olacaktır.

(2)- Üçüncü kişi zarardan garanti alana karşı akdi olarak sorumlu ise;

Bu ihtimalde, garanti alana karşı akdi olarak sorumlu olan üçüncü kişinin aynı zamanda garanti verene karşı da aynı zarar için akdi bir sorumluluğu bulunup bulunmadığına bakmak gerekir⁸³.

i- Üçüncü kişi ile garanti veren arasında akdi bir ilişki varsa;

Üçüncü kişi ile garanti veren arasında akdi bir ilişki varsa ve üçüncü kişi bu akit dolayısıyla garanti verene karşı sorumlu oluyorsa, artık garanti verenin üçüncü kişiye rücu edebilmesi için yasal bir dayanak aramaya gerek kalmaz ve doğrudan üçüncü kişi ile garanti veren arasındaki sözleşme hükümleri uygulama alanı bulur.

⁸³ Nomer, s.326; Tandoğan, s.872.

ii- Üçüncü kişi ile garanti veren arasında akdi bir ilişki yoksa;

Garanti veren ile üçüncü bir kişi arasında akdi bir ilişkinin olmadığı hal-lerde garanti verenin ona rücuunu TBKmd.61,62(BK md.51)'ye, vekaletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere dayandırıp dayandıramayacağı düşünülebilir⁸⁴. Yargıtay 11.6.1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁸⁵ garanti sözleşmesinin, kanuni halefiyeti düzenleyen BK md.109'da sayılan sınırlı hallerden birine girmediğine, BK md.496'da kefilin ödemedede bulunduğu alacaklının kanuni halefi olduğu ancak aynı durumun garanti veren için söz konusu olmadığına, sigortacının da Ticaret Kanununun 1301. maddesine göre rücu hakkına sahip olduğuna ve BK md.496 ile TK md.1301 hükümlerinin kıyasen garanti sözleşmesine uygulanarak garanti verenin üçüncü kişiye rücu edemeyeceğini kabul etmiştir.

(a)- Vekâletsiz iş görmeye dayanarak rücu olanağı

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararında '*garanti veren banka akdi mükellefiyetini yerine getirdiği cihetle Borçlar Kanununun vekâletsiz iş görmeye ilişkin 410. ve müteakip maddelerine göre de 3. şahıstan ödenen parayı isteyemez.*' denilmek suretiyle garanti verenin vekâletsiz iş görmeye dayanarak üçüncü kişiye rücu edemeyeceği kabul edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu md.526'da düzenleme alanı bulan vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için, başkasına ait bir işin vekâlet olmadan başkasının hesabına, menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görülmesi gerekir.

İş sahibinin şahsen yapabileceği fiiller veya iş sahibi tarafından yapıldığı taktirde de hukuka aykırı sayılacak fiiller dışında kalan, makul ve beşeri her fiilin 'iş görme' kapsamına girdiği kabul edilecek olursa bir borcun ödenmesini de iş görme niteliğinde saymak gerekir⁸⁶. Ayrıca başkasına ait bir borcun ödenmesi o kişiye ait bir işin görülmesi niteliğindedir⁸⁷. Vekâletin olmamasından ise iş görenin vekâletinin olmaması, onun iş sahibine karşı işi yapmak

⁸⁴ Nomer, s.326; Tandoğan, s.873.

⁸⁵ E.1969/4, K. 1969/6, T.11.6.1969 (www.kazanci.com).

⁸⁶ Tandoğan, s.875.

⁸⁷ Tandoğan, s.876.

hususunda mükellefiyet yükleyen veya yetki veren bir hukuki durumda bulunmaması anlaşılmalıdır⁸⁸.

Sonuç olarak, karar kapsamında teminat mektubunu ödeyen bankanın bu ödemesi lehtarın menfaatine uygun olduğu ve onun geçerli bir yasaklanmasına da aykırı bulunmadığı taktirde, bankaca lehtara BK md.413/f.1(TBK md.529/f.1), aksi taktirde BK md.414(TBK md.530)'e göre rücu edebileceğini kabul etmek gerekir⁸⁹.

Yargıtay İBK.'dan sonraki tarihli bir kararında⁹⁰ '*...teminat mektubu verildiği ve bundan mütevellit banka ile arasında hukuki ilişki ispat edilememiş ise de, muhatap ile arasındaki satış akdinin mevcudiyeti halinde, bedelin banka tarafından ödenmesi, banka yönünden vekâletsiz tasarruf niteliğini taşır.*' Şeklinde görüşünü belirterek bankanın vekâletsiz is görme hükümlerine dayanarak rücu imkânını kabul etmiş ve İBK.'daki görüşünden ayrılmıştır.

(b)- Sebepsiz zenginleşmeye dayanan rücu olanağı

Garanti verenin sebepsiz zenginleşme davası ile borçluya rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır⁹¹. İBK.'da '*Yukarıda 51. maddeye göre konunun tartışılması sırasında belirtildiği gibi 3. şahıs olan muvakkat ithalatçının sebepsiz iktisabı söz konusu edilemez.*' denilmek suretiyle gerçekte yükümlü olan şahısların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri yüzünden bankanın yaptığı ödemeden dolayı geçici ithalatçının bir sebepsiz zenginleşmesinin söz konusu olmayacağı söylenmek istenmektedir. Burada, böyle bir gerekçeyle sebepsiz zenginleşmenin reddi, bankaların, bir akdi mükellefiyetin ifası için teminat mektubu verdikleri hallerde, lehtara(üçüncü şahsa) sebepsiz zenginleşmeye göre rücu edemeyecekleri gibi bir genellemeye götürmemelidir⁹².

Akdi bir mükellefiyetin ifası için teminat mektubu veren banka muhataptan tazminat talebinin temlikini sağlayamaz ve kontrgaranti⁹³ verenin de ödeme

⁸⁸ Tandoğan, s.876.

⁸⁹ Tandoğan, s.877.

⁹⁰ Yarg. 11. HD. T. 19.4.1973, E.1124, K. 1769 (www.kazanci.com).

⁹¹ Reisoğlu, Seza, **Garanti Sözleşmesi**, s.353.

⁹² Tandoğan, s.878.

⁹³ **Kontrgaranti**; teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde lehtarın, garanti alana ödemede bulu-

gücünün bulunmaması sebebiyle ondan da rücu suretiyle bir şey elde edemezse, bankanın malvarlığında bir eksilme olacak ve bu eksilmeden faydalanan da, muhatap kendisinden ayrıca tazminat istememiş ve teminat mektubundan aldığı tazminat zararını tam olarak karşılamamış ise, banka ile akdi ilişkisi bulunmayan lehtar olacaktır⁹⁴. Böylece lehtarın zenginleşmesi ile bankanın fakirleşmesi arasında bir illiyet bağlantısı olacaktır⁹⁵. Burada banka muhataba garanti sözleşmesine, yani haklı bir sebebe dayanarak ödeme yapmış olmasına rağmen; bu ödeme dolayısıyla lehtara sağlamış olduğu zenginleşmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır ve bu durumda banka, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak kendisiyle akdi ilişkisi olmayan lehtara rücu edebilir⁹⁶.

(c)- BK md.51'e dayanan rücu imkanı

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararında 51. Maddeye dayanılmayacağı şu gerekçeye dayanmaktadır:

'Fiili taahhüt edilen 3. şahıs esas itibarıyla gümrük vergisinden şahsen sorumludur. Gümrük idaresine geçici olarak ithal ettiği malların belirli süre içerisinde yurt dışında çıkarmayı taahhüt etmiştir. Bu taahhüdünü yerine getirmeyerek malları içerde bırakmıştır. Onlar üzerinde belki de satış yapmak suretiyle tasarrufta bulunmuştur. Bu suretle borç haksız fiil ile müterafik olarak kanundan doğmaktadır. Bu gibi hallerde acaba garanti veren banka vergi borçlusuna rücu edebilir mi? Bu hususta bazı hukukçular Borçlar Kanununun 51. maddesi hükmünden yararlanmak istemişlerdir. Öyle ki, sözü geçen maddede; birçok kimseler çeşitli sebeplere (haksız muamele, akit ve kanun) binaen sorumlu olduğu takdirde haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur. Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet veren en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç almamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile

nan garanti verene, garanti alana ödediği tutarı ödemeyi taahhüt ettiği garanti sözleşmesidir. Bkz.: Gümüş, s.463.

⁹⁴ Tandoğan, s.878.

⁹⁵ Tandoğan, s.878.

⁹⁶ Tandoğan, s.879.

mükellef olur. Birlikte zarar vukuuna sebebiyet veren kimselerin durumunu aynı kanunun 50. maddesi tanzim etmiştir. Bunlar zarardan müteselsilen sorumludurlar. Bunların birbiri aleyhine rücu hakları bulunup bulunmadığını ve bunun şümul ve derecesini hakim takdir edecektir. Görülüyor ki sonuç hakim takdirine bağlanmıştır. Hakim takdir yetkisini bittabi Medeni Kanunun 4. maddesinin koyduğu ilkeleri göz önünde tutmak suretiyle kullanacaktır. Hak ve nasafette takdir edilmesi gerekecek rücu ile ilişkin konuyu hakim hallederken meselenin oluş şeklini de göz önünde tutacaktır. Banka bu teminat mektubunu verirken borçlu ile herhangi bir kredi anlaşması yapmamıştır. Banka bu teminat mektubunu 3. kişiler ile yaptığı kredi anlaşmasına bu kontrgaranti taahhütnamesine dayanarak gümrük idaresine vermiştir. Bu suretle doğacak zararını akdi bir ilişki ile temin etmiş durumdadır. Bankadan muvakkat ithalatçı lehine mektubu alan kimseler ile 3. şahıs mevkiinde olan ithalatçı arasında mektup verilmesi hususunda bir anlaşmanın mevcut olması gerekir. Çoğunlukla muvakkat ithal edilen bu mallar kanaviçe, jüt gibi ambalaj malzemesine ait olduğundan muvakkat ithalatçı çoğunlukla bu malları başkalarına satmakta, onlar da harici bu satışla kendilerine ait olan bu malların gümrük resmini temin için bu vergi ile kanunen ve resmen sorumlu olan ithalatçı lehine bankalardan teminat mektubu almaktadırlar. Şu halde gerçekten borçlu banka ile anlaşma yapan bu kişilerdir. Böyle olunca muvakkat ithalatçıya rücu hakkının tanınması MK md.4'te anlamını bulan hakkaniyet ve nasafet kaidelerine aykırı olur. Bu sebeple Borçlar Kanununun 51. ve dolayısıyla 50. maddelerine dayanarak rücu hakkı benimsenmeyerek bu yönden rücu edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.'

Borçlar Kanunu md.50'de birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermesi halinde müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiş olup bu kişiler arasındaki rücu ilişkisinin olup olmayacağı yahut ne şekilde olacağı maddenin devamında düzenleme alanı bulmaktadır. Buna göre, rücu hakkı ve bu hakkın kapsamı hakim taktirine bağlıdır. İçtihadı Birleştirme Kararında da söz konusu olay bakımından, ithalatçıya rücu hakkının tanınması Medeni Kanunun 4. maddesinde anlamını bulan hakkaniyet ve nasafet kaidelerine aykırı bulunmuştur. Görüldüğü gibi mahkeme BK md.51'e dayanan rücu hakkının

olduğunu kabul etmiş, ancak karara konu olay bakımından BK 50. maddeye göre hakimin taktir hakkını kullanması sonucu rücu hakkının olmadığına karar vermiştir.

Garanti verenin üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceği meselesine ilişkin olarak, bu kişiler arasında müteselsil sorumluluğun geçerli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ayrıca TBK md.62/f.2 hükmüne göre, garanti verenin rücu hakkının olacağı ancak bunun tazminatın kendi payına düşen kısmından fazlasını ödeme şartına bağlı olduğu, hakimin BK md.50/f.2'deki gibi rücu hakkının olup olmadığına ilişkin bir taktir yetkisinin olmadığı; onun sadece TBK md.62/f.1'de belirtildiği şekliyle birden fazla kişinin sorumluluğunun paylaştırılması konusunda bütün durum ve koşullar ile sorumluların kusurunun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğuna göre tespit etme noktasında taktir yetkisi söz konusudur. Bu yeni düzenleme karşısında İçtihadı Birleştirme Kararında garanti verenin rücu hakkının olup olmadığına ilişkin tartışma önemini kaybetmiştir.

B- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1- Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu md.131 vd.daki borçların sona erme sebeplerini düzenleyen hükümler, yapısıyla bağdaştıkları oranda garanti sözleşmesine de uygulanabilir⁹⁷.

Borçların en doğal sona erme sebebi ifadır. Garanti sözleşmesinin tek tarafı (garanti verene) borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ve bu borcun rizikonun gerçekleşmesi halinde bundan doğan zararın tazmininden ibaret olduğunu yukarıda söylemiştik. İşte garanti verenin zararı tazmin etmek suretiyle garanti sözleşmesini sona erdirmeye şekli ifa yoluyla.

İfa dışında garanti sözleşmesi garanti alanın garanti vereni ibra etmesi (TBK md.132), garanti verenin veya alanın başka bir alacağıyla takas beyanının bulunması (TBK md.139) garanti verenin yükümlülüğünü sona erdirir.

⁹⁷ Tandoğan, s.881,882; Yavuz/Acar/Özen, s.801.

Garanti edilen sonuç, garanti verenin kusuru olmaksızın gerçekleşmemiş veya garanti olunan borcun yerine getirilmesi borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmiş olsa bile, garanti veren TBKmd.136'ya dayanarak tazminat borcundan kurtulduğunu ileri süremez⁹⁸. Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer, şeklinde düzenlenen TBKmd.136 hükmü burada uygulama alanı bulmaz. Kusursuz imkansızlık, kural olarak garanti verenin tazminat borcunun asıl borçtan bağımsız olması ve sorumluluğun sonuç sorumluluğu niteliği taşıması nedeniyle, garanti verenin borcunun niteliğiyle bağdaşan bir sona erme sebebi değildir⁹⁹.

Garanti verenin ölümü garanti sözleşmesini etkilemeyip onun bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünün mirasçılara geçmesini sonuçlarken; garanti alanın ölümü halinde garanti yükümlülüğünün devamı, söz konusu garantinin teşebbüs için ya da üçüncü kişinin edimi için verilmiş olmasına göre değişiklik gösterir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti yükümlülüğünün devamı, garanti alanın mirasçılarınca söz konusu temel ilişkiyi ayakta tutmaya haklarının olup olmadığına ve somut olayın özelliklerine göre belirlenirken; yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti alanın ölümü ile sonuç artık gerçekleşmeyeceğinden garanti verenin zararı tazmin borcu muaccel hale gelecektir¹⁰⁰.

2- Garanti süresi

Garanti verenin, garanti sözleşmesi ile üstlendiği rizikoyu ne kadar süre için üstleneceği konusunda taraflar sözleşmede belli bir süre kararlaştırabilecekleri gibi böyle bir süre kararlaştırılmadan süresiz olarak da yapmış olabilir. Eğer taraflar garantiyi belli bir süre için vermişlerse ve bu süre içinde garanti edilen riziko gerçekleşmemişse, garanti verenin yükümlülüğü ve dolayısıyla da garanti sözleşmesi sona erer¹⁰¹.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin süresiz yapılması halinde, bor-

⁹⁸ Tandoğan, s.883.

⁹⁹ Tandoğan, s.883.

¹⁰⁰ Tandoğan, s.884.

¹⁰¹ Oğuzman/ÖZ, s.424; Tandoğan, s.884.

cun yerine getirilmemesi ile başlayan zamanaşımı süresi dolana kadar garanti verenin yükümlülüğü devam eder¹⁰². Yöneltilmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde ise garanti alanın söz konusu girişimde bulunma bakımından herhangi bir yükümlülüğünün olmaması, garanti verene rizikoyu üstlenme konusunda süre yönünden bir sınırlama getirme hakkını vermeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda garanti veren, sözleşme konusu teşebbüse girişmesi için garanti alana işin niteliğine göre belli bir süre tanıyıp, bu süre içinde teşebbüse girişilmezse sorumluluktan kurtulabilmelidir¹⁰³.

3- Zaman aşımı

a- Belirli süreli garanti sözleşmelerinde

Garanti sözleşmesinden doğan tazminat alacağı niteliği itibariyle sözleşmeye dayalı bir alacak olmasından ötürü TBK md.146'a göre 10 yıllık zaman aşımına bağlıdır.

Belirli süreli garanti sözleşmelerinde riziko bu süre içerisinde gerçekleşmezse sözleşme sona erecek ve tazminat alacağı söz konusu olmayacağından 146. madde uygulama alanı bulmayacaktır. Eğer riziko bu süre içerisinde gerçekleşirse bununla tazminat alacağı muaccel hale gelecek ve bu andan itibaren işleyecek olan TBK md.146'daki 10 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde garanti verenden talep edilebilecektir¹⁰⁴. Genel kural bu olmakla birlikte TBK md.128/f.2 hükmünün burada açıklanması gerekmektedir. Buna göre, riziko garanti süresi içinde gerçekleşmişse, garanti alanın garanti süresi içinde yazılı şekilde garanti verenden tazmin talebinde bulunması gerekir; aksi halde garanti süresinin geçmesiyle garanti taahhüdünün hükümsüz kalacağı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Gerçekten de TBK md.128/f.2'ye göre, '*Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.*'

Sözleşmeye konulan TBK md.128/f.2'deki kayıtlı garanti alanın belli bir

¹⁰² Tandoğan, s.885.

¹⁰³ Oğuzman/ÖZ, s.425; Tandoğan, s.885.

¹⁰⁴ Tandoğan, s.885.

süre içinde tazminatını talep etmesi şart koşulmakta olup bu sürede talepte bulunulmaması zaman aşımına bakılmaksızın garanti vereni yükümlülükten kurtaracaktır¹⁰⁵. Görüldüğü gibi ‘belirli süre içinde talep şartı ile’ genelde daha kısa süre tanınarak 10 yıllık zaman aşımı süresinin işlenmesine imkân verilmemektedir¹⁰⁶. Sözleşmeye böyle bir kayıt konulmamışsa, riziko tarafların kararlaştırdıkları süre içinde doğmuş olmak şartıyla, rizikonun doğumu anından itibaren 10 yıllık zaman aşımı süresi içinde tazmin talebinde bulunulabilecektir¹⁰⁷.

b- Süresiz garanti sözleşmelerinde

Süresiz garanti sözleşmelerinde riziko gerçekleşip tazmin alacağı muaccellik kazandıktan sonra, TBK md.146’daki 10 yıllık genel zaman aşımı süresine tabi olur¹⁰⁸. Buna ek olarak garanti sözleşmesi bir süre ile de kayıtlanabilir. Örneğin, sürenin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhütte bulunanın sorumluluğunun sona ereceği yolundaki kayıtlar geçerlidir(TBK md.128/f.2, BK md.110/f.2)¹⁰⁹. Süre kısıtlaması, zaman aşımına ilişkin olmadığından, zaman aşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği yasağını(TBK md.148/ BK md.127) ihlal etmez.¹¹⁰

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde temin edilen borcun yerine getirilmemesiyle başlayan zaman aşımı süresi doluncaya kadar garanti verenin yükümlülüğü devam ederken¹¹¹; yöneltilmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerinde ise garanti alanın garanti konusu teşebbüse girişmek yükümlülüğü bulunmadığı için, ona teşebbüsün mahiyetine göre belli bir süre tanınmalı ve garanti alan bu süre içinde teşebbüse başlamazsa garanti veren sorumluluktan kurtulabilmelidir¹¹².

SONUÇ

¹⁰⁵ Kayak, s.282.

¹⁰⁶ Oğuzman/ÖZ, s.427.

¹⁰⁷ Yavuz/Acar/Özen, s.802.

¹⁰⁸ Nomer, s.327; Tandoğan, s.892.

¹⁰⁹ Nomer, s.327.

¹¹⁰ Nomer, s.327.

¹¹¹ Yavuz/Acar/Özen, s.802.

¹¹² Tandoğan, s.885.

Garanti sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafların hak ve borçları ile sona ermesi gibi hususların kanunda düzenlenmemiş olması, garanti sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında doktrinde tartışmalara yol açmış ve bu tartışmalar daha çok ‘üçüncü kişinin fiilini üstlenme’ kenar başlığı ile TBK md.128’de yoğunlaşmıştır. Ancak her ne kadar bu konu doktrinde tartışmalı da olsa, garanti sözleşmesinin şahsi teminat sözleşmelerinden biri olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir.

6098 sayılı TBK’nın getirdiği bir yenilik ile garanti sözleşmesinin gerçek kişilerce yapılması hali için, şekil ve ehliyet konularında kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Garanti sözleşmesinin teminatı amaçlayan türü ile kefalet sözleşmesi benzerlik göstermesine rağmen kefaletin fer’iliği, garantinin ise bağımsız olmasından ötürü bu iki sözleşme ayırt edilebilmekte ve bunun neticesinde uygulanacak hükümler belirlenebilmektedir. Nitekim kefalet ile garanti arasında rizikonun gerçekleşmesi halinde güvence veren kişinin tazmin sorumluluğu ve tazmin etmesi halinde de rücu meselesinde ciddi farklılıklar söz konusudur.

