ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

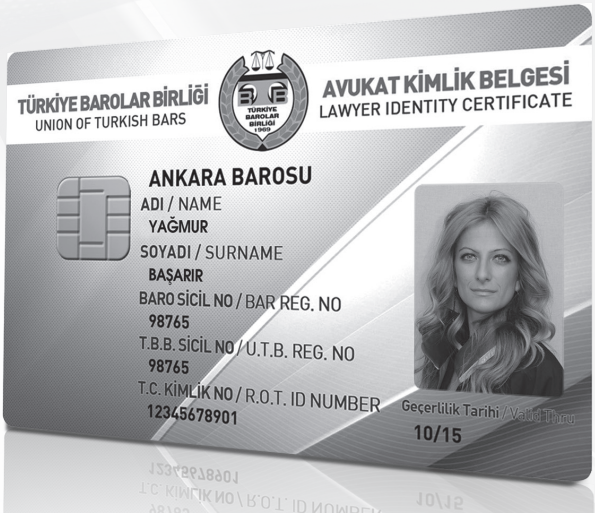
- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Kitaplar, Dergiler
- Adli Tıp
- Çevre

KASIM - ARALIK / NOVEMBER-DECEMBER: 2013 YIL/YEAR: 26 SAYI/ISSUE: 109

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile Adliyeye gitmeden, internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- ***dava açabilir,***
- ***her türlü dosya giderini yatırabilir,***
- ***sorgulama yapabilirsiniz.***

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Editör / Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Teoman Ergül
Av. Özgecan Yanlı

Editörler Kurulu / Board of Editors
Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Şamil Demir
Şerafettin Gökalp
Musa Toprak
Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez,
Galatasaray Hukuk Fak.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik. org. tr
e-posta: yayin@barobirlik. org. tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www. senmatbaa. com

Basım Tarihi / Printing Date : 19. 12. 2013

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

KASIM - ARALIK / NOVEMBER-DECEMBER 2013 YIL/YEAR: 26 SAYI/ISSUE : 109

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

   Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

   Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

   Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

   Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (" .....") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

   Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

   Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik. org. tr" adresine gönderilmelidir.

   Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

   Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

   Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *"olur"* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

10 Cenap GÜVEN
Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Önceki Üyelerinden
Avukat Yalçın Milli

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Ebru CEYLAN
Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler/New Regulations about Turkish Law on the Prevention of Domestic Violence and Violence Against Women

55 Ayhan BOZLAK
Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme/Protection of Privacy in The Public Context: A Comparative Analysis Between the Supreme Court of the United States and the European Court of Human Rights' Practices

93 Sadullah ÖZEL
Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri/Right of Just Compensation in Expropriation and Market Value

129 Ahmet EROL
Örnek Bir Karar Işığında 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı ve Etkin Sonuç Sağlayıp Sağlayamayacağı/In the Lihgt of an Exemplary Verdict, Content of the Law Number 6384 and is it Going to Provide Efficient Result or Not?

141 M. Yaşar DEMİRCİOĞLU
Doçentlik Sınavında İdari Süreç/Administrative Process in Associate Professor Examination

177 Ferhat USLU
Anayasa Yargısının Meşruluğuna Bir İtiraz Olarak "Egemenlik"/As an Objection to the Sovereignty of Legitimacy of Judicial Review

203 Uğur ERSOY
Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği/The Scope of "Fault Principle" and the Compatibility of "Objective Conditions of Punishability" with "Fault Principle" in Turkish and German Criminal Law Systems

251 Emel BADUR
Eşin Rızası/Consent of the Spouse

303 Ülkü HALATÇI ULUSOY
Uluslararası Hukuk Açısından Ege Hava Sahasında Türkiye ve Yunanistan Arasındaki Sorunlar/The Problems Between Turkey and Greece in the Aegean Airspace in Respect of the International Law

335 Prof. Dr. Ersan Şen/Av. Ertekin Aksüt
Öldürmeye Teşebbüs İle Kasten Yaralama Mukayesesi ve Uygulama Sorunları

MAKALELER / ARTICLES

353 Korkut KANADOĞLU
Laiklik ve Din Özgürlüğü/Laicism and Freedom of Religion

385 Hikmet Sami TÜRK
Türkiye Cumhuriyeti'nin Simgesi: T.C.

401 Atilâ SAV /N. Özden SAV
Usûlüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Antlaşmaların Özü ve Kapsamı Hakkında

409 Tunay KÖKSAL
Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci/The Preparation and Application Process of International Construction Contracts

451 Halis YAŞAR
Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu

465 Murat CEYHAN
Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi/Confidentiality of the Investigation and Defendant's Right to Examine the Case File

484 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Avukatlık mesleğinin her geçen gün çığ gibi büyüyen meslek sorunlarını, mesleki itibar erozyonu ve ekonomik sorunlar olmak üzere iki başlık altında toplayabiliriz.