Son olarak da, garanti verenden daha az yükümlülük altına giren kefilin, kefalet sözleşmesinin kanunda düzenlenmesi suretiyle daha çok koruma altında olması, buna karşın daha ağır koşullarda güvence veren garanti verenin ise bu haklardan yararlanamıyor olması hakkaniyet ilkesiyle bağdaşan bir durum değildir. Her ne kadar TBK’nın yeni düzenlemesi karşısında gerçek kişilerce verilen garanti halinde kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet hükümleri uygulama alanı bulacaksa da, tüzel kişinin garanti vermesi halinde bu korumadan yararlanılamayacaktır. Bunlara ek olarak, tazmin yükümlülüğünü yerine getiren garanti verenin rücu hakkı konusunda uygulamada birçok sorun yaşanmaktadır. Görüldüğü gibi garanti sözleşmesine ilişkin olarak kanuna açık bir düzenleme getirilmesi suretiyle doktrindeki tartışmaların ve uygulamadaki sorunların bertaraf edilmesi gerekmektedir.



KAYNAKÇA¹¹³

AKYOL, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül), İstanbul, Afa Matbaacılık, 2001.

BARLAS, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:52, 1986.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II., 2.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

KAYAK, Sevgi: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6098 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış), Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II., Gözden Geçirilmiş 10, Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul, Fi-

¹¹³ Eserler yazarların soy isimleri ile anılmış olup aynı yazara ait birden fazla eser varsa (...) içinde kısaltılmış biçimiyle gösterilmiştir.

liz Kitabevi, 2012.

ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesi: Özellikler, kuruluşu, türleri, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

REİSOĞLU, Seza: 'Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar', Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, CI, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, 335-357 ('Garanti Sözleşmesi').

REİSOĞLU, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2003 ('Banka Teminat Mektupları').

REİSOĞLU, Seza: Garanti Mukaveleleri, Ankara, 1963 ('Garanti Mukaveleleri').

ŞAHİN, Turan: Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II., 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

YAVUZ, Cevdet /ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.

YAVUZ, Nihat: Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, 1. Basım, Ankara, Adalet Kitapevi, 2010.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2013.

Elektronik Kaynaklar:

www.kazanci.com

www.kararara.com

BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ İLE İLÇE BELEDİYELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

*The Relationships Between Metropolitan Municipality and
District Municipality*

Yusuf ÖZÇELİK *

ÖZET

Ülkemizde anayasal olarak kabul edilen yerel yönetim birimleri İl Özel İdareleri, Belediyeler ve Köylerdir. 1984 yılında getirilen yeni bir düzenlemeyle belediye yönetim sistemi değiştirilmiş ve belli merkezlerde Büyükşehir Belediyeleri oluşturulmuştur. Kurulduğundan bu yana büyükşehir belediyeleri, ülkemizde, yerel yönetimlerin en dinamik, en hızlı gelişen ve yayılan birimi olmuştur. Ülkemizde bugün itibarıyla yaklaşık elli dokuz milyon insan büyükşehir belediye sınırları içinde yaşamaktadır.

Ülkemizde büyükşehir modeli uygulanmaya başlandığı günden bu yana genişleyerek gelişmeye devam etmekte, belki de ilerleyen zamanlarda yerel yönetimler bazında ülkenin tamamının büyükşehir modeli sisteminde yönetileceği öngörülmektedir.

Bu çalışmada, Ülkemizde büyükşehir belediyesinin kuruluşu, yerel yönetim reformları, bu kapsamda büyükşehir belediye modeli ile büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyesi arasındaki ilişkiler üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Büyükşehir Belediyesi, Yerel Yönetimler, İlçe Belediyesi, Reform, İdari Vesayet

ABSTRACT

In our country, the local governmental units accepted in the constitution are considered to be the special provincial administrations, the municipalities and the villages. By a new law passed in 1984, the municipal management system was modified and the metropolitan municipalities for certain metropolises were established. Since its establishment, the metropolitan municipalities in our country become the most dynamic, fastest-growing and the most spreading unit among the local governments. In our country, as of today, approximately fifty-nine million people live within the boundaries of metropolitan municipalities.

* Danıştay Tetkik Hâkimi, ozcelikysf@hotmail.com

The metropolitan municipalities continue to expand in country since the introduction of this model and probably in near future in terms of local government the whole country will be managed under this model.

In this study, the establishment of the metropolitan municipalities, the reformation of local governments, in this context the metropolitan municipality model and relationship between the metropolitan municipalities and district municipalities are scrutinised.

Key Words: Metropolitan Municipality, Local Governments, District Municipality, Reform, Administrative Tutelage.

◆◆◆◆

I. BÜYÜKŞEHİR KAVRAMI, YÖNETİM MODELLERİ VE ÜLKEMİZDE BÜYÜKŞEHİR UYGULAMASI

1. BİR YEREL YÖNETİM BİRİMİ OLARAK BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ

Çağdaş devletlerin idealleri arasında olan demokratik bir yönetim, temelde iki ana unsuru barındırmalıdır. Birincisi, insan hak ve özgürlüklerinin geniş biçimde tanınıp güvence altına alınması, diğeri de bireylerin yönetime herhangi bir biçimde katılımının sağlanmasıdır. Bu katılımın en kolay ve etkin olacağı alan da yerel yönetimlerdir. Yerel yönetimler, bireylere bir araya gelme alışkanlığı sağlayarak halkın yönetimle ilgilenmesini sağlayan siyaset okulu oldukları gibi halkın birleşerek iktidara karşı güç oluşturan, özgürlükleri koruyan kurumlardır. Bu nedenle demokrasinin yerleşmesini amaçlayan her ülkenin yerel yönetimlerin geliştirilmesine ve halkın bu kurumlara katılımının sağlanmasına öncelik vermelidir¹.

Ülkemizde demokrasi pratiğinin ilk olarak yerel yönetimlerde ortaya çıktığı görülmektedir. Nitekim Osmanlı'da muhasıllık meclislerinde, vilayet, sancak, kaza ve belediye meclislerinde temsil ve tartışma geleneği bulunmaktaydı².

¹ TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, "Bir Demokrasi Klasığı: Alexis De Tocoqueville 'de Demokrasi Kültürünün Temel Kurumları Olarak Yerel Yönetimler", Doğu Batı Dergisi, Y.6, S.21, s. 65-71.

² ERYILMAZ, Bilal, "Belediyelerde Demokrasi Geleneği ve Değişim İhtiyacı", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 11, S. 3, Temmuz-2002, s.7.

Bir mahalli idare birimi olan belediye; beldenin ve belde halkının mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organları kanunla gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan bir kamu tüzel kişisidir³.

Tarihsel gelişimi incelendiğinde yerel yönetim olgusu Avrupa’da endüstri devriminin ortaya çıktığı ve modern anlamdaki yerel yönetim örgütlenmesinin hayata geçirildiği 18. ve 19. yüzyıllarda başlamış olup ekonomik ve toplumsal değişmeye paralel bir gelişme izlemiştir⁴.

Ülkemizde ise Avrupa’nın bizden üstün olduğunun kabulüyle askeri alanda başlayan yenileşme hareketleri, zamanla yönetsel ve toplumsal alana da etki etmiştir. En temel yerel yönetim birimi olan köylerin idari bakımdan teşkilatlandırılması, dönemin kendi iç dinamikleri gereğince olmuştur. Belediyecilik anlayışına geçilmesi ise Kırım savaşının başkentte yarattığı hareket ve karmaşıklık bir düzene koyma isteği ve de İstanbul’un Avrupa başkentlerine kıyasla kötü durumda olduğu görüşünün yabancı ve azınlık tebaa tarafından dile getirilmesi sonucunda gerçekleşmiş, bu sebeplerin sonucu olarak 1855 yılında ilk belediye örgütlenmesi olan İstanbul Şehremaneti kurulmuştur⁵.

Bu yönetim yapısı 1868 yılında çıkarılan Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi ile İstanbul Şehremaneti iki kademeli federal bir yapıya dönüştürülmüş, alt kademede 14 belediye dairesi oluşturularak İstanbul Şehremaneti ile bağlantısı sağlanmıştır. Bu yapı yerel yönetim tarihimizde ilk büyükşehir yönetim modelini oluşturmaktadır⁶

³ ACAR, Abdurrahman, “Büyükşehir Belediyelerinin İlçe ve Alt Kademe Belediyeleri Üzerindeki İnceleme ve Uygulamayı Denetleme Yetkisinin Sınırı”, Sayıştay Dergisi, Temmuz-Eylül 1997, Sayı:26, s. 47.

⁴ BERK, Ahmet, “Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri”, Sayıştay Dergisi, S. 49, 2003, s. 49-50.

⁵ ORTAYLI, İlber, “Türk Belediyesinin Denetim Yetkisinin Tarihi Gelişimi ve Günümüzdeki Durumu”, Amme İdaresi Dergisi, C.6, S.4, s. 18; İstanbul Şehremanetinin kuruluş tarihi Hicri 2 Zilhicce 1271 tarihi olup bu tarih Türk Tarih Kurumunun Tarih Çevirme Kılavuzunda 16 Ağustos 1855 gününe isabet etmektedir. (YAYLI, Hasan, “Türkiye’de Belediyelerin Yeniden Yapılandırılması: 2004 Belediye Reform Çalışmalarının Değerlendirilmesine Yönelik Bir Çalışma”, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2008, s. 31.)

⁶ TUZCUOĞLU, Ferruh, “Metropolitan Yönetim”, Sakarya Kitabevi, Sakarya-2003, s.184;

Ülkemizde son dönemdeki yapılan yasal değişikliklerle yerel yönetim örgütlenmesinin en önemli birimi konumu haline gelen “Büyükşehir” yönetimi kavramsal olarak, dünyada metropoliten, anakent, metropolis adları ile ifade edilmekte olup, kelimenin kökeni açısından ise Yunanca meter (anne, ana) ve polis (şehir, kent) kelimelerinin birleşiminden oluşan meterpolis kelimesinin kısaltılması ile oluşmuştur⁷.

2. BÜYÜKŞEHİR YÖNETİM MODELLERİ

Tanzimat döneminde İstanbul Şehremaneti'nin kurulması, ilk büyükşehir yapılanması olarak kabul edilse de büyükşehirlerin yönetim sorunu tartışmaları 2. Dünya Savaşı sonrasında köyden kente başlayan göç sonucunda şehir nüfusunun hızla artması sonucu 1960'lı yıllarda başlamış, 1970'lerde ise yoğun olarak tartışılan bir konu haline almıştır. 1970 yıllarda bu sorun planlama sorunu olarak algılanmış, bu kapsamda İstanbul, Ankara ve İzmir İmar Planlama Büroları kurulmuştur. Ancak bu bürolar, örgütsel yetersizlikler ve yetkilerinin kısıtlı oluşu nedeniyle danışma büroları durumuna dönüşmüşlerdir. Bu tartışmalar sonucunda 1980'li yıllarda Büyükşehir yönetim sistemi kurma girişimi somutluk kazanmıştır⁸.

Büyükşehirlerin yönetimi konusunda her ülkenin siyasi, idari ve ekonomik yapısına göre farklı modeller uygulanmıştır. Bu modeller 1930'lu yıllarda büyükşehir yönetiminin tüm alanı kapsayan tek bir yapı olarak kurulduğu, 1960'lı yıllardan itibaren ise parçalı ve birden fazla kademeli örgütlendiği görülmektedir.

Dünyadaki uygulamalara bakıldığında büyükşehirlerin yönetimi konusunda tek kademeli, iki kademeli, gönüllü ve özel amaçlı büyükşehir yönetim modellerinin uygulandığı görülmektedir.

Tek kademeli yönetim modelinde, alt kademeler olmaksızın tek kademe şeklinde oluşturulan büyükşehir belediyesi bulunmaktadır. Büyükşehir be-

KELEŞ, Ruşen, “Türkiye’de Anakent Yönetimi”, Amme İdaresi Dergisi, C.18,S.2, 1985, s.73.

⁷ EKE, Ali Erkan, “Anakent Yönetimi ve Yönetimler Arası İlişkiler: Batı Deneyimi ve Türkiye”, Amme İdaresi Dergisi, C.18, S.4, s. 41-42.

⁸ TUZCUOĞLU, s.188-189.

diyesi kurulduğu şehirde tek yetkilidir. İki Kademeli yönetim modelinde ise görev ve sorumluluklar iki kademe arasında paylaştırılmıştır. Bu yönetim modelinde üst kademede büyükşehir belediyesi, alt kademelerde de daha küçük belediye örgütleri bulunmaktadır. Üst kademe koordinasyon görevini yerine getirirken, alt kademe belediyeler yerel nitelikteki hizmetleri yerine getirmektedir. Ülkemizde 1984 yılında büyükşehirlerin yönetimi konusunda yürürlüğe konulan 3030 sayılı Kanun ve yine 2004 yılında kabul edilen 5216 sayılı Kanun ile büyükşehirlerde iki kademeli bir yönetim modeli oluşturulmuştur.

Gönüllü büyükşehir kuruluşları modelinde herhangi bir yasal zorunluluk olmaksızın yerel yönetim birimlerinin kendi aralarında yardımlaşma amacıyla birlikler kurulması öngörülmektedir. Özel amaçlı büyükşehir yönetim modelinde, büyükşehirlerde su, kanalizasyon, ulaşım, çöp toplama gibi kentin tamamını ilgilendiren hizmetlerin yürütülmesi için kurulan yönetim birimleridir. 1981 yılında İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi özel amaçlı yönetim modelinin ülkemizdeki önemli örneğidir. Bu idarenin ayrı bir tüzelkişiliği ve bütçesi bulunmaktaydı⁹.

3. ÜLKEMİZDE BÜYÜKŞEHİR YÖNETİMİ

3.1. ÜLKEMİZDE BÜYÜKŞEHİR YÖNETİMİNİN OLUŞUM SÜRECİ

1950’li yıllarda ülkemizde oldukça önemli sosyo-ekonomik değişimlerden olan yüksek doğum hızının etkisiyle kırsal alanlardan, sanayileşmiş ve kentleşmiş alanlara başlayan hızlı iç göç sonucunda kentlerin nüfusları hızla artmaya başlamıştır. Bu hızlı nüfus artışına paralel çarpık, plansız ve denetimsiz kentleşme sürecinde 1930 tarihli 1580 sayılı Belediye Kanunu’nun yetersiz kaldığı tartışmaları yapılmıştır.

1974 yılında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, DPT, Büyük İstanbul Nazım Plan Bürosu ve OECD yetkilileri tarafından Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Semineri’nde İstanbul için öne sürülen ve fakat tüm büyükşehirlerde uygulanabilirlik nitelikleri taşıyan yönetsel örgütlenme önerileri tartışılmıştır¹⁰.

⁹ ALICI, Orhan Veli, “Büyükşehir Belediyesi İle İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler: İstanbul Örneği”, Beta Yayınları, İstanbul-2012, s. 12-23; TUZCUOĞLU, s. 96 vd.

¹⁰ ŞENYAPILI, Önder, “Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Semineri”, Mimar-

1960'lı yılların başından itibaren Bakanlar Kurulu tarafından İstanbul, İzmir ve Ankara İllerinde imar planlama büroları kurulmuş, bu büroların sayısının 1980 yılına kadar sayısı 10'a ulaşmıştır. Bu dönemde büyük kentlerin yönetimi konusunda yasal düzenlemeler yapılmaya çalışılmışsa da yürürlüğe konulamamıştır¹¹.

Hatta bu konudaki çözüm arayışları sonrasında 1978 yılında “Hızlı değişim sürecindeki toplumumuzda yepyeni bir gerçek olarak gelişen yerel yönetimlerin yönetsel ve mali tıkanıklıkları gidermek, böylece bu yönetimlere etkinlik ve işlerlik kazandıracak düzenlemeleri yapmak” amacıyla Yerel Yönetim Bakanlığı kurulmuştur¹².

1980 öncesi büyükşehir yönetimi konusunda uygulamaya geçirilmek istenen yasal ve kurumsal değişimlerin başarı ulaşmamasında en büyük etken olarak 1961 Anayasa'sına ters düşme kaygısı olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de 1961 Anayasa'sında yerel yönetimler düzenlenmiş olmasına rağmen büyük kentlerin yönetimine yer verilmediği görülmektedir¹³. Bu dönemde metropoliten yönetimlerin oluşturulmasına yönelik çalışmalar ve yasal düzenlemeleri kronolojik olarak belirtmek gerekirse;

1965 Bakanlar Kurulu kararı ile İmar ve İskan Bakanlığı'na bağlı olarak İstanbul, Ankara ve İzmir'de 'Nazım İmar Plan Büroları'nın Kurulması.

1972 Bakanlıklararası İmar Koordinasyon Kurulu'nun Kurulması.

1972 İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan 'Metropoliten Hizmet Birliği Yasa Tasarısı'

lık Dergisi, S.3, Mart-1975. s.17-20. (<http://dergi.mo.org.tr/dergiler/4/476/7057.pdf>, E.T. 13.05.2013)

¹¹ KELEŞ, s.74; EKE, s.52.

¹² URHAN, Vahide Feyza, “Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılandırılması”, Sayıştay Dergisi, S.70. s. 88.

¹³ 1961 Anayasasının 116. maddesinde ; “Mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının müşterek mahalli ihtiyaçlarını karşılayan ve genel karar organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişileridir... Mahalli idarelerin kuruluşları, kendi aralarında birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir. Bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır.” düzenlemesine yer verilmiştir.; EKE, s.52.

1975 İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan ‘İstanbul Metropolitan Hizmet Birliği

Yasa Tasarısı’.

1979 Bakanlar Kurulu tarafından ‘Planlama ve Eşgüdüm Kurulu’nun’ Kurulması.

1980 ‘İçişleri Bakanlığı ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanan ‘Büyük-kent Birliği

Yasa Tasarısı’.

1980 ‘2561 sayılı Büyükşehirlerin Yakın Çevresindeki Yerleşim Yerlerinin Ana Belediyelere Bağlanması Hakkında Yasa¹⁴.

3.2. 3030 SAYILI KANUN VE OLUŞTURDUĞU MODEL

1980 Askeri müdahalesi sonrasında yürürlüğe konulan 1982 Anayasası’nda yerel yönetimlere yer verilmiş olmakla birlikte, ayrıca Anayasa’nın 127. maddesi ile ‘Büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimleri getirilebilir’ hükmü metropolitan yönetim sisteminin oluşturulabilmesine dayanak oluşturmuştur. Bu hükümden hareketle 23.03.1984 tarih 195 sayılı KHK’yı değiştiren 27.06.1984 tarih ve 3030 sayılı Kanunla Büyükşehir Belediyelerinin yönetimi düzenlenmiştir¹⁵.

3030 sayılı Kanun’a göre, bir yerde büyükşehir belediyesi kurulması için, belediye sınırları içinde birden fazla ilçenin bulunması, eğer yoksa öncelikle merkezi idare tarafından en az iki ilçenin kurulması öngörülmüştür. 3030 sayılı Kanunda nüfus ölçütü bulunmamaktadır.

3030 sayılı Kanun’un 3. maddesinde, ‘‘Belediye sınırları içinde birden faz-

¹⁴ ERDUMLU, GÜNGÖR, ‘‘Büyükşehir Belediyeleri Araştırması’’, DPT Sosyal Planlama Genel Müdürlüğü Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara-1993, s.48-49 (aktaran, TEKEL, Ayşe, ‘‘Türkiye’de Metropolitan Alan Yönetiminden Metropolitan Yönetişime Geçiş: Ankara Örneğinde Bir Değerlendirme’’, Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, s. 197 internet erişimi; http://www.iibf.selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/71348077595.pdf E.T. 23.03.2013)

¹⁵ SENCER, Muzaffer, ‘‘Türkiye’nin Yönetim Yapısı’’, Alan Yayıncılık, 2. Baskı, Ekim-1992, s. 305.

la ilçe bulunan şehirleri” büyükşehir olarak tanımlanmış, 4. maddesinde de büyük şehirlerde büyükşehir adı ile büyükşehir belediyesi kurulacağını hüküm altına alınmıştır. Aynı kanunun uygulanmasına yönelik Yönetmeliğin 3. maddesine göre; belediye sınırları içinde merkez ilçe dahil olmak üzere birden fazla ilçe bulunan şehirler büyükşehir, büyükşehirlerde kurulan belediyeler ise büyükşehir belediyesi olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere Ülkemizde ilk Büyükşehir Belediyesi Kanunu olan 3030 sayılı Kanunu’na göre iki kademeli bir yönetim modeli öngörülmüş, bu yapıda üst kademede “Büyükşehir Belediyesi” ve alt kademede “Büyükşehir İlçe Belediyesi” bulunmaktadır, 1993 yılında 504 sayılı KHK ile de bu yapıya “Büyükşehir Alt Kademe Belediyesi” eklenmiştir. Bu kavramla, büyükşehir belediyeleri sınırları içinde yer alan ve merkezi idarenin taşra teşkilatı olan ilçelerin bulunmadığı belediyeler kastedilmektedir. Aslında alt kademe belediyeleri terimiyle ifade edilmek istenen kavram, ilçe belediyeleridir¹⁶.

Bu modelde, üst kademe ağırlıklı biçimde tasarlanmış ve büyükşehirde oldukça önemli yetkiler ve kent bütünlüğüne yönelik hizmetler üst kademeye verilmiş, daha yerel nitelikte ve daha katılıma duyarlı olduğu düşünülen hizmetler alt kademeye bırakılmış, ayrıca Büyükşehir Belediyesi’ne koordinasyon görevi de verilmiştir.

Ülkemizde büyükşehir dönüşme sürecinde, üst kademe değil, aslında alt kademe kurulmuştur. Daha açık bir ifadeyle, örneğin Bursa’da Bursa Belediyesi, büyükşehir dönüşmüş ve büyükşehir sınırı içinde üç yeni ilçe belediyesi oluşturulmuştur. Dolayısıyla, kimi zaman dile getirildiği gibi, “üst kademe sadece koordinasyonla sorumlu olsun, alt kademe ise çok daha fazla alanda yetkili olsun” şeklindeki öneriler bir temenni olarak kalmıştır¹⁷.

3030 Sayılı Kanun’un 14. maddesinin 3. ve 4. fıkraları ile Büyükşehir Be-

¹⁶ YILDIRIM, Ramazan, “Diyarbakır’daki İlçesiz İlçe Belediyeleri ya da Alt Kademe Belediyeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Haziran-1997, s. 235.

¹⁷ ARIKBOĞA, Erbay, “Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform”, Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 2, Haziran 2012, s.5.

lediyelerinin Yönetimi Hakkında 3030 Sayılı Kanunun Uygulaması ile ilgili Yönetmelik'in 42. maddesine göre, ilçe ve alt kademe belediye meclislerinin bütün kararları büyükşehir belediye başkanının onayına sunulması gerekmektedir. Büyükşehir belediye başkanı, onay için kendisine sunulan ilçe ve alt kademe belediye meclisi kararlarını en geç onbeş gün içinde inceleyerek, onamak istemediği kararları, tekrar görüşülmek üzere meclise iade edebilmekteydi. İlçe ve alt kademe belediye meclisi, kararlarında ancak üye tam sayısının 2/3 çoğunluğuyla ısrar ettiği takdirde karar kesinlik kazanıp uygulanabiliyordu.

Kanunda, büyükşehir belediye başkanına, yalnızca ilçe belediye meclis kararlarını onaylama ya da onayı reddedip geri gönderme yetkisi tanınmış olduğu halde, yukarıda anılan yönetmeliğin 42. maddesi ile buna "tadilen tasdik" yetkisi de eklenmişti. Yönetmelikle getirilen bu düzenlemenin, hem yönetmeliklerle ilgili olarak Anayasanın 124. maddesinde öngörülen temel ilkelere ve hem de vesayet yetkisinin ancak kanunla öngörülüp düzenlenebileceğine dair, Anayasanın 127. maddesine aykırı olduğu ifade edilmiş ve nitekim söz konusu hüküm Danıştay 6. Dairesinin 17.12.1996 tarih ve E. 1996/469, K. 1996/5824 sayılı kararlarıyla iptal edilmiş olup, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 14.05.1999 tarih ve E. 1997/301, K. 1999/681 sayılı kararlarıyla da onanmıştır¹⁸.

Mevcut modeldeki temel kurgu bağlamında, Büyükşehir Belediye meclisinin oluşumuna da değinmek gerekir. Mevcut modelde Büyükşehir Belediye meclisi üyeleri doğrudan seçilmemektedir. Bunun yerine ilçe belediye başkanları ile ilçe belediye meclis üyelerinin 1/5'nin, Büyükşehir Belediye meclis üyesi olarak da görev yapması benimsenmiştir.

Büyükşehir belediyeler, 3030 sayılı Yasayla ilk olarak 1984 yılında üç büyük kentte (İstanbul, Ankara ve İzmir) kurulmuş, 1999 yılına gelindiğinde ise bu sayı 16'ya çıkmıştır¹⁹.

¹⁸ KAPLAN, Gürsel, "5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu İle 5393 Sayılı Belediye Kanununa Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerindeki Denetim", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan), Yıl: III, Sayı: 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 237 vd. (www.idare.gen.tr sitesinden alınmıştır.)

¹⁹ ARIKBOĞA, s. 6.

II. YEREL YÖNETİMLER REFORMU VE ÖLÇEKLENDİRME SORUNU

1. ÖLÇEKLENDİRME SORUNU

3030 sayılı Kanun döneminde büyükşehir modeli dar bir kentsel alanda uygulama alanı bulmuştur. Bu alan, üç büyük kent dışındaki diğer örneklerde, çok daha dar biçimde belirlenmiştir.

2000’li yıllara gelindiğinde ise kapitalizmin en önemli mekanları olan Büyükkentler’in ekonomik olarak cazibe merkezi haline getirilmesi kapsamında ölçeklendirilme problemi ortaya çıkmıştır. Ülkemizde etkinlik, verimlilik ve kaynak tasarrufu ekseninde yapılan bu tartışmalar kapsamında Büyükşehirlerin ölçeklendirme girişimleri yapılmaya başlanmıştır.

Dünyada, Metropoliten alanların yönetimine ilişkin kavramsal çerçeveyi çizen yaklaşımları “Kamu Tercihi Okulu, Bütünleşmeci Yaklaşımlar ve Metropoliten Yönetişim Yaklaşımı” olmak üzere üç ana başlık altında incelenmektedir.

Kamu Tercihi Okulu yaklaşımını benimseyen akademisyenler genel olarak “Liberalizmin, ‘toplum bireyler toplamından oluşur’ varsayımını kendine temel almıştır... Bu okulun görüşleri, metropoliten bir alanda sayısı yüzlere varabilen yerel yönetim birimlerinin varlığına dayalı parçalı bir yönetim yapısını olumlamaktadır”.

Bütünleşmeci yaklaşımlar ise gerek “yeni bölgeci yaklaşım” olsun, gerekse “kent-bölgeleri yaklaşımı” olsun, kamu tercihi okulunun aksine çok parçalı bir yapı yerine, kıt kaynakların daha etkin kullanımına olanak sağlayacağını ileri sürdükleri, küçük yerel yönetim birimlerinin güçlerinin daha büyük bir merkezde birleştirildiği bölge temelli veya kent-bölge temelli bir yapıyı savunmaktadırlar.

Metropoliten Yönetişim yaklaşımında ise “piyasa dostu etkin devlet” paradigmasıyla birlikte bölgelerin avantajlarını daha “rekabetçi” bir anlayış içinde “yer temelli” ve “yerel ortaklı” bir eksende artırma hedefi, bölge politikalarının temel amacı haline gelmiştir.

Ülkemizde büyükşehirlerin ölçeklendirme problemi etkinlik-verimlili-

lik-kaynak tasarrufu kapsamında tartışılması, kentleşme sürecinin de bir yandan artan ve göç eden nüfusun büyük kentlerde yoğunlaşırken, öte yandan, küçük yerleşimlerin barındırdığı nüfus önemli ölçüde düşmesi nedenleriyle 2004 yılında yapılan reformların ve ardından yapılan Kanun değişikliklerinin bütünleşmeci yaklaşım çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Bu yaklaşım küçük belediyelerin kapatılması ve büyük ve orta ölçekteki belediyelerin ise sınırlarının genişletilmesi şeklinde etki göstermiştir²⁰.

2. 2004 YEREL YÖNETİMLER REFORMU SONRASI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİ

2.1. 5216 SAYILI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ KANUNU (PERGEL YASA)

Metropoliten bölge yönetimine ilişkin olarak en önemli gelişmelerden birisini de 10.07.2004 tarihinde TBMM’de kabul edilmiş olan ve 23.7.2004 tarihli ve 25531 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile büyükşehir belediyelerinin kuruluş ve görevlerinin düzenlenmesi oluşturmuştur.

Ölçeklendirme sorunun tartışıldığı 2000’li yıllarda, bütünleşmeci yaklaşımın etkisiyle 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Büyükşehir yönetim modeli, 1984-2004 döneminde görece daha dar bir kentsel alanda kapsamaktayken, 2004 yılında başlayan yeni dönemde, bu alan daha geniş biçimde tanımlanmıştır.

Bu Kanun ile büyükşehirin kurulduğu ilin Valilik binası merkez kabul edilerek, nüfusu 1.000.000’a kadar olan iller 20 km, 2.000.000’a kadar olanlar 30 km, 2.000.000’den fazla olan illerde ise 50 km yarıçap olarak çizilecek daire içinde kalan bölüm Büyükşehir Belediye sınırlarını oluşturmaktadır. Sadece Kocaeli ve İstanbul illerinin sınırı mülki idare sınırı olarak kabul edilmiştir. Kamuoyunda “pergel düzenlemesi” şeklinde eleştirilere konu olan bu dairesel sınır, Büyükşehir Belediyesi’nin kesin idari sınırı olmayıp, izafi bir sınırdır.

²⁰ ÇINAR, Tayfun/ÇİNER, Can Umut/ZENGİN, Ozan, “Büyükşehir Yönetimi Bütünleştirme Süreci”, TODAİE Yayın No:352, Yerel Yönetimler Yayın No:26, Ankara-2009, s. 7,10, 15,16 ve 23.

Gerçek idari sınır, Büyükşehir Belediyesi içine giren belediye ve köylerin idari sınırını takip etmekte, dolayısıyla girintili çıkıntılı bir seyir izlemektedir²¹.

Bu yasada iki kademeli yönetim modeline devam edilmiş, büyükşehir belediye sınırları içinde kalan belediyeler ilk kademe belediyesi, ilçe belediyeleri de büyükşehir ilçe belediyesi adını almıştır. İlk kademe belediyesi, 3030 sayılı Kanun döneminde alt kademe belediyesi olarak adlandırılan yönetim birimine tekabül eden, merkezi idarenin taşra örgütlenmesinin bulunmadığı yerlerde kurulan belediye örgütlenmesidir.

5216 sayılı Kanun, büyükşehir belediyesi olabilmenin şartlarını değiştirmiş, bunun için en az üç ilçe ve ilk kademe belediyesinden oluşmanın yanında 3030 sayılı Kanun'dan farklı olarak fiziki yerleşim durumları ve ekonomik gelişmişlik durumlarının uygun olması halinde Belediye sınırları içindeki ve bu sınırlara en fazla 10.000 metre uzaklıktaki yerleşim birimlerinin son nüfus sayımına göre toplam nüfusu en az 750.000 olan il belediyeleri yasayla büyükşehir belediyesi yapılabilecektir.

5216 sayılı Kanun'un en önemli özelliği büyükşehir belediyelerinin sınırlarını dolayısıyla yetki ve sorumluluk alanını genişletmiş olmasıdır. Büyükşehir belediye sınırları içinde kalan orman köyleri hariç tüm köylerin tüzel kişilikleri kaldırılarak mahalleye dönüştürülmüştür.

(Bu kanun ile merkezi idarenin büyükşehirler üzerindeki vesayet yetkisini kısıtlamıştır. Bu nedenle idari işler kurulu tarafından verilen kararlar var. Mesela valilerin vs kararlar aleyhine daha önce 1. Daireye vesayet amacıyla yaptıkları başvurular bu kez ancak idari yargıda dava yoluyla olabiliyor, bu da vesayet denetimini zayıflatıyor)

2.2. 2004 REFORMUNUN ÖNEMLİ HALKASI: 5747 SAYILI KANUN

Nüfusun hızlı artışına ve kırsal alanlardan göçüne paralel olarak, yerleşim yerlerinin sayılarında ve nüfus yoğunluklarında önemli değişimler yaşanmış küçük belediyelerin sayıları artarken barındırdıkları toplam nüfus sürekli azalmaktadır. Ülkemizde kentleşme sürecinde bir yandan artan ve göç eden nüfus

²¹ ARIKBOĞA, s. 7-8.

büyük kentlerde yoğunlaşırken, öte yandan, küçük yerleşimlerin barındırdığı nüfus önemli ölçüde düşmüştür.

1980’li yıllardan itibaren nüfusu azalan kırsal alanlarda olumsuz gelişmeler yaşanmaya başlamış ve hiçbir bilimsel temele dayanmayan siyasi yaklaşımlarla küçük yerleşim yerlerinin belediye haline getirilmesi süreci hızlandırılmış ve bu çelişkili uygulamaların sonucunda küçük yerleşim yerlerinin sorunları daha çok ağırlaşmıştır.

Belediye yerleşimleri ve ölçekleri konusunda 2002 yılında yapılan araştırmada küçük belediyelerle ilgili olarak aşağıdaki sonuçlar elde edilmiştir:

- Küçük belediyelerin önemli bir kısmı, büyük belediyelerin (ilçe, il, büyükşehir) etrafında kümelenmiştir.
- Küçük belediyelerin birçok yerel kamu hizmetini yürütemedikleri görülmektedir.
- Küçük belediyelerde teknik eleman istihdam etme kapasitesi çok düşüktür.
- Küçük belediyelerde katılım ortamı, halkın katılım kapasitesi ve belediyelerin katılım ortamı yaratma kapasitesi çok düşüktür.
- Küçük belediyelerin mali yapıları büyük ölçüde genel bütçe vergi gelirlerine bağımlıdır. Öz gelir elde etme kapasitesi düşüktür. Cari harcamalar bütçe içinde çok büyük pay tutmaktadır.

Küçük belediyelere yapılan ilk önemli müdahale, 1980 askeri darbesinden sonra meydana gelmiş ve büyük kentlerin etrafında yer alan küçük belediyelerin tüzel kişilikleri Milli Güvenlik Konseyi’nin 34 No’lu kararında yer alan *“ülkemizde hızlı nüfus artışı ve köyden göçün sonucu olarak büyük kentlerimizin yakınlarında teşekkül etmiş olan belediyeler; aydınlatma, su, kanalizasyon ve ulaştırma gibi hizmetlerin yeterli bir şekilde halka götürülememesine ve kontrolün aksamasına neden olmaktadır”* gerekçesi ile kaldırılmıştır.

2000’li yıllara gelindiğinde küçük ölçekli belediyeler konusunda önemli gelişmeler yaşanmış ve belediye ölçeğine yönelik olarak bazı reformlar yapıl-

mıştır. İlk olarak, 2005 tarihli 5393 sayılı Kanunla kapsamlı düzenlemeler yapılarak, belediye kurulması zorlaştırılmış ve belediye kuruluşunda nüfus şartı 5000'e ve uzaklık kriteri 5000 metreye çıkarılarak küçük yerleşim yerlerinde belediye kurulması uygulamasına son verilmiştir.

5747 sayılı “Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile temel bazı düzenlemeler yapılmıştır. 2004 belediye reform girişiminin en önemli halkalarından biridir. Bu Kanunla nüfusu 2000'in altına düşen belde belediyelerinin tamamı kapatılmış, büyükşehir belediye sistemimiz içinde yer alan ilk kademe belediyeleri uygulamasına son verilmiştir. Bu çerçevede toplam 862 belde belediyesi, nüfusu 2000'in altına düştüğü için köye dönüştürülmüş, 283 ilk kademe belediyesinden 35'i ilçe belediyesine, 8'i büyükşehir dışına çıkarılarak belde belediyesine, 239'u bağlı oldukları ilçe belediyesine bağlanarak mahalleye, 1'i büyükşehir dışına çıkarılarak köye, dönüştürülerek 240 ilk kademe belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır²².

2.3. 5747 SAYILI KANUN'A İLİŞKİN YARGI KARARLARI: 5747 SAYILI KANUN'UN AKAMETE UĞRAMASI

Ana Muhalefet Partisinin 5747 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurması üzerine Anayasa Mahkemesi, Kanun'un büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri ile ilgili olan bölümlerini Anayasaya aykırı bulmamış, ancak belde belediyelerini ilgilendiren geçici 1'inci maddesi ile ilgili olarak kısmi iptal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi “5393 sayılı Belediye Kanunu'nun halen yürürlükte olan 8'inci maddesinde, ... bazı koşulların varlığına bağlı olarak, nüfusu 2.000'in altına düşen belediyelerin, birleşme ve katılmalar ile nüfuslarını bu sayının üzerine çıkarmalarına, böylece tüzel kişiliklerini korumalarına olanak sağlanmaktadır.

²² CANPOLAT, Hasan, “Türk Yerel Yönetim Sisteminde Ölçek Reformları ve 5747 Sayılı Kanunla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 467, Haziran 2010, s.93-95, (internet erişimi: www.tid.gov.tr/Makaleler/467hasancanpolat.pdf E.T:23.05.2013); YAYLI, s. 137.

5747 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin yürürlüğe girdiği 22.3.2008 tarihinden önce, birleşme veya katılma prosedürünü 5393 sayılı Yasa'nın 8'inci maddesine göre sonuçlandırarak nüfusunu 2.000'in üzerine çıkaran belediyelerin hukuk güvenliklerinin korunması gerekli bulunmaktadır. (Ayrıca) 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 11'inci maddesinde de, nüfusu 2.000'in altına düşen belediyelerin, Danıştay'ın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığı'nın önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürüleceği belirtilmektedir.” .

Mahkemeye göre, “Adrese Dayalı Nüfus Sayım sonuçlarının, ilgili belediyelere yazılı olarak bildirilmediği, Resmî Gazete'de yayımlanmadığı dikkate alındığında, ilgili belediyelerin, kendilerine ilişkin nüfus sonuçlarından, en geç 5747 sayılı Yasa'nın Resmî Gazete'de yayımlandığı 22.3.2008 tarihi itibarıyla haberdar olduklarının ve idari dava açma sürelerinin de bu tarih itibarıyla başlayacağını kabulü gerekir.

Hukuk devletinin sağladığı hukuk güvenliğinden yararlanarak ve yasaların kendilerine verdiği bir hakkı kullanarak, tüzel kişiliklerinin köye dönüştürülmesine esas alınan nüfus sayım sonuçlarının gerçeği yansıtmadığından bahisle, 5747 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla nüfuslarının 2.000'in üzerinde olduğunu ileri sürerek idari dava açan belediyelerin tüzel kişiliklerinin, açtıkları davaların sonucu beklenilmeden köye dönüştürülmesi ile Yasa'nın yürürlüğe girdiği 22.3.2008 tarihinden önce 5393 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yapılan katılma işlemi ile nüfusu 2000'in üzerine çıkan belediyelerin tüzel kişiliklerinin köye dönüştürülmesi Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesinin bu yorumları sonucunda Kanun'un geçici 1'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Yasa'ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden;

1- Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar,

2- Yasa'nın yürürlüğe girdiği 22.3.2008 tarihinden önce 5393 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yapılan katılma işlemi ile nüfusu 2000'in üzerine çıkanlar,

3- Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca saptanan “2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alanlar yönünden, 31.10.2008 günlü, E. 2008/34, K. 2008/153 sayılı kararla iptaline karar verilmiş ve yasanın uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir²³.

2.4. DANIŞTAY’IN TUTUMU

5747 sayılı Kanun’un uygulanması ile ilgili olarak İçişleri Bakanlığı tarafından 01.05.2008 gün ve 2008/34 sayılı bir genelge yayımlanmıştır. 5747 sayılı Kanunla ilgili olarak İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan bu Genelgenin iptali istemiyle Kovanlık Belediyesi tarafından dava açılmıştır. Kovanlık Belediyesinin itirazını değerlendiren Danıştay 8. Dairesi kararında;

“5747 sayılı Yasa ile Türkiye İstatistik Kurumu tarafından 31 Aralık 2007 itibarıyla gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayım sonuçları esas alınmak suretiyle, nüfusu 2.000’in altına düşen belde belediyelerinin köye dönüştürülmesi amaçlanmış, ancak söz konusu sonuçlar ilgili belediyelere yazılı olarak bildirilmemiş ve Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır.” denilmiştir.

Ayrıca, Daire kararında “Türkiye İstatistik Kurumu”na gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarının, Resmi Gazete’de yayımlanmadığı ve ilgili belediyelere tebliğ edilerek sonuçlara itiraz veya iptal davası açma imkanı tanınmadığına ve yasanın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru hakkı da olmadığına göre, davacı belediye tarafından nüfus sayımı sonuçlarının gerçeği yansıtmadığından bahisle, 5747 sayılı Yasanın uygulanmasına ilişkin Genelgenin iptali istemiyle açılan bu davanın da Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen adrese dayalı nüfus sayımı sonucuna karşı açılan davalar kapsamında olduğunun kabulünün zorunlu olduğu; bu durumda, Ana-

²³ Anayasa Mahkemesi’nin 31.10.2008 tarih ve E: 2008/34; K: 2008/153 sayılı kararı (R.G. Tarih-Sayı: 06.12.2008-27076); ÇINAR/ÇİNER/ZENGİN, s.132-133.

yasa Mahkemesi kararında, Genelgenin dayanağı 5747 sayılı Yasa'nın geçici 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar yönünden iptaline karar verildiğinden, dava açan belediyelerin tüzel kişiliklerinin devam ettiği tartışmasıdır.²⁴ denilerek genelgenin iptaline karar verilmiştir.

Danıştay bu kararı ile "Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar", ibaresine genişletici yorum getirerek, yasal süresi içerisinde dava açma tarihi ile ilgili olarak, bu sürenin başlangıç tarihinin Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 22.3.2008 değil, Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih olan 06.12.2008 olduğuna karar vermiş ve (60) günlük dava açma süresinin bu tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Böylece Ek (44) sayılı listede yer alan 862 belde belediyesinin tamamına dava açma yolu açılmış ve sadece 6 belde belediyesi dava açmamış ve tüzel kişiliği sona ermiş bulunmaktadır.

2.5.YÜKSEK SEÇİM KURULU'NUN KARARLARI

Yüksek Seçim Kurulu tarafından 5747 sayılı Kanun ile tüzel kişilikleri kaldırılan belediyelerin 29 Mart 2009 tarihinde yapılacak olan mahalli idareler seçimlerine belediye olarak mı, yoksa köy ya da mahalle olarak mı katılacakları konusunda kararlar verilmiştir.

YSK, 23 Aralık 2008 tarihli kararında²⁵, Danıştay'ın yukarıda bahsettiğimiz tutumunun YSK tarafından benimsendiği görülmekte, Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 06.12.2008 tarihinden sonra (60) günlük dava açma süresi içinde dava açan belde belediyelerinin yerel seçime belde olarak gireceklerini aynen Danıştay gibi kabul etmiş ve bu kararlardan sonra Kanunun belde belediyeleri ile ilgili kısmı uygulanamaz bir hal almıştır.

²⁴ Danıştay 8. Dairesi 19.12.2008 tarih ve E:2008/4826, 2008/8384 sayılı kararı.

²⁵ 24.12.2008 tarih ve 27090 sayılı Resmi Gazete.

Bu karardan sonra YSK, 12.02.2009 tarih ve 153 sayılı ve 17.02.2009 tarih ve 183 sayılı kararları ile hangi belde belediyelerinin 29 Mart 2009 Mahalli İdareler Genel seçimlerine katılamayacağını karara bağlamıştır. Bu durumda YSK, seçime katılamayacağı belirtilen 25 belde belediyesi dışında kalan ve Ek 44 sayılı listede yer alan 862 belediyeden 837 belde belediyesinin seçime girebileceğine ve tüzel kişiliklerinin devam ettiğine hükmetmiş bulunmaktadır.

Sonuç olarak, yaşanan bu süreçte sadece 6 belde belediyesi dava açmamış ve tüzel kişiliği sona ermiş bulunmaktadır. Ayrıca 17 belde belediyesi bağlı oldukları il ya da ilçe belediyesine mahalle olarak katılma kararı almışlar ve YSK bu belediyelerin yasal süre içinde dava açmış olmalarını göz önünde bulundurmayarak bunların katıldıkları il veya ilçe belediyesinin mahallesi olarak seçime gireceğine hükmetmiştir²⁶.

3. REFORMUN SON HALKASI: 6360 SAYILI KANUN

6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 06/12/2012 tarihli ve 28489 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Genel gerekçesi iki temel üzerine inşa edilen yasa ile hizmet sunumu bakımından daha etkili ve verimli bir yönetsel yapının inşa edileceği ve bu yapının demokratik hayata katılımı sağlayacağı ifade edilmiştir.

Geniş ölçekli planlama politikalarının uygulanması, imar bütünlüğünün sağlanması, teknolojiden yararlanılması, nitelikli teknik personelin istihdam edilmesi ile verimliliğin artması, etkin kaynak kullanımı ve bölüşümünün sağlanmasına katkı yeni yapıdan beklenen olumlu gelişmeler olarak yasa gerekçesinde yer almaktadır²⁷.

Keleş, geçmiş dönemlerde İmar ve İskân Bakanlığı, Yerel Yönetimler Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan yasa tasarılarının

²⁶ CANPOLAT, s. 96-109; ÇINAR/ÇİNER/ZENGİN, s. 134-137.

²⁷ 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un gerekçesi, internet erişimi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1316.pdf>, Erişim Tarihi: 13.05.2013.

hizmet birlikleri modeline dayandığını, İSKİ'nin kuruluşunun bir özel amaçlı örgütler modeli olduğunu belirtmektedir.

“Yerel yönetimlerin büyüklüklerine göre en uygun sınırların çizilmesi amacıyla, ya da kentsel komünlerin bu toplulukları oluşturan insanların istençlerine bakılmaksızın özeysel yönetim eliyle yasayla birleştirilmesi” olarak ifade edilen, yerel hizmetlerin etkinliğini sağlayan ancak özerkliğini zedeleyen birleştirme modelinin ülkemizde 1980 yılında çıkarılan 34 sayılı MGK Kararı ve daha sonra uygulanan küçük belediyelerin kapatılması biçiminde uygulandığını belirtmektedir²⁸.

Keleş'in bu değerlendirmesi açısından bakıldığında birleştirme modelinin 6360 sayılı Kanun ile uygulanmaya devam edildiği görülmektedir. Nitekim 6360 sayılı yasanın yürürlüğe girmesi ile ilk yerel seçimde 29 il özel idaresi ile 1591 belde belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılmış olacaktır. Her ilde büyükşehir belediyesi dışında sadece ikinci kademe belediye örgütü olarak ilçe belediyeleri kalacak, bu ilçe sınırları içindeki belde belediyeleri ise kapatılarak o ilçenin birer mahallesine dönüştürülecektir. Bu şekilde büyükşehir belediyesi sınırları içinde kaldığı için kapatılacak belde belediyesi sayısı 1022'dir²⁹.

Söz konusu Kanun ile bir yandan mevcut 16 ile ek olarak 13 ilde daha büyükşehir belediyesi kurulması sağlanırken diğer yandan da büyükşehir belediyelerinin sınırları il sınırlarına kadar genişletilmektedir. Mevcut ve yeni kurulan Büyükşehir Belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı buldukları ilçenin belediyesine katılmıştır.

6360 sayılı Kanun ile Büyükşehir Belediyesinin kanundaki tanımında da değişmiştir. Büyükşehir Belediyesinin tanımı, ilk halinde;

“a) Büyükşehir belediyesi: En az üç ilçe veya ilk kademe belediyesini kapsayan, bu belediyeler arasında koordinasyonu sağlayan; kanunlarla verilen gö-

²⁸ KELEŞ, Ruşen, “*Yerinden Yönetim ve Siyaset*”, Cem Yayınevi, İstanbul-2012, s.317-318.

²⁹ ERSOY, Melih, “6360 Sayılı Yasa ve Mekânsal Planlama Sorunları”, internet erişimi, <http://www.melihersoy.com/wp-content/uploads/2012/04/6360-say%C4%B11%C4%B1-Yasa-ve-Mekansal-Planlama-Sorunlar%C4%B14.pdf>, Erişim Tarihi:13.05.2013.

rev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; idarî ve malî özerkliğe sahip ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini,

6360 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ise;

“a) Büyükşehir belediyesi: Sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan; idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini,” şeklinde ifade edilmiştir.

Büyükşehir belediyelerine, 5216 sayılı Kanunu 7’ nci maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinde yer alan, terminal ve otopark, (s) bendinde yer alan mezarlık ve (t) bendinde yer alan hal ve mezbahalara ilişkin görevleri ile temizlik hizmetleri ve adres ve numaralandırmaya ilişkin görevlerini belediye meclisi kararı ile ilçe belediyelerine devredebileceği ve birlikte yapabileceği hükmü getirilmiştir.

III. BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ VE İLÇE - İLK KADEME BELEDİYESİ İLİŞKİLERİ

1. REFORM VE İLİŞKİLER

2004 reformu sonrası çıkarılan 5216 sayılı Kanun’un ilk halinde, büyükşehir belediye meclisinin oluşumu konusunda ilçe belediye meclisinden ve ilk kademe belediye meclisinden gelen üye sayıları arasında fark vardı. İlk halinde ilçe belediyeleri beşte bir, ilk kademe belediyeleri ise onda bir oranında meclis üyelerini büyükşehir belediye meclisine göndermekteydiler. 5335 sayılı Kanun ile bu oran her iki belediye türü içinde beşte bir oranında eşitlenmiştir³⁰.

Büyükşehir belediyesi ile ilçe ve alt kademe belediyesi arasındaki ilişkiler 5216 sayılı Kanun’un 11., 7. ve 27. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca 5216 sayılı Kanun’un 16. maddesine göre (değişmeden önceki) büyükşehir belediye meclisi ile ilçe belediye meclislerinin kararlarının yürürlüğe girmesi için bü-

³⁰ ÇINAR/ÇİNER/ZENGİN, s.79-80 ve 82.

yükşehir belediye başkanına gönderilmesi gerekmektedir.

5216 sayılı Kanun'un 11. maddesi büyükşehir belediyesini, ilçe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemekle yetkilendirmektedir. Denetim yetkisi, konu ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi istemeyi, incelemeyi ve gerektiğinde bunların örneklerini almayı içerir. Bu amaçla istenecek her türlü bilgi ve belgeler en geç onbeş gün içinde verilir.

7. maddede büyükşehir belediyesinin görevleri sayılırken (b) bendinde "... Büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plâna uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar plânlarını, bu plânlarda yapılacak değişiklikleri, parselizasyon plânlarını ve imar ıslah plânlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak" görevi büyükşehir belediyesine verilmiştir.

Bu iki düzenleme büyükşehir alanında imarla ilgili olarak tek yetkili yönetimin büyükşehir belediyeleri olduğunu göstermektedir. 27. madde de idareler arasındaki hizmet ve koordinasyon ilişkisi düzenlenmiştir³¹.

2. 5747 SAYILI KANUN SONRASI İLİŞKİLER

5747 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye sistemimiz içinde yer alan ilk kademe belediyeleri uygulamasına son verilmiştir

5747 sayılı Kanun'da yerel özerklik bakımından belki de en önemli düzenleme büyükşehir belediye başkanlarının büyükşehir ilçe belediye meclis kararları üzerindeki vesayet yetkisini kaldırmasına ilişkin düzenlemedir.

3030 sayılı Kanun ve paralel bir şekilde 5216 sayılı Kanunda da yer alan, ilçe ve ilk kademe belediye meclislerinin bütçe ve imarla ilgili olanlar dışındaki kararlarının yürürlüğe girmesi için büyükşehir belediye başkanına gönderilmesini öngören hüküm 5747 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede ilçe belediye meclis kararlarının, tıpkı 5393 sayılı Kanun'da olduğu gibi, yü-

³¹ YAYLI, s. 123.

rürlüğe girebilmesi için mülki amire gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Kanun'un ilk haline göre, (14. madde);

“İlçe ve ilk kademe belediye meclislerinin bütçe ve imarla ilgili olanlar dışındaki kararları dayanak belgeleriyle birlikte büyükşehir belediye başkanına gönderilir. Büyükşehir belediye başkanı, yedi gün içinde, gerekçesini de belirterek hukuka aykırı gördüğü kararların yeniden görüşülmesini isteyebilir. İlgili meclis, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kararında ısrar ederse karar kesinleşir.

Kesinleşen kararlar yedi gün içinde büyükşehir belediyesine gönderilir. Belediye başkanı, kesinleşen kararın iptali için on gün içinde idarî yargı merciiine başvurabilir.”

Ayrıca 5747 sayılı kanunla büyükşehir kapsamındaki ilçe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararlar, kararın gelişinden itibaren üç ay içinde büyükşehir belediye meclisi tarafından nazım imar planına uygunluğu bakımından incelenerek aynen veya değiştirilerek kabul edildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderileceğine dair hükümden sonra gelmek üzere, üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde onaylanmayan kararların onaylanmış sayılacağı hükmü getirilerek, ilçe belediyelerinin uygulama imar planlarının büyükşehir belediye meclisinde sürüncemede bırakılma ihtimalinin önüne geçilmiştir.

3. BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ İLE İLÇE BELEDİYESİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.

O halde, İdari vesayet, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu istisnai yetki hiyerarşi ise aynı kamu tüzel kişilik içinde üstün ast üzerinde sahip olduğu doğal yetki olarak tanımlanabilir.

Bu bakımdan Büyükşehir ile Büyükşehir ilçe Belediyesi olmak üzere iki ayrı tüzel kişilik arasındaki ilişkinin niteliği konusunda farklı yorumlar yapılmaktadır.

Konuyla ilgili doktrinde, Güran; Büyükşehir Belediyesinin ilçe belediyesi üzerinde sahip olduğu bu denetim yetkisini iç idari vesayet, başka bir yazısında ise iç vesayet kavramını kullanmıştır. Bu yetkinin mahiyeti itibarıyla genel olarak idari vesayete, özel olarak da hiyerarşiye benzediğini ileri sürmektedir.

İlhan Özyay, bu ilişkini ne hiyerarşi, ne de alışılmış bir vesayet yetkisi olduğunu ileri sürerek merkez dışı iki farklı tüzel kişilik arasındaki denetim ilişkisinin dış idari denetim olarak adlandırmaktadır.

Yıldızhan Yayla ise, bu ilişkinin hiçbir yönüyle hiyerarşiye benzemediğini, idari vesayet tanımının Anayasanın bütünleyici amacı doğrultusunda genişletilmesi gerektiğini, bu açıdan bakıldığında idari vesayet ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir.

Danıştay'da 3030 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda bu ilişkinin niteliğini idari vesayet ilişkisi olarak değerlendirmektedir.

Kemal Gözler ise, Kanunlar ile Büyükşehir Belediyesi ile İlçe belediyeler arasında vesayet ilişkisi kurulabileceğini, 5216 sayılı Kanun'da bu ilişkinin kurulduğunu, ancak bu ilişkinin anayasal dayanağı olmadığını, ancak bu kanunların Anayasal dayanağının olmaması hukuka aykırı olmayacağını ileri sürmektedir³².

İdarenin bütünlüğü ilkesi açısından da konu ele alındığında, yukarıdaki nitelendirmelerden kanımızca en uygun olanının Yıldızhan Yayla tarafından yapıldığı söylenebilir.

SONUÇ

Kurulduğundan bu yana büyükşehir belediyeleri, ülkemizde, yerel yönetimlerin en dinamik , en hızlı gelişen ve yayılan birimi olmuştur. Bugün itibarıyla ülke nüfusunun yarıya yakın bir kısmı büyükşehir belediye sınırları

³² ALICI, s. 166-176.

içinde yaşamaktadır. 6360 sayılı Kanun'un uygulamaya başlaması sonrasında bu oranın daha da yükselecektir.

Büyükşehir belediyeleri ülkemizde ilk kurulduklarında her ne kadar koordinasyon, planlama gibi genel nitelikteki hizmetleri yürütmek için kurulmuş ve asıl değil de ikincil nitelikte olması gerektiği yönünde bir vasıf yüklenmiş ise de zamanla uygulamadan alınan verim ve küçük belediyelerin sorunları nedeniyle asıl niteliğe büründüğü gözlemlenmektedir. Hatta bu yönü nedeniyle büyükşehir belediyesinin kurulduğu yerlerdeki alt kademe diğer belediyelerin varlığı ve etkinliği sorgulanır hale gelmiştir.

2000'li yıllarla birlikte büyükşehirlerin ölçeklendirilmesi sorunu gündeme gelmiş ve bu kapsamda yeni düzenlemelere başvurulduğu görülmektedir. Bu dönemde yapılan reformların Büyükşehir belediyelerinin güçlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu eğilim sonucu küçük belediyeler sorunları sebebiyle de olsa gerek bu reformlardan nasiplerini almışlardır.

Bütünleşmeci/birleştirmeci anlayış çerçevesinde hazırlanan 2004 reformlarının en önemli halkasını oluşturan 5747 sayılı Kanun'un yargı kararlarıyla akamete uğratılması nedeniyle, 6360 sayılı Kanun'un Büyükşehir modelini mekansal olarak daha da genişleterek yeni bir uygulama alanı yarattığı görülmektedir.

Ülkemizde büyükşehir modeli uygulanmaya başlandığı günden bu yana genişleyerek gelişmeye devam etmekte, belki de ilerleyen zamanlarda yerel yönetimler bazında ülkenin tamamının Büyükşehir modeli sisteminde yönetilecektir. Bu kapsamda büyükşehir belediyesi olan yerlerde valilerin varlığına son verilmesi de bir soru olarak yerel yönetimlerin geleceği konusunda belireceği de açıktır.



KAYNAKÇA

ACAR, Abdurrahman, “Büyükşehir Belediyelerinin İlçe ve Alt Kademe Belediyeleri Üzerindeki İnceleme ve Uygulamayı Denetleme Yetkisinin Sınırı”, Sayıştay Dergisi, Temmuz-Eylül 1997, Sayı:26.

ALICI, Orhan Veli, “Büyükşehir Belediyesi İle İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler: İstanbul Örneği”, Beta Yayınları, İstanbul-2012.

ARIKBOĞA, Erbay, “Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform”, Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 2, Haziran 2012.

BERK, Ahmet, “Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri”, Sayıştay Dergisi, S. 49, 2003.

CANPOLAT, Hasan, “Türk Yerel Yönetim Sisteminde Ölçek Reformları ve 5747 Sayılı Kanunla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 467, Haziran 2010, s.93-95, (internet erişimi: www.tid.gov.tr/Makaleler/467hasancanpolat.pdf)

ÇINAR, Tayfun/ÇİNER, Can Umut/ZENGİN, Ozan, “Büyükşehir Yönetimi Bütünleştirme Süreci”, TODAİE Yayın No:352, Yerel Yönetimler Yayın No:26, Ankara-2009.

EKE, Ali Erkan, “Anakent Yönetimi ve Yönetimler Arası İlişkiler: Batı Dene-yimi ve Türkiye”, Amme İdaresi Dergisi, C.18, S.4.

ERSOY, Melih, “6360 Sayılı Yasa ve Mekânsal Planlama Sorunları”, (internet erişimi, [http://www.melihersoy.com/wp-content/uploads/2012/04/6360-say%-C4%B1%C4%B1-Yasa-ve-Mekansal-Planlama-Sorunlar%C4%B14.pdf](http://www.melihersoy.com/wp-content/uploads/2012/04/6360-say%C4%B1%C4%B1-Yasa-ve-Mekansal-Planlama-Sorunlar%C4%B14.pdf).)

ERYILMAZ, Bilal, “Belediyelerde Demokrasi Geleneği ve Değişim İhtiyacı”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 11, S. 3, Temmuz-2002.

KAPLAN, Gürsel, “5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu İle 5393 Sayılı Belediye Kanununa Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerindeki Denetim”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan), Yıl: III, Sayı: 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 237 vd. (www.idare.gen.tr sitesinden alınmıştır.)

KELEŞ, Ruşen, “Türkiye’de Anakent Yönetimi”, Amme İdaresi Dergisi, C.18,S.2, 1985.

KELEŞ, Ruşen, “Yerinden Yönetim ve Siyaset”, Cem Yayınevi, İstanbul-2012, s.317-318.

ORTAYLI, İlber, “Türk Belediyesinin Denetim Yetkisinin Tarihi Gelişimi ve Günümüzdeki Durumu”, Amme İdaresi Dergisi, C.6, S.4.

SENCER, Muzaffer, “Türkiye’nin Yönetim Yapısı”, Alan Yayıncılık, 2. Baskı, Ekim-1992.

ŞENYAPILI, Önder, “Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Semineri”, Mimarlık Dergisi, S.3, Mart-1975.

TEKEL, Ayşe, “Türkiye’de Metropolitan Alan Yönetiminden Metropolitan Yönetişime Geçiş: Ankara Örneğinde Bir Değerlendirme”, Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, s. 197 internet erişimi; http://www.iibf.selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/71348077595.pdf

TUZCUOĞLU, Ferruh, “Metropolitan Yönetim”, Sakarya Kitabevi, Sakarya-2003.

TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, “Bir Demokrasi Klasığı: Alexis De Tocoqueville’de Demokrasi Kültürünün Temel Kurumları Olarak Yerel Yönetimler”, Doğu Batı Dergisi, Y.6, S.21.

URHAN, Vahide Feyza, “Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılandırılması”, Sayıştay Dergisi, S.70.

YAYLI, Hasan, “Türkiye’de Belediyelerin Yeniden Yapılandırılması: 2004 Belediye Reform Çalışmalarının Değerlendirilmesine Yönelik Bir Çalışma”, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2008.

YILDIRIM, Ramazan, “Diyarbakır’daki İlçesiz İlçe Belediyeleri ya da Alt Kademe Belediyeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Haziran-1997.

DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE LAİKLİK BAĞLAMINDA DİN EĞİTİMİ VE ÖĞRETİMİ

*Religious Education and Training In Terms of Secularism
and the Freedom of Thought, Religion and Conscience*

Yüksel GÜNARSLAN *

ÖZET

Türkiye'nin yakın geçmişinde gündemdeki yerini hiçbir zaman kaybetmeyen laiklik meselesi en çok da eğitim sistemi üzerinden tartışılmıştır. Devletlerin eğitimi, kendi ideolojileri çerçevesinde tek tip birey yetiştirme aracı olarak görmeleri alışıldık bir durumdur. Cumhuriyetin ilanından sonra gerçekleştirilen eğitim reformları ile de amaçlanan "ümmetçi" bir toplumdaki, "Türk" kimliğini benimsemiş bir ulus devlet yaratmaktır. Bu noktada devletin eğitim politikalarının belirlenmesinde başvurulan ilkelere en önemlisi Anayasamıza ilk olarak 1937 yılında giren laiklik ilkesi olmuştur. Laiklik ilkesi eğitim üzerinden bir sosyal dönüşüm ve modernleşme aracı olarak görülmüş ve bu hususta başarılı da olmuştur. Ancak tarihsel süreç içerisinde laiklik merkezli eğitim uygulamaları bir takım hak ihlallerine ve toplumsal barışı tehdit edecek sorunlara yol açmıştır. Bu durum aslında laiklik ile din ve vicdan özgürlüğü kavramları arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde kurulamamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu çalışmayla, din eğitim ve öğretiminin, hak ihlallerine neden olmayacak biçimde nesnel, demokratik ve çoğulcu bir yapıya kavuşturulmasında, din ve vicdan özgürlüğü ile laiklik kavramlarından ne anlaşılması ve bu kavramlar arasındaki ilişkinin nasıl kurulması gerektiğinin tespiti amaçlanmıştır. Bu kapsamda, her iki kavram genel hatları ile açıklanmış ve insan hakları açısından önemlerine değinilmiştir. Din ve devlet ilişkilerindeki tarihi, siyasi ve sosyal farklılıklar dolayısıyla, din eğitim ve öğretim politikaları da birbirinden farklı olan Fransa, İngiltere ve Almanya'daki uygulamalar, ülkemizdeki durum ile karşılaştırmaya olanak verecek şekilde ele alınmıştır. Ülkemizdeki uygulamalar ise, tarihsel akış ve ortaya çıkardığı bazı sorunlar ile birlikte, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ışığında ve "laiklik" ile "din ve vicdan özgürlüğü" kavramlarının uzlaşısı ekseninde değerlendirilmiştir.

* Boğazlıyan Cumhuriyet Savcısı - yukselgunarслан@gmail.com

Anahtar Kelimeler: Laiklik, Din ve Vicdan Hürriyeti, Din Eğitimi, Zorunlu Din Dersi, İmam Hatip Liseleri

ABSTRACT

The matter of secularism saving its place on the agenda in the recent past of Turkey has been mainly argued on the issue of educational system. It is highly common that governments, within the scope of their political view, consider education as a vehicle to standardize individuals. Via the educational reformations following the proclamation of the republic it has been aimed to convert the society adopting “*islamic ummah*” into a state-nation embracing “*Turkish*” identity. At this point, the principle of secularism enshrined in 1937 is the most important principle that the government has applied to determine its educational policy. The principle of secularism is regarded as a vehicle social change and modernisation through education and in this respect it has worked. However, in the historical process secularism-based educational practices cause some abuse of rights and give trouble that threaten the social peace. Indeed, it is because of the fact that the relationship between concepts of secularism and freedom of thought, religion and conscience has not been properly built.

This study aims to find out what to understand from the concepts of secularism and the freedom of thought, religion and conscience and how to build a relationship between these concepts on the issue of converting religious education and training into an objective, democratic and pluralist structure without causing any abuse of rights. In this respect, these two concepts, secularism and freedom of thought, religion and conscience, are roughly explained and its importance in terms of human rights is mentioned. The practices in France, England and Germany whose religious education and training is different because of the historical, political and social differences are discussed enabling us to compare the case in our country. The practices in our country are discussed in the conciliator line of concepts of secularism and the freedom of thought, religion and conscience in the light of national and international court decisions with the historical flow and the problems posed.

Key Words: Secularism, Freedom of Thought, Religion and Conscience, Religious Education, Compulsory Religion Lessons, İmam Hatip Schools



I. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE LAİKLİK

A. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Kavram Olarak

Sözlük anlamı itibari ile din, “*Tanrı’ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum*”, vicdan ise “*Kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç*”tür.¹ Her ne kadar din kavramı teolojik ve sosyolojik olarak çok farklı şekillerde ifade edilebilir ise de bu kavramın en temel özelliği “*inanç*”a dayanması, sorgulanamaması ve bireyin bütün yaşamında etkili olabilmesidir. Teolojik niteliği bir kenara bırakıldığında dinin sosyolojik olarak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren siyasi inançlar ve bağlılıklar, aile ve toplum ilişkileri, sosyal sermaye ve ekonomik yapı üzerindeki etkilerini her geçen gün arttırdığı söylenebilir.² Bir dine mensup olmak, o dinin zorunlu olarak önerdiği dünya sistemine gönüllü bir katılımı ifade eder.³ Din yalnızca birey ve tanrı arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kurum değildir. Tarihsel, sosyolojik, felsefi ve teolojik bir kurum olması nedeniyle insanı ve toplumu çevreleyen bir kavramdır. Dinin teorik boyutunun yanı sıra uygulama yönünün de ağırlık taşıması nedeniyle dini yalnızca bir vicdan veya kanaatin ortaya konması olarak kabul etmek doğru olmayacaktır.⁴ Hemen bütün dinlerde ilahi olan ile inanan arasındaki ilişki sadece bireysel değildir. Bu ilişki kolektif bir nitelik arz etmekte olup dinsel topluluğun örgütlenmesine varacak derecede yoğundur.⁵ Dinin toplumsal hayat üzerindeki etkilerinin bir kısım sosyologların beklentilerinin aksine her geçen gün artması bir takım toplumsal sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların çözümü açısından din ve vicdan hürriyetinin doğru bir şekilde algılanması ve toplumsal-siyasal hayatta uygulanmasının büyük bir

¹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, e.t. 05.05.2012

² Darren E. Sherkat/ Christopher G. Ellison, “Din Sosyolojisinde Son Gelişmeler ve Gündemdeki Tartışmalar”, Çev. İhsan Çapcıoğlu, **AÜİFD**, C.XLV, S.1, Yıl 2004, s.232.

³ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002, s.361.

⁴ Tevhit Ayengin, **İnsan Hakları Sözleşmelerinde Din ve Vicdan Hürriyeti**, İnsan Hakları ve Din Sempozyumu, 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yay., Çanakkale 2010, s.107.

⁵ Kaboğlu, s.362.

önemi bulunmaktadır. Din ve vicdan özgürlüğü, “*inançsızlıkla insanlara önerilenler içinde bir dine katılma arasında tercih serbestliği ve dinin gereklerini bireysel veya toplu uygulama serbestliği olarak tanımlanabilir.*” Bu özgürlük hiçbir tanrısal veya dinsel inanca sahip olmama, bundan veya bir dine mensup olmaktan dolayı kınanmama veya ayrıma tabi tutulmama hak ve dokunulmazlıklarını kapsar.⁶

Din ve vicdan özgürlüğü, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin (İHEB) 18. maddesinde “*Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını, tek başına veya topluca ve kamuya açık veya özel olarak öğretme, uygulama, ibadet ve uyma yoluyla açıklama serbestliğini de kapsar.*” şeklinde ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin (BMMSHS) 18. maddesinde İHEB m.18’de ifade edilen din ve vicdan özgürlüğü dört madde halinde ayrıntılı olarak vurgulanmıştır.⁷ Din ve vicdan özgürlüğü yine 1950 tarihinde imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 9. maddesinde diğer temel belgelerdekilere benzer şekilde düzenlenmiştir.⁸ Bu özgürlük yukarıda sayılanlar dışında birçok ulusal ve uluslararası belge ve anayasalarda koruma altına alınmıştır. Ancak bu özgürlüğün

⁶ Kaboğlu, s.364.

⁷ **BMMSHS m.18** “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz. 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir. 4. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, ana-babaların ve, uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler.”

⁸ **AİHS m.9** “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

kapsamının tanımlanmasını uluslararası düzeyde sağlayan en önemli belge 25 Kasım 1981 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Din ya da İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüşüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri”dir.⁹

Türkiye açısından bakıldığında yukarıda değinilen uluslararası belgelerdeki düzenlemelere paralel bir şekilde 1982 Anayasasının 24. maddesindeki hükme göre herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.¹⁰ Ancak Türkiye’deki laiklik anlayışının müdahaleci karakteri ve devletin dinlere, mezheplere ve inançsızlığa eşit mesafede konumlanmamış olması nedeniyle ilgili anayasa maddesinin din ve vicdan özgürlüğünün kötüye kullanılması yasağını düzenleyen son fıkrası, dini inancın her türlü sosyal görünümünü yasaklamaya müsait olması nedeniyle eleştirilmektedir.¹¹

2. İnsan Hakları Açısından Önemi

Din, ortaçağın sonuna kadar iktidarların meşruiyet kaynağı olarak kabul edildi. Bu dönemde dinin „*sorgulanamama*“ özelliği kaynağını oluşturduğu iktidarlar için de geçerliydi. Dinin meşruiyet dayanağı olduğu toplumlarda inanç özgürlüğünün en önemli öğelerinden olan „*farklılıkları tanıma*“ hiç bir zaman kabul görmedi. Devletin bir dininin olması ve bu dinin toplumun tüm üyelerince benimsenmesi ülke açısından istikrar nedeni olarak varsayıldı. An-

⁹ Berke Özenç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, İstanbul 2006, s.22; Bildirinin türkçe tercümesi için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/bm/bm_21.pdf, e.t. 26/05/2012

¹⁰ **1982 Anayasası m.24** “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitimi ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

¹¹ TÜSİAD, **Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu**, Tüsiad Yay., Mart 2011, s.24, ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf, e.t. 26/05/2012

cak özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında bütün dünyayı büyük bir felakete sürükleyen faşizm dalgası, din ve vicdan hürriyetinin ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki bir kurum olarak kabul görmesini sağladı. Faşizmin en temel özelliği düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne yönelik doğrudan müdahalede bulunmasıydı. Faşist rejimler her zaman tek tip birey yaratma çabası içinde olmuşlardır. Bu noktada din, vicdan, inanç veya başka herhangi bir kıstas ile ülkenin egemen dinamiklerine tabi olmayan, kısaca “*farklı*” olan kişiler, bu farklılıklarını dile getirmeseler dahi rejim için bir tehlike olarak görülmüşlerdir. Bu tip devletlerde mutlak doğru tektir ve insanlardan bu doğruyu vicdanen kabul etmeleri ve hayatlarını bu doğruya göre idame ettirmeleri beklenir. Bireyin en özel ve en içsel alanına yapılan bu müdahale ise diğer hak ve özgürlükleri müdahaleye açık hale getirmektedir.¹² 20. yüzyılda yaşananlara duyulan tepki sonucunda bir modern çağ kurumu olan “*insan hakları*”nın tam olarak ortaya çıkarılabilmesi amacıyla “*din ve vicdan özgürlüğü*” uluslararası belgelerde güvence altına alınmıştır.

İnsan hakları kavramı, kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar anlamına gelmektedir. İnsan hakları dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Bir başka deyişle bu haklar, bireylerin yalnızca insan olmalarından kaynaklanan ve hiçbir şekilde elinden alınamayacağı haklarıdır.¹³ Bu anlamda insan hakları, insan değerini korumayı ve insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesini amaçlayan üstün kurallar bütünüdür.¹⁴ İnsanın, her şeyden önce kendi iç dünyası üzerinde dokunulamaz bir hakkı bulunmaktadır. Kendi özgür iradesi ile yaşamını sürdüremeyen bireyin manevî varlığını geliştirme şansı yoktur. İnsanın vicdanı üzerine uygulanacak baskı o kişiyi ikiyüzlü bir varlık haline getirecektir. İnsan onuruna uygun bir yaşam ancak bireyin kendi şahsiyetini yaşadığı toplum içerisinde özgürce ortaya koyabilmesi ile mümkündür.

¹² Özenç, s.14-15.

¹³ Hilal Sanioğlu, “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, **TBB Dergisi**, S.74, Yıl 2008, s.77; M. Metin Arslan, “Demokrasi ve İnsan Hakları”, <http://iop-fethiye-08112010.wikispaces.com/file/view/DEMOKRAS%C4%B0+ve+%C4%B0NSAN+HAKLARI.doc>, e.t. 25/06/2014, s.2.

¹⁴ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2004, s.43; Arslan, s.2.

İnsanı yalnızca doğumu ve ölümü arasında bir takım yaşamsal fonksiyonlarını yerine getiren bir varlık olarak kabul etmek bireyin doğasını inkâr etmek anlamına gelecektir. Din ve vicdan hürriyeti, diğer birçok hakkın kullanılabilmesi için uygun ortamı oluşturan ve bir üstün kurallar bütünü olan insan haklarının en önemli parçalarından biridir.

B. LAİKLİK

1. Kavram Olarak

Eski Yunanda “*Laikos*” terimi yönetim aygıtını elinde tutamayan ve yönetilen “*halk*” anlamına gelmekteydi. Ortaçağ kilise latinesinde ise “*Laicus*”, kiliseye ve dolayısıyla ruhban sınıfına mensup olmayan kişi anlamında kullanılmıştır.¹⁵ Laiklik işte bu iki sınıf arasındaki çatışmadan beslenerek ortaya çıkan batı kökenli bir kavramdır. Laikliğin felsefi, sosyolojik, siyasi ve hukuki açılardan farklı anlamları bulunmakla birlikte genel olarak dinin ve devletin her birinin kendi alanlarında bağımsız olması, dinsel alan ile devlete ait kamusal alanın birbirinden ayrılması, devletin belli bir dini temsil etmemesi ile dinler ve inançlar karşısında tarafsız olması anlamına gelir. Laiklik, siyasal anlamda dinsel görüş ve kurumları siyasal otoritenin dayanağı olmaktan çıkarılan bir siyasal örgütlenme ilkesidir. Laik bir devlette, egemenliğin kaynağının halka dayanması nedeniyle halkı oluşturan bireyler din, mezhep, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce gibi nedenlerle herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın eşit konumdadırlar.¹⁶ Devletin dini ve dinleri tanımaması laikliğin olumsuz yönünü; inanç ve vicdan özgürlüğünü sağlaması, ayin ve ibadetlerin serbestçe yapılmasını güvence altına alması ise olumlu yönünü oluşturur. Laikliğin olumsuz yönü devletin dinlerin varlığını kabul etmediği anlamına gelmemekte olup, bütün dinlerin mensuplarına eşit davranması, dinsel cemaatlerle devlet kurumlarının ayrılmış olması ve kamu yönetiminin din kurallarından etkilenmemesi anlamına gelir.¹⁷ Laik devlet, anılan özellikleri nedeniyle tek eksenli

¹⁵ Mehmet Ali Kılıçbay, “Laiklik ya da Bu Dünyayı Yaşayabilmek”, **Cogito**, S.1, Yaz 1994, s.16.

¹⁶ Mehmet Kahraman, “Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye’de Laiklik”, **MKÜSBED**, C.5, S.9, 2008, s.59-60.

¹⁷ Kaboğlu, s.378.

dinsel inanç ya da devlet güdümlü din anlayışıyla bağdaşmaz. Laiklik, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında, değişik inanç ya da dinlere karşılıklı saygı esasını içerir.¹⁸

Laiklik değişik toplumlarda tarihi, siyasi, sosyal ve kültürel nedenlerden dolayı farklı şekillerde algılanmış ve bu suretle farklı uygulama biçimleri ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda laikliğin farklı bir biçimi de laikçilik/laisizm'dir. Laikçilikte din ve vicdan özgürlüğüne dayalı anlayış yerine akıl merkezli, neyin iyi ya da neyin kötü olduğunu belirleyici militan bir anlayış egemendir. Bu tip bir laiklik anlayışında din ve devlet birbirinden tamamen bağımsız unsurlar olmayıp, din devletin güdümünde bulunmaktadır. Laikçilik, laikliğin çoğulcu, bireyci ve demokratik nitelikleri ile örtüşmeyen bir kavramdır.¹⁹

Hukuki, siyasi ve felsefi temelleri olan diğer birçok kavram gibi laiklik kavramı da farklı sınıflandırmalara konu olmuştur. Laikliği benimsemiş devletlerde, din-devlet ilişkisinin belirlenmesine yönelik politikaların oluşturulması sürecinde verilen ideolojik mücadelelerin etrafında toplandığı iki farklı laiklik anlayışını açıklayan “*pasif ve dışlayıcı laiklik*” ayrımı, bu farklı sınıflandırmalardan bir diğeridir. Buna göre, “*dışlayıcı laiklik*” dini kamusal alandan bütünüyle çıkarmak ve onu özel alanla sınırlamak için devletin “*dışlayıcı*” bir tutum izlemesini; “*pasif laiklik*” ise devletin, dinin kamusal görünürlüğüne göz yumarak din karşısında “*pasif*” bir tavır takınmasını ifade etmektedir.²⁰ Bu ayrımı ortaya koyan Ahmet T. Kuru'ya göre, bir ülkede laikliğin pasif veya dışlayıcı mahiyette ortaya çıkışı, o devletin kuruluş sürecindeki siyasi ilişkilerin niteliğine bağlıdır. Türkiye ve Fransa örneklerinde olduğu gibi, yeni bir rejim olarak ortaya çıkan Cumhuriyet, önündeki en büyük engel olarak, “*monarşi*” ve “*hakim din*” ile “*her ikisi arasındaki ittifak*”a dayanan “*devr-i sabık*”ı (*eski rejim*) görmektedir.²¹ Eski rejimde “*hakim din*”in, monarşinin meşruiyet kaynağı ve en önemli dayanak noktası olması nedeniyle yeni rejimi kuranlar, dinin kamusal rolüne karşı pozisyon almakta ve dinin siyaset, hatta

¹⁸ Kahraman, s.60.

¹⁹ Kahraman, s.60.

²⁰ Ahmet T. Kuru, **Pasif ve Dışlayıcı Laiklik- ABD, Fransa ve Türkiye**, Çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s.14.

²¹ Kuru, s.26.

toplum, üzerindeki etkisine karşı çıkmaktadırlar.²² Bu tepkiye, “*monarşi*”nin yarattığı sosyal hoşnutsuzluktan “*monarşi*” ile ittifak halindeki “*hakim din*”in sorumlu tutulması da eklenince, laiklik tipi olarak “*dışlayıcı laiklik*” benimsenmektedir.²³

Türkiye’de laikliğin kökeni Tanzimat dönemine kadar dayanmaktadır. Bu dönemde eşitlik ilkesi kapsamında özellikle gayrimüslimlerin din ve vicdan hürriyeti ile ilgili olarak önemli gelişmeler yaşanmış olup, hukuk ve eğitim alanlarında din dışı veya din ötesi unsurların da benimsenmesi sağlanmıştır. Cumhuriyetin ilanına kadar bu durum devlet idaresinde ve toplumsal hayatta ikili bir yapının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte öncelikle 1924 yılında hilafet kaldırılmış ve ardı sıra gelen bir takım yenilikler ile Osmanlı Devletinin teşkilatlı dini, bireylerin vicdanları ile sınırlandırılmış bir inanç haline getirilmeye çalışılmıştır.²⁴ Osmanlı Devletinde 19. yüzyılda başlayan modernleşme/dünyevileşme süreci Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte büyük bir ivme kazanmıştır. Bu modernleşme/dünyevileşme düşüncesi tarihsel süreç içerisinde aydınların ve siyasetçilerin benimsediği bir ideoloji halini almıştır. Bu durum cumhuriyetin ilk yıllarındaki siyasal uygulamaların laiklik yönünden oldukça katı ve hatta radikal olmasını sağlamıştır. Laiklik ilkesinin seçkin bir kısım aydın ve siyasetçi tarafından ülkeye dayatıldığı ve bu nedenle halktan yeterli desteği görmediği yönünde eleştiriler bulunmakta ise de bu durum laiklik ilkesinin Türkiye açısından modernleşme/dünyevileşme yönünde kuvvetli bir dönüştürücü etki yarattığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.²⁵ Dönemin koşulları değerlendirildiğinde, Osmanlı İmparatorluğu gibi içerisinde çok farklı unsurları barındıran ve belirleyici unsuru din olan bir siyasal mekanizmadan “*Türk*” kimliğinde bir ulus devlet yaratmak için gereken ortam için laikliğe değil ama laikçiliğe ihtiyaç duyulduğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda devlet toplumsal, kültürel, siyasal ve ahlaki yapıyı dönüştürme görevini laiklik ilkesiyle temellendirmeye çalışmıştır. Laiklik uygulamalarını genel anlamda din özgürlüğüne önem veren demokratik anglo-sakson tipi la-

²² Kuru, s.31.

²³ Kuru, s.26.

²⁴ Nilüfer Narlı, “Türkiye’de Laikliğin Konumu”, *Cogito*, S.1, Yaz 1994, s.24.

²⁵ Nuray Mert, „Laiklik Tartışması ve Siyasal İslam”, *Cogito*, S.1, Yaz 1994, s.95-96.

iklik ve dinin kontrol ya da baskı altında tutulmasını hedefleyen Fransız tipi laiklik olarak ikiye ayırmak mümkündür. Türkiye'nin laiklik ile ilgili sorunlarının kaynağı çoğu zaman Fransız tipi laiklik sisteminin benimsenmiş olması olarak gösterilmektedir. Ancak Türkiye'de laikliğin rejime yönelik gerçek veya sanal tüm tehditlere karşı bir savunma mekanizması olarak görülmesi nedeniyle Fransa'da uygulanan laiklik ile birebir örtüştüğünü söylemek güçtür.²⁶ Laiklik ilkesine her iki ülkenin anayasalarında üstün norm olarak yer verilerek, diğer ülkelerden farklı biçimde, teknik bir hukuksal kurum olarak kabul edilmesi, geçmişte cumhuriyeti kurma ve yerleştirme, günümüzde ise cumhuriyeti ve getirdiği yaşam biçimini korumada ideolojik bir araç olarak kullanılması yönlerinden benzerlikler olsa da, laikliğin hukuksal yorumunda ve ideolojik işlevinin uygulanma yönteminde ciddi farklar bulunmaktadır.²⁷ Bu yorum ve uygulama yöntemindeki farklılıklar neticesinde, Fransız Hukukunda din ve vicdan özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanmasına hizmet eden bir araç olarak kullanılan laiklik ilkesi, Türk Hukukunda din ve vicdan özgürlüğünün antitezi olarak kabul edilmiş ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasında bir araç olarak kullanılmıştır.²⁸ Her iki ülkede benzer tarihi ve siyasi koşullar içerisinde kurumsallaşan ve "dışlayıcı" nitelik taşıyan laiklik anlayışının, din eğitim ve öğretimi ile dini örgütlenmeler konularında, Türkiye'de Fransa'ya oranla daha katı uygulanmasının nedeni, laikliğin kurumsallaşma sürecinde Fransa'da demokrasinin, Türkiye'de ise yarı otoriter bir rejimin olmasıdır.²⁹ Çok partili döneme 1946 yılında geçen ve bu tarihten sonra kısa aralıklarla askeri darbe ve müdahalelerin yaşandığı Türkiye'de, laikliğin tüm boyutları ile tartışılabileceği sağlıklı bir demokrasi ortamının oluşmaması nedeni ile halkın büyük çoğunluğu tarafından kabul görmeyen çeşitli laiklik uygulamalarında, kısa süre öncesine kadar, herhangi bir yumuşama olmamıştır.³⁰ Fransız araş-

²⁶ Kahraman, s.72.

²⁷ Ali Ulusoy, "Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması", **Liberal Düşünce**, C.4, S.14, Bahar 1999, s.238; Kuru, Türkiye ve Fransa'da laikliğin ortak algılanış biçimini şu şekilde ifade etmektedir; „*Türk ve Fransız anayasaları laikliği, din-devlet ilişkilerine belli bir çerçeve kazandıran fonksiyonel bir hukuk ilkesinin ötesinde, devletin kimliğini tanımlayan resmi ideoloji olarak görmektedirler.*“ Kuru, s.15-16.

²⁸ Ulusoy, s.242.

²⁹ Kuru, s.114.

³⁰ Kuru, s.161.

tırmacı Pierre- Jean Luizard, Türkiye’de, Fransa’da olduğu gibi din ve devlet arasındaki bağın kopartılması yerine, dinin devletleştirilmesi- millileştirilmesi sureti ile kontrol altına alınmaya çalışıldığını, bu durumun Fransız modelinden ziyade Fransa’nın sömürgelerinde uyguladığı laiklik modeline benzediğini ifade etmiştir.³¹

2. İnsan Hakları Açısından Önemi

Laikleşmiş modern toplumun başlıca iki özelliği, çoğulculuk ve bireyciliktir. Çoğulculuk, toplumdaki hiçbir grubun, çoğunlukta olsa bile, görüşlerini bir başka gruba dayatamayacağı anlamına gelir. Çoğulcu toplumlarda her bir grup öteki grupların dinsel yaklaşımlarına engel olmayacak biçimde dinsel ibadetini yerine getirme özgürlüğüne sahiptir. Bireycilik ise her bir kişinin yaşam biçimi ile ilgili kendi seçimini kendisinin yapma hakkı ve zorunluluğudur. Bu kişisel kararlar temel ve vazgeçilemez insan özgürlükleri olarak kabul edilir ve sıklıkla “*insan hakları*” deyimini ile özetlenirler.³²

Batıda ortaya çıktığı haliyle laiklik, din çatışmalarını ve insanların inançlarından dolayı baskı görmelerini önleyen, din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan bir toplumsal uzlaşma aracıdır.³³ Laik devlet, dinlere ve dini gruplara eşit mesafede olmak suretiyle herhangi bir grubun bir diğerinden üstün olmadığı demokratik bir ortam yaratır. Demokrasi ise temelde insan haklarının tam anlamıyla gerçekleşmesi için gerekli olan siyasal ve toplumsal düzlemi ifade etmektedir. Bu nedenle laiklik, demokrasi ve insan hakları açısından vazgeçilmez bir kavram olmakla birlikte, her laik devletin demokratik veya insan haklarına saygılı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu noktada laikliğin uygulama biçimi insan hakları ve demokrasinin kökleşmesi ve sürdürülebilirliği açısından ayırt edici bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda laiklik, bireyin özgürlüklerini devlet veya diğer birey ve grupların dünyevi veya dinsel baskıları olmadan

³¹ Pierre-Jean Luizard, “Türkiye’de Sömürge Modeli Laiklik Uygulanıyor”, Röportaj Ali İhsan Aydın, http://www.zaman.com.tr/dunya_turkiyede-somurge-modeli-laiklik-uygulaniyor_664395.html, e.t. 29.06.2014

³² S.J. Thomas Michel, “Laisizme Katolik Bir Bakış”, Çev. Deniz Şengeç, **Cogito**, S.1, Yaz 1994, s.106.

³³ Kahraman, s.58.

kullanabilmesi anlamına da gelmektedir. Türkiye açısından bakıldığında ise ortaya çok farklı bir manzara çıkmaktadır. Laiklik ve özgürlükler arasındaki ilişki batıdan farklı olarak “uzlaşma” yerine “çatışma” olarak görülmüş ve genel itibarıyla laiklik/özgürlük çatışmasında laikliğe öncelik tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi de birçok kararında laikliğin Türkiye’de, batıda olduğu gibi uygulanamayacağına değinmiş ve laiklik/özgürlük dengesini laiklik lehinde bozmuştur.³⁴

Laiklik, farklılıklara ve herkesin hakkına saygı gösteren ve kimseyi inançları sebebi ile dışlamayan bir sosyal felsefe olması nedeniyle aynı zamanda bir hümanizmadır.³⁵ Laikliğin bu insancıl yapısı nedeniyle, bugün Avrupa’da din gibi laikliğin de dayatılmayacağını öngören bir demokratik laiklik anlayışı kabul görmektedir.³⁶

II. AVRUPA’DA VE TÜRKİYE’DE DİN EĞİTİMİ

A. GENEL OLARAK

Dünyada ve Türkiye’de din eğitimi konusuna geçmeden önce laik bir ülkede din eğitiminin gerekli olup olmadığı hususuna değinmek faydalı olacaktır. Yukarıda dini açıklamaya çalışırken dinin yalnızca birey ve tanrı arasındaki ilişkilerden ibaret olmadığını, kolektif bir yönünün bulunduğunu, bireyin bü-

³⁴ **AYM, E.1989/1, K.1989/12, KT.07/03/1989;** “Türkiye’de lâiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansiyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır...Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının, batıyla geniş ilişkiler içinde bulunulsa da batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan karşılanması gereken sonucudur....Türkiye için lâiklik anlayışı, tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır...Türk Ulusu’nun yücelmesi bakımından lâikliğin Anayasa’da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa’da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur...Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz.”

³⁵ Bakır Çağlar, “Türkiye’de Laikliğin “Büyük Problem”i” Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine, **Cogito**, S.1, Yaz 1994, s.116.

³⁶ Kahraman, s.75.

tün hayatını etkileyen bütüncül bir yapıda olduğunu ve yalnızca teorik bir kavram olmayıp uygulamaya da önem verdiğini ifade etmiştik. En ilkel dinler bile toplumları düzeltmek, ahlaken ve manen yükseltmek iddiası taşırlar. Dinler, mensuplarından yalnızca inanmalarını değil, inandıkları gibi yaşamalarını da talep eder. Bu nedenle din ve vicdan hürriyetinin kapsamını “dinin” bu özellikleri üzerinden değerlendirdiğimizde sosyal hayattan tecrit ederek bireyin vicdanı ile sınırlandırılmayacağını söyleyebiliriz. Bu hususta Avrupa Konseyi’nin 5 Şubat 1993 tarihinde demokratik toplumda dini hoşgörü ile ilgili almış olduğu 16 maddeden oluşan 1202 sayılı tavsiye kararının 3. maddesinde din tarifi “*din, kişinin kendisiyle, tanrısıyla, tabiatla ve toplumuyla olan ilişkisinin artması manasını taşır*” şeklinde yapılmıştır.³⁷

Din tıpkı ahlak, hukuk, iktisat ve siyaset gibi bireyler arası ilişkileri düzenleme amacı taşıyan bir disiplindir. Bu noktada din eğitimi bireyin bu disiplinler arasındaki ilişkiyi ve özellikle de din ile diğer disiplinler arasındaki ilişkiyi doğru bir şekilde algılayabilmesi için gereklidir. Birey, içerisinde bulunduğu toplumun kültürel kodlarından etkilenmektedir. Bu noktada sosyolojik ve kültürel olarak dinin hemen hemen bütün toplumların kültürel kodlarını belirleyen en önemli unsurlardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Din eğitimi bireyi içerisinde bulunduğu toplumun kültürünü bütün yönleriyle anlayabilmesi için de gereklidir.³⁸ Din, genel itibariyle soyut kavramlar üzerinden temellendirilen ve gelişimini yorum metoduyla devam ettiren bir kurumdur. Bu noktada dinin doğru bir şekilde öğretilmesi, onun yetkin olmayan kişi veya kurumlarca radikal yorumlanmasının da önüne geçecektir. Bu noktada din eğitimi toplumsal bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmakta ve devlet bu ihtiyacın karşılanması hususunda sorumlu olmaktadır. Esasen bugün tartışılan konu din eğitiminin gerekli olup olmadığından ziyade bu eğitimin kim tarafından, ne şekilde ve hangi içerikle verileceği konusudur.

B. FRANSA

³⁷ Aktaran, Süleyman Hayri Bolay, “Açılış Konuşması”, **Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretimi**, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999, s. 11.

³⁸ Recep Kılıç, “Din Öğretimini Temellendirme Problemi”, **Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretimi**, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999, s. 57.

4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasasınının 1. maddesine göre “*Fransa, bölünmez, laik, demokratik sosyal bir Cumhuriyettir*”. Fransız tipi laiklik anlayışının, anglo-sakson tipi laiklik anlayışı ile birlikte, laiklik kavramının en tipik iki örneğini teşkil ettiğine değinmiştik. Fransa’da laiklik ilk defa eğitim alanında uygulanmıştır. 1905 yılında çıkartılan bir yasa ile devlet okullarında din eğitimi yasaklanmış, din eğitiminin özel katolik okullarda verilmesi karara bağlanmıştır. Bu kanun kapsamında devlete bağlı kamu okullarında din eğitimi verilmemektedir. Ancak her ne kadar eğitim müfredatında bir ders olarak yer almasa bile kamuya ait orta dereceli okullarda küçük birer kilise (şapel) kurulmasına olanak sağlanmıştır. Bu şapellerin kurulması yatılı okullarda zorunlu olup, diğer okullarda ise ebeveynlerin okul idaresine başvurmaları ve sonrasında o bölgenin eğitim işlerinden sorumlu akademik rektörünün onayı ile gerçekleşir. Akademik rektör bir şapelin kurulması talebini geri çevirdiğinde ret gerekçesini açıklamak zorundadır. Bu şapellerin belki de en önemli özellikleri kendi faaliyetlerini organize etmekte özgür olmaları ve bünyesinde bulunduğu okulla organik bir bağının bulunmamasıdır. Bu şapellerin hukuki dayanakları ise 31 Aralık 1959 tarihli bir kanunda geçen şu ifadelerdir; “*devlet kamu okul sistemindeki öğrencilerin ibadet ve din eğitimi özgürlüklerini garanti etmek için gerekli bütün tedbirleri almak zorundadır.*”³⁹

1905 yasalarına göre Fransa devletinin herhangi bir dine yardım etmesi ve görevlilerine maaş ödemesi mümkün değildir. Ancak uygulamada tarihi ve sosyo-politik bazı gerekliliklerden dolayı devlet dinlere ve dini kuruluşlara gerek araçsal ve gerekse finansal anlamda yardımlarda bulunmaktadır. Devlet bu yardımları dini kuruluşların kamu yararı özelliğini ön plana çıkarmak suretiyle dolaylı olarak yapmaktadır. Bu kapsamda dini eğitim veren özel okullara da araçsal ve finansal anlamda destek olunmaktadır. Devletin finanse ettiği ve dini eğitim verilmesi hususunda serbestlik tanıdığı özel okullara herhangi bir kademe sınırı konulmamıştır. Cemaatlere ait bu özel okullar, anaokulundan üniversiteye kadar dini eğitim verebilmektedirler.⁴⁰ Fransa’da öğrencilerin

³⁹ Francis Messner, **Fransa Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar, Din Eğitimi ve Din Hizmetleri**, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu, 9-10 Aralık 2006, s.415-416.

⁴⁰ Fazlı Arabacı, “Avrupa (Almanya, İngiltere, Hollanda, Fransa, Belçika)’da Din Öğretimi”,

%20'si özel okullara gitmektedir ve bu özel okulların %95'i Katolik Kilisesi'ne bağlıdır. Devlet bu okullarda görevli öğretmenlerin maaşlarını da ödemek sureti ile bu okulların masraflarının yaklaşık %80'ini karşılamaktadır.⁴¹ Özel okulların devletin sağladığı mali destekten faydalanabilmeleri, bu okulların imzalayacakları bazı anlaşmalara bağlıdır. İki farklı şekilde hazırlanan bu sözleşmelerde, okulların Milli Eğitim Bakanlığının müfredatını takip etmeleri ve öğrencilerin dini kimlikleri ne olursa olsun okula kabul edilebilmeleri şart koşulmuştur.⁴² Bu okullarda uygulanan din dersi müfredatı ise, ilgili cemaat ile devletin eğitim yetkililerinin işbirliği ile hazırlanmaktadır. Ancak müfredatın dini içeriğinin ne olacağına devletin müdahalesi olmaksızın cemaatin kendisi karar verir. Fransa'da din eğitimi ile ilgili karşımıza çıkan devlet/özel okul ayrımı haricinde tarihi ve siyasal sebepler ile Almanya sınırında bulunan Alsace-Moselle bölgesinde uygulanan oldukça farklı bir eğitim sistemi de bulunmaktadır. Bu bölgede din eğitimi ilkökul ve orta öğretimde devlet okullarının müfredatının bir parçasıdır. Kamu yetkilileri din eğitimini organize etmekle yükümlüdürler. Bu dersler zorunlu olmayıp, katılıp katılmamak 18 yaşından küçük öğrencilerin ebeveynlerinin, 18 yaşından büyük öğrencilerin ise kendilerinin tercihlerine bırakılmıştır.⁴³ Fransa, Anayasaya dayanarak bu bölgedeki din eğitimi sistemini değiştirme hakkına sahip olmasına rağmen bölge halkının muhalefeti nedeniyle bu yetkisini kullanmamıştır.⁴⁴

C. İNGİLTERE

İngiltere'de uygulanan anglo-sakson tipi laiklik veya sekülerizm, Fransa'da uygulanan modelden oldukça farklıdır. Fransa'dakinin aksine devlet, dini (kiliseyi) resmen tanımakta ve kilise ile devlet arasında resmi bir bağ bulunmaktadır.⁴⁵ Anglikan kilisesinin bu resmi özelliği nedeniyle taç giyme dinsel bir

Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye'de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999, s.85-88.

⁴¹ Kuru, s.113.

⁴² Kuru, s.159.

⁴³ Messner, s.416.

⁴⁴ Arabacı, s.81.

⁴⁵ Rebacca Catto/ Grace Davie, **İngiltere (Büyük Britanya) Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar, Din Eğitimi ve Din Hizmetleri**, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu, 9-10 Aralık 2006, s.453.

törendir ve kral/kraliçe tacını Cantorbury Başpiskoposundan alır. Devlet ve din arasında kesin sınırlar bulunmamaktadır. Öyle ki parlamenterler görevlerine dua ile başlarlar ve kilisenin parlamentoda temsilcisi bulunur. Kral/kraliçe aynı zamanda Anglikan kilisesinin başkanı sıfatını taşıyıp, başbakanın önerisi ile kilise papazlarını tayin eder. İngiltere’de ki bu yumuşak ayrılık eğitim alanında da kendini göstermektedir.⁴⁶

İngiltere’de devlet okullarında din dersleri resmi müfredat içerisinde yer alır. Ancak bu dersler zorunlu olmayıp, ebeveynlerin çocuklarını bu tür bir din eğitiminden muaf tutma hakları bulunmaktadır.⁴⁷ İngiltere’de devlet okulları haricinde farklı statüleri bulunan özel okulların (voluntary-aided, voluntary-controlled, special agreement) sayısı da oldukça fazladır. Bu özel okulların büyük bir kısmı ise yine dini topluluklar ve kilisenin mülkiyeti altında olup dini eğitim vermektedirler.⁴⁸ Devlet bu okullara Yerel Eğitim İdaresi (Local Education Authority- LEA) aracılığı ile maddi ödenek sağlamak suretiyle yardımda bulunur ve yine aynı idare aracılığı ile bu okulları kontrol altında tutar. 1998 tarihli Dini Karakterli Okullarla İlgili Düzenlemeler gereğince dini bir organizasyon, “*dini karakterli bir okul*” açmak için başvurabilir. Dini karakterli okullar öğrenci kabulünde ve istihdam politikalarında ayrımcılık yapabilirler, etik değer okullardan farklı olabilir. 2001 yılı verilerine göre İngiltere’de devletin finanse ettiği okulların üçte birine yakını dini karakterli cemaat okullarıdır. Bu okulların öğrenci sayısının genel öğrenci sayısına oranı ise %23 gibi oldukça yüksek bir rakamdır. İngiltere’de din eğitiminde kullanılacak müfredat, yerel eğitim dairesi bünyesinde kilise temsilcileri ile bölgedeki diğer temel dini mezhepler ve eğitim kurumlarının temsilcilerinin görüşleri alınarak yerel düzeyde belirlenir. Yerel düzeyde belirlenen bu müfredatın yasal bağlayıcılığı olmayan ulusal bir çerçeve program dâhilinde gerçekleştirilmesi sağlanır. Buna göre öğrenciler hıristiyanlığın yanı sıra iki büyük dinin ve yerel bölgede

⁴⁶ Arabacı, s.89; Mehmet Zeki Aydın, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Öğretimi ve Türkiye ile Karşılaştırılması”, <http://www.flw.ugent.be/cie/mzaydin5.htm>, e.t. 02.05.2012

⁴⁷ Davut Okçu, **Türk Eğitim Sisteminde Din Öğretiminin Zorunluluğu Sorunu**, Uluslararası Eğitim Felsefesi Kongresi: Küreselleşme Sürecinde Eğitim Sorunlarının Felsefi Boyutu, 6-8 Mart 2009, s.222; Kahraman, s.62; Arabacı, s.89.

⁴⁸ Arabacı, s.90.

bulunan bir dini topluluğu ve de en azından bir seküler dünya görüşünü öğreneceklerdir⁴⁹. İngiltere’de uygulanan eğitim sistemi içerisinde her türlü dini cemaat veya azınlığın kendi inançları çerçevesinde dini eğitim verebilecekleri okullar açmasının önünde herhangi bir engel yoktur. İngiliz sistemindeki çoğulcu anlayış okulların bu çeşitliliğinden kaynaklanır. Çünkü İngiltere’deki devlet okullarında verilen din derslerinde ana kriter Hıristiyan değerlere ve geleneklere uygundur.

D. ALMANYA

Almanya 16 eyaletten oluşan federal bir devlettir. Federal Anayasanın yanında her eyaletin kendi anayasası da bulunmaktadır. Ancak eyalet anayasaları federal anayasa karşısında ikincil derecededir ve federal anayasaya uygun olmak zorundadırlar.⁵⁰ Bu açıdan bakıldığında din eğitimi hususunda her eyaletin farklı yasal düzenlemeleri bulunduğunu söylemek mümkün ise de federal anayasanın bu konuda belirlediği çerçeve nedeniyle tüm ülkede uygulanan din eğitimi rejiminin ortak bir temeli bulunmaktadır. Almanya’nın resmi bir dini veya kilisesi bulunmamaktadır.(Weimar Anayasasının 137/1. maddesi ve Federal Anayasasının 140. maddesi gereğince)⁵¹ Alman yasalarında laiklik veya sekülerizm gibi kavramlar kullanılmamaktadır. Bunun yerine devlet ve dini cemaatler arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel kavram “*tarafsızlık-yansızlık*” (Neutraliat) (Neutralität) kavramıdır.⁵²

Almanya’da uygulanan din eğitimi dayanağının federal anayasanın “*okul rejimi*” başlıklı 7. maddesinden alır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 7. maddesi’nin konumuzla ilgili ilk üç fıkrası şu şekildedir;

- 1) “*Bütün okul rejimi devletin denetimi altındadır.*
- 2) *Çocukların din dersine katılıp katılmayacaklarına karar vermek velilerin hakkıdır.*

⁴⁹ Catto/Davie, s.462-464.

⁵⁰ Gerhard Robbers, **Almanya Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar, Din Eğitimi ve Din Hizmetleri**, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu, 9-10 Aralık 2006, s.350.

⁵¹ Arabacı, s.74; Robbers, s.351.

⁵² Robbers, s.351

3) *Din dersi belirli bir din veya mezhebe bağlı olmadığını beyan eden (non-denominational) okullar dışındaki devlet okullarında müfredata konmak zorundadır. Din dersi, devletin denetim hakkına zarar gelmeyecek şekilde, kiliselerin temel ilkelerde anlaşması suretiyle verilir. Hiçbir öğretmen, arzusu hilafına din dersi vermeye zorlanamaz.*”

Yukarıda yazılı bulunan anayasa maddesinden de anlaşılacağı üzere din dersleri devlet okullarında verilen olağan derslerden biri olmakla birlikte hiç kimse din dersi almaya zorlanmamaktadır. Din dersi almayan öğrenciler ise genelde “*ahlak/etik*” isimli bir dersi almaktadırlar. Genel prensibe göre öğrenci 12 yaşına geldiğinde ebeveynlerinin din dersi konusundaki kararlarının öğrencinin kararları ile çelişmemesi gerekir. Öğrenci 14 yaşına geldiğinde ise artık din dersini alıp almayacağına kendisi karar vermektedir. Din dersinin içeriği ise ilgili dinin inanç öğretilerine göre belirlenmektedir. Bir okulda aynı dini topluluktan öğrencilerin belirli bir sayıya ulaştıkları zaman onlar için sınıf açılmalıdır. Bu sayı genelde 6 ile 8 arasında değişmektedir.⁵³

Almanya’daki anaokullarının büyük bir çoğunluğu kiliselere bağlıdır. Bu okullarda dini terbiye ve pedagojik yönden yetişmiş kişilerce dini ortamlar oluşturup, dini duygunun uyandırılması ve aşılmasına çalışılır. Benzer şekilde kiliselere bağlı çok sayıda orta öğretim kurumu, teoloji fakültesi ve akademi de bulunmaktadır.⁵⁴ Devlet üniversiteleri bünyesinde kurulan teoloji fakültelelerinin öğretim kadrosunun atanması, müfredat ve sınav yöntemlerinin belirlenmesi gibi hususlarda kiliselerin önemli yetkileri bulunmaktadır.⁵⁵

Devlete ait okullarda verilen din derslerinin içeriği devletin denetim hakkı çiğnenmeksizin ilgili cemaatlerin veya kiliselerin görüşleri doğrultusunda belirlenir. Bu kapsamda bu dersleri verecek öğretmenler devletin belirlediği din pedagojisi formasyonunu almalarının yanı sıra ilgili kilisenin de onayını almak zorundadırlar.⁵⁶

⁵³ Robbers, s.363.

⁵⁴ Arabacı, s.77.

⁵⁵ Robbers, s.356.

⁵⁶ Aydın, s.3.

E. TÜRKİYE

Türkiye’de ki eğitim reformları büyük ölçüde cumhuriyet ile birlikte yapılmış ise de bu reformların kökleri Tanzimat dönemine kadar uzanmaktadır. Tanzimat’tan önce Osmanlı Devletinde eğitim ve öğretim dini bir atmosfer içerisinde dini derslerin ağırlık taşıdığı ve geleneksel eğitim metotlarının kullanıldığı kurumlarda gerçekleştirilmekteydi. Bu eğitim kurumları büyük ölçüde, ülke genelinde oldukça yaygın olan ve bugünkü anaokulu ile ilköğretim derecesinde eğitim veren sıbyan mektepleri ile orta ve yüksek öğretim kurumu olarak işlev gören medreselerden oluşmaktaydılar.⁵⁷ Tanzimat öncesinde açılmaya başlanan Avrupa kökenli yeni okullarda ise din eğitimi diğer dersler gibi yalnızca bir branş dersi olarak verilmekteydi. Günümüzün eğitim kurumlarının çekirdeklerini oluşturan bu mekteplerin sayısı olarak artması neticesinde eğitim alanında ikili bir yapı ortaya çıkmıştır. Eğitim sistemindeki birbirinden oldukça farklı ikili yapı, birbirinden farklı ve çatışma halindeki kuşakların da ortaya çıkmasına çanak tutmuştur. Cumhuriyetin ilanı ile birlikte 1924 yılında çıkartılan “*Tevhid-i Tedrisat Kanunu*” ile birlikte bu ikili yapıya son verilerek medreseler ile mektepler, mektep programlarında birleştirilmiş ve Milli Eğitim Bakanlığının kontrolüne verilmiştir. Bu kanun ile birlikte yüksek din bilimcilerinin yetiştirilmesi amacıyla İstanbul Üniversitesi bünyesinde bir ilahiyat fakültesi, halkın din ile ilgili hizmetlerini görececek kişilerin yetiştirilmesi amacıyla da İmam Hatip Mektepleri açılmıştır. Temel eğitim veren bu yeni mekteplerde din derslerinin okutulmasına ise devam edilmiştir. Laiklik ilkesinin en katı şekilde uygulandığı 1930’lara gelindiğinde ise imam-hatip mektepleri ile ilahiyat fakültesi kapatılmış, okullarda din derslerinin okutulmasına ise son verilmiştir. Din eğitiminin bu dönemde neredeyse tamamen ortadan kaldırılması halk arasında dinin yanlış yorumlarının ortaya çıkmasına ve din ile ilgili hizmetleri görececek kimselerin bulunamamasına sebep olmuştur. 1946 yılında çok partili demokrasiye geçiş ile birlikte din eğitiminin toplumsal bir ihtiyaç olduğu hususu dillendirilmeye başlanmış ve 1948 yılında ilkokul 4. ve 5. sınıf-

⁵⁷ Halis Ayhan, “Tanzimat Sonrası Din Eğitimi ve Öğretimi (Mektep- Medrese İlişkisi)”, **Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretimi**, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999, s.211.

lara normal okul saatleri dışında isteğe bağlı din dersleri programa dâhil edilmiştir. 1949 yılında ise din dersleri müfredat içerisine alınmıştır. 1967 yılında din dersleri liselerde okutulan seçmeli dersler arasına alınmış, 1974 yılında ise ortaokul ve liselere zorunlu “*ahlak bilgisi*” dersi konulmuştur.⁵⁸ Yine 1930’lar da kapatılan imam hatip liseleri demokrat parti döneminde önce 1947 yılında kurs, daha sonra 1951 yılında lise statüsü ile eğitim vermeye yeniden başlamışlardır.⁵⁹ 1982 Anayasasının 24. maddesinin 4. fıkrasında bulunan “*Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.*” şeklindeki anayasal düzenleme ile din kültürü ve ahlak bilgisi dersi zorunlu bir ders olarak ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğretilmeye başlanmıştır. Esasen bu fıkra ile din eğitim ve öğretimi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu olarak verilen “*din kültürü ve ahlak öğrenimi*” ile kişilerin kendi isteğine bağlı olan “*bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi*” olmak üzere, tabii oldukları hukuki rejimleri farklı, ikili bir yapı şeklinde düzenlenmiştir. Danıştay ve AİHM’nin, çalışmanın devamında yer verilecek kararları ile, hak ihlallerine neden olduğunu kabul ettiği zorunlu din dersinin anayasal dayanağı olan “*din kültürü ve ahlak öğrenimi*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda anayasada herhangi bir tanım veya açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle “*din kültürü ve ahlak öğrenimi*” ifadesinin anlam ve kapsamı, doktrin ve yargı organları tarafından yapılacak yorumlar ile belirlenecektir. Aynı anayasa hükmünde yer alan “*bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi*” ifadesi dikkate alındığında, “*din kültürü ve ahlak öğretimi*” ifadesinin din eğitim ve öğretimi ile ilgili her şeyi kapsamadığını söylemek mümkündür. Her iki ifade arasındaki en belirgin farklardan biri de “*bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi*” ifadesinde yer verilen “*eğitim*” sözcüğüne, “*din kültürü ve ahlak öğretimi*” ifadesinde yer verilmemiş olmasıdır. “*Eğitim*” ve “*öğretim*” kelimelerinin sözlük ve günlük kullanımdaki anlamları bir arada değerlendirildiğinde, “*din kültürü ve ahlak öğretimi*”nin

⁵⁸ Okçu, s.217-218.

⁵⁹ Recep Kaymakcan, “Türkiye’de Din Eğitimi Politikaları Üzerine Düşünceler”, http://www.dem.org.tr/makaleler/dinegitimi_recep_06072006_EKEV.pdf, e.t. 02.05.2012, s.4.

zorunlu din derslerinde öğrencilere “*din kültürü ve ahlak*” ile ilgili bilgilerin verilmesi ile yetinilmesi ve bu alanlarda öğrencilere belli bir davranış kalıbının benimsetilmeye çalışılmaması gerektiğini ifade ettiği söylenebilir. “*Din kültürü ve ahlak öğrenimi*” ifadesinin yorumunda dikkat edilecek bir diğer husus ise öğretim faaliyetinin konusunun “*din*” değil, “*din kültürü ve ahlak*” olduğudur. Bu açıdan değerlendirildiğinde, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersi müfredatının genel kültür sahibi bir insanın dinler ve ahlak kuralları/ öğretileri hakkında bilmesi gereken bilgilerden oluşması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.⁶⁰ Sonuç olarak Anayasanın 24. maddesinin 4. fıkrası ile devlete, ilk ve ortaöğretim kurumlarında okuyan öğrencileri din kültürü ve ahlak konularında bilgilendirme görevi verilmiş ancak öğrencilerin bu bilgileri davranışlarına yansıtılmalarını sağlamak hususunda herhangi bir ödev yüklenmemiştir.

28 Şubat süreci olarak adlandırılan dönemde 8 yıllık kesintisiz temel eğitime geçilmiş, bunun sonucu olarak sayıları bir dönem oldukça artan imam hatip liselerinin ortaokul kademeleri kapatılmıştır. Yine yaygın eğitim kapsamında camilerde ve kuran kurslarında verilen eğitimin sorumluluğu Millî Eğitim Bakanlığına verilmiş ve bu kurslara devam için ilköğretim mezunu olma şartı getirilmiştir. Yüksek öğretime geçişte uygulanan sınav sisteminde bir takım değişiklikler yapılarak katsayı uygulamasına geçilmiş ve bunun doğal sonucu olarak diğer meslek ve teknik liseler ile birlikte imam hatip lisesi mezunlarının da kendi branşları haricinde yüksek öğrenime devam etme yolu kapatılmıştır. 30/03/2012 tarihinde TBMM’de kabul edilen, 11/04/2012 tarih ve 28261 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 28 Şubat sürecinde yapılan bu değişiklikler ortadan kaldırılmıştır. Bu kapsamda kamuoyunda 4+4+4 kesintili zorunlu eğitim olarak bilinen sistemin uygulanmaya başlanmasıyla imam hatip liselerinin ortaokul kademeleri yeniden açılmış olup buna ilaveten kanunun 9. maddesi ile orta okul ve liselerde isteğe

⁶⁰ Kemal Gözler, “1982 Anayasasına Göre Din Eğitimi ve Öğretimi”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, (www.anayasa.gen.tr/din-egitimi.htm, Konuluş Tarihi: 13/11/2010), e.t. 20/06/2014

bağlı olarak Kuran-ı Kerim ve Hz. Peygamberin hayatı seçmeli ders olarak okutulmaktadır.

III. TÜRKİYE’DE DİN EĞİTİMİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

A. ZORUNLU DİN DERSİ

Türkiye’de Anayasanın 24. maddesi gereğince ilkokulun 4. ve 5. sınıfları ile ortaokul ve liselerde din kültürü ve ahlak bilgisi (DKAB) dersi tüm öğrenciler için zorunlu bir ders olarak okutulmaktadır. Bu zorunluluğun tek istisnası hıristiyan veya yahudi öğrencilerin velilerinden yazılı belge getirmeleri halinde derslere katılmayabilecekleri yönündeki uygulamadır.⁶¹ DKAB derslerinin hıristiyan ve yahudiler dışında tüm öğrenciler açısından zorunlu tutulması uzun bir süredir gündemde olan bir tartışma konusudur. Bu uygulamaya en sert itirazı ders müfredatının sünni içerikle hazırlanması, ilahiyat fakültelerinde sünni öğrenim gören öğretmenler tarafından sünni islam esas alınarak veriliyor olması, öğretim olarak programlanmış dersin eğitim olarak uygulanması gibi gerekçeler ile alevi vatandaşlar ve kuruluşlar göstermektedirler.⁶² Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun 8 Şubat 2011 tarihinde yayınlanan 4. Türkiye raporunda, zorunlu din derslerinin Türkiye’nin iddia ettiği gibi farklı din kültürlerini kapsaması halinde hıristiyan ve yahudi öğrenciler için getirilen istisnanın çelişki yarattığı, eğer müslümanlığı iyi öğretmek için tasarlanmış ise çocukların ve ebeveynlerin özgürlüklerinin korunması için zorunlu olmaması gerektiği hususuna vurgu yapılmıştır.⁶³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre devlet okullarında seçmeli din dersi verilmesi sözleşmeye aykırılık içermemektedir. Devlet okullarında zorunlu din dersi açısından ise iki farklı değerlendirme bulunmaktadır. Eğer öğrencilere bu derslere katılmamak hususunda “*muafiyet*” tanınır-

⁶¹ Mustafa Öcal, “Cumhuriyet Döneminde İlk, Orta ve Yüksek Öğretimde Din Eğitimi (Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Derslerinin Tarihçesi)”, **Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretimi**, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999, s.330-331.

⁶² İshak Torun, **Türkiye’de Sivil Toplum ve Demokrasinin Gelişmesinde Bir Potansiyel Olarak Alevilik**, Uluslararası Davraz Kongresi, 24-27 Eylül 2009, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Isparta 2009, s.2080

⁶³ Raporun Türkçe Çevirisi için bkz. <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/turkey/TUR-CBC-IV-2011-005-TUR.pdf>, e.t. 02.05.2012

sa dersin zorunlu olması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır. Öğrencilere muafiyet tanınmadığı durumlarda ise devlet okullarında zorunlu din dersinin sözleşmeye uygunluğu ancak o dersin içeriği itibariyle “*sistemik dinsel telkin*” boyutuna varan dayatmalar barındırmaması halinde mümkün olacaktır.⁶⁴

Alevi olan kızının DKAB dersinden muaf tutulması için İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğünden talepte bulunan Hasan Zengin isimli vatandaş, talebinin önce idare sonrasında da idare mahkemesi tarafından kabul görmemesi üzerine konuyu AİHM’ne taşımıştır. AİHM konu ile ilgili olarak yaptığı yargılama sırasında DKAB dersinde kullanılan kitapları incelemiş ve netice olarak bu dersin müfredatının İslam bilgisine diğer din ve felsefelere oranla daha büyük bir öncelik verdiğini tespit etmiş ancak İslamiyetin Türkiye’deki çoğunluk dini olması nedeniyle tek başına bu durumun, çoğulculuk ve nesnellik ilkelerinden tek yönlü koşullandırmaya yol açan bir sapma olarak görülemeyeceği kanaatine varmıştır. Mahkeme, Türkiye’de oldukça yoğun olan alevilik inancının DKAB dersi müfredatında kendisine yer bulamadığını, 9. sınıf kitaplarında aleviliğin iki önemli şahsiyetinin yaşamları ve felsefelerine değinilmiş olmasının bu eksikliği telafi etmekte yetersiz kaldığını ve müfredatın bu hali ile Türkiye’deki dinsel çeşitliliği yansıtmadığını ifade etmiştir. Devletlerin din derslerini müfredata zorunlu olarak almaları karşısında ebeveynlerin bu müfredatın içerik anlamında nesnellik ve çoğulculuk ilkelerini taşımasını ve kendi dini ve felsefi kanaatlerine uygun bir şekilde öğretilmesini bekleme hakkının bulunduğu değinilmiştir. Mahkeme DKAB dersinde verilen eğitimin çoğulculuk ve nesnellik ölçütlerini karşılamadığı ve başvuruların dini ve felsefi görüşlerine saygı gösterildiğinin söylenemeyeceği kanaatine varmıştır.⁶⁵ AİHM, yalnızca ailesi Hıristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup olanlara muafiyet tanınmasının, din derslerinin içeriğinin, bu iki sınıfa mensup

⁶⁴ Özenç, s.124.

⁶⁵ Mahkemenin, zorunlu din dersi müfredatının başvuruların dini ve felsefi görüşlerini içermemesi nedeni ile hak ihlaline neden olduğu şeklindeki gerekçesi, zorunlu din dersinin içeriğinin bu dersi alan öğrencilerin tümünün din ve mezhepleri gözüne alınarak çeşitlendirilmesinin pratikte mümkün olmaması, bu faaliyet sırasında öğrencilerin ve velilerinin din ve mezheplerinin bir şekilde tespitinin gerekecek olması, bu durumun da laiklik ile din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olacağı yönündeki eleştiri ve kararın ayrıntılı analizi için bkz. Gözler.

öğrencileri, okulun verdiği din eğitimiyle ebeveynlerin dini ve felsefi inançları arasında çatışmayla karşı karşıya bırakılabileceğinin bir işareti olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme bu nedenle şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur; “*Bu ders gerçekten farklı din kültürleriyle ilgili ders olması halinde, bunu yalnız Müslüman çocuklara zorunlu kılmak için ortada neden yoktur. Bunun tersine, dersin içeriği özellikle Müslüman dinini öğretmek için oluşturulmuşsa, bu dersin belirli bir din üzerinedir ve çocuğun ve ebeveyninin din özgürlüğünü korumak adına zorunlu olmamalıdır.*” Mahkeme sonuç olarak Türkiye’nin başvuruların AİHS’ne EK 1 No’lu Protokolün 2. maddesindeki haklarının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁶⁶

AİHM bu davada öncelikle zorunlu din dersini içerik olarak irdelemiş, ardından sistematik telkin düzeyinde bilgi aktarımı ve çeşitli dinsel pratiklere katılımı öngördüğü saptanan dersin, ebeveynlerin inançlarına saygı duyulmasını güvence altına alan olanakları sağlayıp sağlamadığını incelemiş ve başvuruculara hiçbir muafiyet olanağı tanınmaması gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Mahkemenin burada aradığı muafiyet koşulsuz olup, muafiyet talep eden ebeveynlerin hiçbir gerekçe göstermeden, hangi dine mensup olduklarını belgelemeden ve hatta belirtmeden ilgili makamlara başvuruda bulunabilmesi anlamına gelmektedir.⁶⁷ Mahkemenin bu kararının bir diğer önemli noktası ise zorunlu din derslerinin temelde laiklik ilkesine aykırı olmadığını açıkça ortaya koymuş olmasıdır.⁶⁸

AİHM’nin bu ihlal kararından sonra iç hukukumuzda da bu karar esas alınarak muafiyet talep eden vatandaşları haklı gören bazı mahkeme kararları verilmeye başlanmıştır. Danıştay önceki içtihatlarının aksine Anayasanın 24. maddesi ile zorunlu tutulan dersin “*din kültürü ve ahlak*” olduğunu, müfre-

⁶⁶ **Hasan ve Eylem Zengin- Türkiye Kararı**, Başvuru No: 1448/04, Kararın Türkçe tercümesi için bkz.,http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/1448_04.pdf e.t. 02/05/2012; **AİHS Ek 1 No’lu Protokol m.2** “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

⁶⁷ Berke Özenç, “AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu”, **İÜHFİM**, C.LXVI, S.2, Yıl 2008, s.214.

⁶⁸ Okçu, s.220.

datta uygulanan dersin ise “*din kültürü ve ahlak bilgisi*” ismini taşımasına rağmen içerik itibariyle “*din eğitimi*” mahiyeti taşıdığını, din eğitiminin ise küçüklerin yasal temsilcilerinin taleplerine bağlı olduğunu ve zorunlu olarak verilemeyeceğini belirterek AİHM yukarıda açıklanan kararı ve Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun Türkiye Raporlarına atıfta bulunarak muafiyet talebinde bulunan ebeveynleri haklı görmüştür.⁶⁹

B. İMAM HATİP LİSELERİ

Yukarıda din eğitim sistemlerini incelediğimiz “*laik*” karakterli bazı Avrupa ülkelerinin din eğitimi ihtiyacını karşılamak noktasında genel bir eğilim olarak kilise, cemaat veya sivil toplum kuruluşlarını kullanmakta olduğunu ve bu kurumlara din eğitimi faaliyetlerinin sürdürülebilirliği noktasında maddi destekte buldukları görülmektedir. Halkının büyük bir çoğunluğunun İslam dinine mensup olduğu bir ülkede din eğitiminin bir toplumsal ihtiyaç olduğu gerçeğini bir takım siyasal ve toplumsal çekinceler ile görmezden gelmek mümkün değildir. Devlet, sosyal devlet ilkesi gereği bu ihtiyacın karşılanmasını sağlamak ile yükümlüdür. Bu noktada tartışılan husus din eğitimi ihtiyacını bizatihi devletin mi sivil toplum kuruluşlarının veya cemaatlerin mi karşılayacağıdır.

Din eğitiminin devlet tarafından verilmesini doğru bulmayanlar, din eğitiminin batıda olduğu gibi sivil topluma bırakılmayarak devlet tekeline alınmasını ve devlet içerisinde bir kamu hizmeti olarak teşkilatlandırılmasını devletin laiklik ilkesi ile uyuşmadığı kanaatini taşımaktadırlar.⁷⁰ Buna göre devlet, bir

⁶⁹ **Danıştay, 8. Daire, 28 Aralık 2007, 2006/4107 E., 2007/7481 K.,**”...Bu durumda, Anayasanın 24. maddesinde, din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin zorunlu olduğunun belirtilmesi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında verilen öğretimin adının din kültürü ve ahlak bilgisi olmasına rağmen, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi olarak kabul edilemeyeceği açık olduğundan ve din eğitiminin de ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olması karşısında, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin bu içeriği ile zorunlu tutulmasında hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...“<http://www.danistay.gov.tr/>, e.t. 02/05/2012

⁷⁰ Rüstem Erkan/ Harika Akçayöz, “Siyasi İslam Tartışmaları Açısından İmam Hatip Lisesi Öğrencilerinin Demokratik Tutum ve Davranışlarının İncelenmesi”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, C.27, No:2, s.181-182.

tarafından “yaşam felsefesi”⁷¹ olarak algıladığı laiklik ilkesi ile din ve devleti birbirinden ayırma yoluna giderken, diğer taraftan dini kontrol altına alarak tutarsız bir tavır takınmaktadır.⁷² Din eğitiminin, devlet tarafından verilmesini laikliğe uygun bulanlar ise bu durumu din hizmetlerinin tıpkı adalet, sağlık ve ulaşım gibi bir kamu hizmeti olmasına bağlamaktadırlar.⁷³ Demokratik bir devlette, din ve vicdan özgürlüğünün kamu hayatında ifadesini bulması veya görünür olması normaldir ve bu duruma, kamuya somut ve belirlenebilir bir zarar vermediği sürece, kategorik olarak karşı çıkılamaz. Laiklik, din ve vicdan özgürlüğünün antitezi veya sınırlama ölçütü olmayıp, “din ve vicdan özgürlüğünün çevre şartları”⁷⁴ nı sağlayan siyasi- hukuki ortamın karakteristiğini ifade eder.⁷⁴ Din ve vicdan özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri de dini eğitim ve öğretim özgürlüğüdür.⁷⁵ Cumhuriyetin ilanından bugüne gelinen noktada, devlet tarafından gerek zorunlu din dersleri ve gerekse imam hatip liseleri yolu ile verilen din eğitim ve öğretiminin toplumun geneli tarafından kabul ve talep gördüğünü söylemek mümkündür.⁷⁶ Bir ülkede hüküm süren laiklik anlayışına özgürlükçü bir tavır kazandıran en önemli niteliğin “tarafsızlık” olduğu düşünüldüğünde, devletin bir kamu hizmeti olarak sunduğu din eğitim ve öğretimini tüm dini grupları kapsayacak şekilde çeşitlendirmesi, dini grupları tek tipleştirme, bir grubu diğerine hakim kılma, dini inancı olmayanları bir dine yakınlaştırma çabası içerisinde olmaması, her dini gruba eşit imkân tanınması ve geniş bir muafiyet mekanizması⁷⁷ öngörmesi halinde, din eğitim

⁷¹ AYM, E.2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2008/2, K.T. 30/07/2008; “Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir.”

⁷² Kuru, s.169-170

⁷³ Zeki Hafizoğulları, “Atatürk ve Laiklik”, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/AtaturkveLaiklik.pdf>, e.t. 22.06.2014, s.5.

⁷⁴ Mustafa Erdoğan, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Liberal Düşünce*, S.21, Kış 2001, s.30.

⁷⁵ Erdoğan, s.26.

⁷⁶ Türkiye’de seçmen yaşında bulunanların %82’lik bir kısmı „zorunlu din eğitimi“ dersi verilmesini, %86’lık bir kısmı ise dini ibadet pratiğinin bu derslerin müfredatına girmesini desteklemekte, %82.4’lük bir kısmı ise imam hatip lisesi mezunlarının sınav sonucuna göre istedikleri fakülterlere girmesinde sakınca bulunmadığını düşünmektedir. Ayrıntılar için bkz. Ali Çarçoğlu/ Binnaz Toprak, *Değişen Türkiye’de Din, Toplum ve Siyaset*, Tesev Yay., 2006, s.55.

⁷⁷ AİHM’nin ayrımcılığa neden olmayan bir muafiyet uygulaması ile ilgili olarak işaret ettiği ilkeler; „I-Çocukların ve ebeveynlerinin isteklerine uygun alternatifler sunulması,

ve öğretiminin devlet tarafından yerine getirilmesi tek başına laiklik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Türkiye’de din eğitim ve öğretimine ilişkin mevcut uygulamaların, İslam dininin tek bir mezhebine göre dizayn edilmiş olması, eğitimin devlet tekelinde olması nedeni ile dini grupların bu konuda devlete bağımlı olmaları, geniş ve etkin bir muafiyet mekanizmasının öngörülmemesi, azınlıklar ve alevilerin bu konudaki ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olması nedenleri ile laiklik ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Türkiye’nin tarihi, siyasi ve sosyal koşulları dikkate alındığında, laikliğe uygun olmayan hususun din eğitim ve öğretiminin devlet tarafından verilmesi değil, verilen eğitim ve öğretimin mahiyeti ve kapsamı itibari ile çoğulcu bir yapıda olmaması olduğu söylenebilir.

İmam hatip liseleri, 1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat kanunu ile devletin din hizmetlerinde kullanacağı personelin yetiştirilmesi amacıyla kurulmuştur. Kuruluşlarından bir süre sonra 1930’lu yılların başlarında kapatılmalarını takiben çok partili siyasal hayata geçiş ile birlikte önce 1947 yılında imam hatip kursları olarak 1951 yılında ise bugünkü ismiyle eğitime yeniden başlamışlardır.

İmam hatip liseleri yeniden eğitime başladıkları tarihten bugüne devamlı olarak bir siyasal tartışmanın ana unsurlarından biri olagelmiştir. 1980’lerin başından itibaren Türkiye’de sol düşüncenin güç kaybetmesi, ekonomik istikrarsızlıklar, piyasa ekonomisine geçişle birlikte sosyal devletin zayıflaması, 1980 askeri darbesi sonrasında siyasi partilerin kapatılması ve İran İslam devrimi gibi bazı iç ve dış gelişmeler siyasal islamın gelişmesine fırsat vermiştir.⁷⁸ Siyasal islamın gelişmeye başlaması ile birlikte dini referansları bulunan bütün siyasi partiler açısından din eğitiminin verildiği imam hatip liseleri özel bir önem kazanmıştır. Bu siyasi partilerin özel çabaları ile imam hatip liselerinin sayıları her geçen gün artmış ve mezunları yüksek eğitime geçişte diğer lise

2-Çocukların ya da ebeveynlerin dersten muaf olma gerekçelerini açıklamak zorunda bırakılmaması, 3-Dersten muaf olmak için dinini ya da felsefi görüşünü açıklamak zorunda bırakılmaması, 4-Öğrencilerin dersi boş geçirmemesi, başka bir derse yönlendirilmelerinin sağlanması olarak sıralanabilir." Ayrıntılı bilgi için bkz. Eğitim Reformu Girişimi, **Türkiye’de Din ve Eğitim- Son Dönemdeki Gelişmeler ve Değişim Süreci**, İstanbul 2011, s.13

⁷⁸ Erkan/ Akçayöz, s.175.

mezunları ile eşit imkânlara sahip olmuştur.⁷⁹ Bu dönemde İmam hatip liseleri siyasal islamın arka bahçesi olduğu ve Cumhuriyet'ten önceki ikili eğitim yapısını oluşturduğu ve bu suretle laiklik ilkesine aykırı olduğu hususunda eleştirilmiştir.

28 Şubat süreci olarak adlandırılan dönemde 8 yıllık kesintisiz temel eğitime geçilmiş böylece imam hatip liselerinin ortaokul kademeleri kapatılmıştır. Ayrıca yüksek öğretime geçişte uygulanan sınav sisteminde bir takım değişiklikler yapılarak kat sayı uygulamasına geçilmiş ve bunun doğal sonucu olarak diğer meslek ve teknik liseler ile birlikte imam hatip lisesi mezunlarının da kendi branşları haricinde yüksek öğrenime devam etme yolu kapatılmıştır. 30/03/2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 28261 sayılı Resmi Gazetede 11/04/2012 tarihinde yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 28 Şubat sürecinde yapılan bu değişiklikler ortadan kaldırılmıştır. Bu kapsamda kamuoyunda 4+4+4 kesintili zorunlu eğitim olarak bilinen sistemin uygulanmaya başlanmasıyla imam hatip liselerinin orta okul kademeleri yeniden açılmıştır. Yine meslek liseleri ile diğer liseler arasındaki katsayı farkı kaldırılarak imam hatip lisesi mezunlarının kendi alanları dışında da yüksek öğrenim görmelerinin önündeki engel kaldırılmış oldu. Bu değişiklikler din ve vicdan özgürlüğü ve eğitimde fırsat eşitliği bağlamında olumlu gelişmeler olmakla birlikte, hükümet tarafından son dönemde dillendirilen “*dindar gençlik yetiştirme*” ve “*imam hatip liselerinin ülkenin göz bebeği olması*”⁸⁰ şeklindeki söylemler ile, toplumun ihtiyaçlarını kamu yararı çerçevesinde karşılayan devletin tüm dinlere ve inançlara karşı “*yansız*” olmasını gerektiren demokratik laiklik anlayışından uzaklaştığı söylenebilir.

SONUÇ

Eğitim ve öğretim, din ve vicdan özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bu kabulden sonra dini eğitim ve öğretimin bir toplumsal ihtiyaç olduğunu söy-

⁷⁹ Narlı, s.28.

⁸⁰ Bkz.<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/20419310.asp> , e.t. 03/05/2012

leyebiliriz. Toplumun din eğitimi ihtiyacının devlet tarafından karşılanması AİHM'nin Zengin/Türkiye kararında olduğu gibi laiklik ilkesini ihlal etmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususlar, devletin dini eğitimi yalnızca talep edenlere vermesi veya muaf olmak isteyenlere koşulsuz muafiyet sunması ile tüm din ve inançlara karşı yansız olması gerekliliğidir. Laiklik ilkesine aykırılık teşkil edebilecek durum Türkiye özelinde devletin olanaklarının yalnızca sünni müslüman halk için kullanılması olacaktır. Türkiye'nin, anayasal laiklik ilkesi gereği diğer din ve inanç sahiplerinin de din eğitimi haklarının bulunduğu ve devletin dinlere ve inançlara karşı yansız olması gerektiğinden hareketle bu toplumsal kesimin de ihtiyaçlarının eşitlik ilkesi gereği devlet olanakları ile karşılaması gerekmektedir.

Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz koşullarından biri de çoğulculuktur. Devlet uygulamalarının hemen hepsinde bulunması gereken çoğulculuk ilkesi, din ve vicdan özgürlüğü ve laiklik ilkesine uygun din eğitiminin de vazgeçilmez niteliklerinden biridir. Bu noktada çoğulculuk ilkesi ya vatandaşlara sunulan eğitimin içeriği itibariyle nesnel, çoğulcu ve rasyonel olması ya da her hangi bir ayırım yapılmaksızın her din ve inanç grubunun kendi inancına göre tasarlanmış bir din eğitimi alabilmelerine imkân sağlanması ile gerçekleşecektir.



KAYNAKÇA

Arabacı, Fazlı, „Avrupa (Almanya, İngiltere, Hollanda, Fransa, Belçika)‘da Din Öğretimi“, Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye‘de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999

Arslan, M. Metin, „Demokrasi ve İnsan Hakları“, <http://iop-fethiye-08112010.wikispaces.com/file/view/DEMOKRAS%C4%B0+ve+%C4%B0NSAN+-HAKLARI.doc>, e.t. 25/06/2014

Aydın, Mehmet Zeki, „Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Öğretimi ve Türkiye ile Karşılaştırılması“, <http://www.flw.ugent.be/cie/mzaydin5.htm>, e.t. 02.05.2012

Ayengin, Tevhit, „İnsan Hakları Sözleşmelerinde Din ve Vicdan Hürriyeti“, İnsan Hakları ve Din Sempozyumu 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yay., Çanakkale 2010, s.101-113

Ayhan, Halis, „Tanzimat Sonrası Din Eğitimi ve Öğretimi (Mektep- Medrese İlişkisi)“, Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye‘de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999

Bolay, Süleyman Hayri, „Açılış Konuşması“, Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye‘de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999

Catto, Rebacca /Davie, Grace, „İngiltere (Büyük Britanya) Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar, Din Eğitimi ve Din Hizmetleri“, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu 9-10 Aralık 2006

Çağlar, Bakır, „Türkiye‘de Laikliğin „Büyük Problem“i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine“, Cogito, S.1, Yaz 1994, s.111-117

Çarkoğlu, Ali/ Toprak, Binnaz, Değişen Türkiye‘de Din, Toplum ve Siyaset, Tesev Yay., 2006

Darren E.,Sherkat, / Christopher G., Ellison, „Din Sosyolojisinde Son Gelişmeler ve Gündemdeki Tartışmalar“, Çev. İhsan Çapcıoğlu, AÜİFD, C.XLV (2004), S.1, s.225-262

Eğitim Reformu Girişimi, Türkiye‘de Din ve Eğitim- Son Dönemdeki Gelişmeler ve Değişim Süreci, İstanbul 2011

Erdoğan, Mustafa, „Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü“, Liberal Düşünce, S.21, Kış 2001, s.23-35

Erkan, Rüstem / Akçayöz, Harika, „Siyasi İslam Tartışmaları Açısından İmam Hatip Lisesi Öğrencilerinin Demokratik Tutum ve Davranışlarının İncelenmesi“, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C.27, No:2, s.174-201

Gözler, Kemal, „1982 Anayasasına Göre Din Eğitim ve Öğretimi“, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu‘na Armağan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.317-334, (<http://www.anayasa.gen.tr/din-egitimi.htm>, Konuluş Tarihi: 13/11/2010), e.t. 20.06.2014

Hafizoğulları, Zeki, „Atatürk ve Laiklik“, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/AtaturkveLaiklik.pdf>, e.t. 22.06.2014

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuk, İmge Kitabevi, 6. Baskı, 2002

Kahraman, Mehmet, „Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye‘de Laiklik“, MKÜSBED, C.5, S.9, 2008, s.57-77

Kaymakcan, Recep, „Türkiye‘de Din Eğitimi Politikaları Üzerine Düşünceler“, http://www.dem.org.tr/makaleler/dinegitimi_recep_06072006_EKEV.pdf, e.t. 02.05.2012

Kılıç, Recep, „Din Öğretimini Temellendirme Problemi“, Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye‘de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999

Kılıçbay, Mehmet Ali, „Laiklik ya da Bu Dünyayı Yaşayabilmek“, Cogito, S.1, Yaz 1994, s.15-21

Kuru, Ahmet T., Pasif ve Dışlayıcı Laiklik- ABD, Fransa ve Türkiye, Çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011

Mert, Nuray, „Laiklik Tartışması ve Siyasal İslam“, Cogito, S.1, Yaz 1994, s.89-101

Messner, Francis, „Fransa Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar,

Din Eğitimi ve Din Hizmetleri“, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu 9-10 Aralık 2006

Michel, S.J., Thomas, „Laisizme Katolik Bir Bakış“, Çev. Deniz Şengeç, Cogito, S.1, Yaz 1994, s.103-109

Narlı, Nilüfer, „Türkiye‘de Laikliğin Konumu“, Cogito, S.1, Yaz 1994, s.23-31

Okçu, Davut, „Türk Eğitim Sisteminde Din Öğretiminin Zorunluluğu Sorunu“, Uluslararası Eğitim Felsefesi Kongresi: Küreselleşme Sürecinde Eğitim Sorunlarının Felsefi Boyutu, 6-8 Mart 2009, s.213-224

Öcal, Mustafa, „Cumhuriyet Döneminde İlk, Orta ve Yüksek Öğretimde Din Öğretimi (Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Derslerinin Tarihçesi)“, Cumhuriyetin 75. Yılında Türkiye‘de Din Eğitimi ve Öğretimi, Türk Yurdu Yay., Ankara 1999

Özenç, Berke, „AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu“, İÜHFM, C.LXVI, S.2, s.191-226

Özenç, Berke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü, Kitap Yayınevi, İstanbul 2006

Robbers, Gerhard, „Almanya Din-Devlet ilişkisi: Hukuki Yapı, Dini Kurumlar, Din Eğitimi ve Din Hizmetleri“, AB Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi Sempozyumu 9-10 Aralık 2006

Sanioğlu, Hilal, „Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları“, TBB Dergisi, S.74, Yıl 2008, s.77-111

Torun, İshak, „Türkiye‘de Sivil Toplum ve Demokrasinin Gelişmesinde Bir Potansiyel Olarak Alevilik“, Uluslararası Davraz Kongresi Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Isparta 2009, s.2072-2087

TÜSİAD, Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu, Tüsiad Yay., Mart 2011, 24, ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf, e.t. 26/05/2012

Ulusoy, Ali, „Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması“, Liberal Düşünce, C.4, S.14, Bahar 1999, s.238-245

<http://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.danistay.gov.tr/>

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/1448_04.pdf

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/20419310.asp>

http://www.zaman.com.tr/dunya_turkiyede-somurge-modeli-laiklikuygulaniyor_664395.html

<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/turkey/TUR-C-BC-IV-2011005-TUR.pdf>

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

1. **ARAP BAHARI VE DEMOKRASİ HAKKI**
Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA
2. **SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE YÖNELİK BİR ÇARE OLARAK SEYİRDEN YASAKLAMA (6222 Sayılı Kanun m.18)**
Prof. Dr. Hamide ZAFER
3. **İLTİCA TALEPLERİ REDDEDİLEREK TÜRKİYE'DEN SINIRDIŞI EDİLMELERİNE KARAR VERİLEN YABANCILARA İLİŞKİN AİHM KARARLARININ YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU'NA ETKİSİ**
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
4. **ULUSLARARASI BARIŞ VE GÜVENLİĞİN SÜRDÜRÜLMESİ KAPSAMINDA BARIŞ İÇİN BİRLİK KARARININ UYGULANABİLİRLİĞİ**
Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
5. **BİR ULUSLARARASI HUKUK SÜJESİ OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ**
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M. (Münster)
6. **SELF DETERMİNASYON VE AYRILMA AÇISINDAN KIRIM SORUNU**
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE
7. **1963 ANKARA ANLAŞMASI VE SCHENGEN ANLAŞMASI: TÜRK VATANDAŞLARININ VİZESİZ DOLAŞIM HAKKI**
Doç. Dr. Mehmet Rifat TINÇ,
8. **EVLİLİĞİN BUTLANININ EVLENME NEDENİYLE KAZANILAN TÜRK VATANDAŞLIĞINA ETKİSİ HUSUSUNDA DEĞERLENDİRMELER**
Doç. Dr. Rifat ERTEN
9. **İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN CEZÂİ HÜKÜMLER BAKIMINDAN NE BIS İN İDEM İLKESİNİN UYGULAMA ALANI**
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK
10. **ÇEK KANUNU GEÇİCİ M.3 F.1 UYARINCA ÜZERİNDE YAZILI DÜZENLENME TARİHİNDEN ÖNCE İBRAZİ GEÇERSİZ OLAN ÇEKİN, MUHATAP BANKA TARAFINDAN İŞLEME KONMASI (VE ÖZELLİKLE ÖDENMESİ)**
Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN
11. **VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA EHLİYET**
Yrd. Doç. Dr. Oytun CANYAŞ
12. **DANIŞTAY'IN NAKLEN ATAMALARDA "AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA EŞ DURUMUNUN GÖZETİLMESİ" İLKESİNE YAKLAŞIMI**
Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN
13. **KAMULAŞTIRMAMADAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINA DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI VE ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİSİ**
Dr. Emre AKBÜLÜT
14. **YENİ BİR ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI MEKANİZMASI: İT BAĞIMSIZ DAİMİ İNSAN HAKLARI KOMİSYONU**
Dr. Ergin ERGÜL
15. **6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ SEBEBİYLE TAHLİYE**
Dr. Merve ALTUNTOP
16. **TÜRK CEZA KANUNUNDA TEKERRÜR VE YARGITAY UYGULAMASI**
Dr. Sacit YILMAZ
17. **TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ ARAMA SUÇU**
Akif YILDIRIM
18. **İDARİ YARGI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA YARGISINDA YOKLUK**
Alper AYDIN
19. **5233 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MANEVİ ZARARLARIN TAZMİN EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ SORUNU**
Berkan AYTURAN
20. **YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ**
Av. Bilal CAN
21. **İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ**
Arş. Gör. Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU
22. **10 TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI TOPLUMSAL OLAYLARA MÜDAHALENİN AİHS'İNİN 3. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
Engin FIRAT
23. **ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIM SUÇU**
Ercan GÖKTEPEOĞLU
24. **ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANMA AÇISINDAN SOĞUK SAVAŞ SONRASI DÖNEMDE NATO VE TERÖRİZMLE MÜCADELE**
Eyyub KANDEMİR
25. **SPOR TAHKİM KURULLARI**
Mustafa ARTUÇ
26. **RESMİ BELGEDE SAHTEÇİLİK SUÇUNDA BAZI ÖZEL DURUMLAR**
Nurullah TEKİN
27. **HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**
Sibel ADIGÜZEL
28. **AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE DEVLETLER ARASINDA MAHKEME KARARLARININ SERBEST DOLAŞIMI**
Tuba BİRİNCİ UZUN
29. **ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR VE BU SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**
Tuğçe TAKCI
30. **GARANTİ SÖZLEŞMESİ**
Yasemin YILMAZ
31. **BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ İLE İLÇE BELEDİYELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER**
Yusuf ÖZÇELİK
32. **DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE LAİKLİK BAĞLAMINDA DİN EĞİTİMİ VE ÖĞRETİMİ**
Yüksel GÜNARSLAN