Mesleki itibar erozyonunu besleyen ana nedenlerin başında; hakim ve savcıların, gerçeği gerçek olmayandan, haklıyı haksızdan, suçluyu suçsuzdan ayırabilmek için adil yargılamanın tek geçerli yol olduğu ve adil yargılamanın ön şartının da avukatın eşit kurucu unsur olduğu gerçeğini içselleştirmemiş olmaları geliyor.

Hakim ve savcıların bu bakış açısına bağlı olarak; soruşturma evresinde savunmanın dikkate alınmaması, duruşmalarda avukatın söz hakkının sınırlanması, hatta savunmaların yok sayılarak hüküm verilmesi gibi adil yargılanma hakkını temelden sarsan uygulamalarla karşıya kalıyoruz. İddianame ve bilirkişi raporlarının savunmalara üstün görüldüğüne, "makul sürede yargılama ilkesinin", "hızlı yargılamaya" dönüştürüldüğüne, "dosya eritme" yarışı sonucu savunmaların değerlendirilmediğine hatta savunma yapmak ile yapmamak arasındaki farkın ortadan kalkmaya yüz tuttuğuna tanıklık ediyoruz. Danıştay ve Yargıtay'ın yapılarının değişmesinden sonra yerleşik içtahatlerin uğradığı değişiklikler ise karşımıza çıkan onlarca zorluktan yalnızca biri.

Mesleki itibar erozyonunu besleyen nedenler yalnızca hakim ve savcıların bakış açısıyla da sınırlı değil. Ne yazık ki yasama ve yürütme organı kendilerini yargı kararlarıyla bağlı saymıyor, yargı kararlarını uygulamada isteksizlik gösteriyor ve buna bağlı olarak yargının tarafsız ve bağımsız olmadığına dair algılar giderek güçleniyor.

Kaliteli eğitim veremeyen hukuk fakültelerinin sayısının çığ gibi artmasına ek olarak avukat stajına kabul ve staj sonrası yeterlilik değerlendirmelerinin yapılmaması avukat sayısını artırırken mesleğimizin

itibarına da zarar veriyor. Avukatların bir kısmının, yargının kurucu unsuru olmanın gerektirdiği bilgi birikiminden yoksun olduğu, meslek ilke ve kurallarına aykırı davranışların artış gösterdiği gerçeğiyle yüz yüze geliyoruz.

Bütün bunların yanı sıra mesleki itibar kaybı, avukat sayısının kontrolsüz artışının ortaya çıkardığı arz – talep dengesizliği, avukatlara yönelik tekel alanına sürekli müdahale gibi nedenlerin büyüttüğü ekonomik sorunlarla savaşıyoruz.

Türkiye Barolar Birliği olarak avukatlık mesleğinin itibarını tehdit eden ve avukatları başa çıkılamayacak ekonomik sıkıntılara sürükleyen sebeplerle bütün gücümüzle mücadele etmekteyiz. Bu mücadele, aslında hukuk devleti ve demokrasi için yürüttüğümüz bir büyük mücadeledir.

Bütün meslektaşlarımız bilmelidir ki, hukuk devletinin ve demokrasinin olmadığı bir düzende, avukata da ihtiyaç yoktur.

Bütün yurttaşlarımız bilmelidir ki, avukatın hakkının ihlal edildiği yerde, aslında, yurttaşın kendi hakkı ihlal edilmektedir.

Biz bir yandan, hukuk devleti ve demokrasi için mücadele vermek, diğer yandan, esasen bu mücadelenin asli bir parçası olarak, avukatın günlük sorunlarını çözmek için çalışmak zorundayız.

Bu çerçevede Sayın Genel Kurulumuz tarafından 26 Mayıs 2013 tarihinde bize yetki verilmesini takiben, mesleki sorunlarımızın çözümüne ilişkin projeler üzerinde çalıştık ve kısa sürede çok önemli sonuçlar aldık.

Bunların başında Munzam Emeklilik Yardımı için yaptığımız çalışma ve çıkardığımız yönerge geliyor. Bu projeyi uygulayabilmek amacıyla olağanüstü toplantı çağrısı yaptığımız Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu 30 Kasım 2013'de çok önemli ve çok büyük bir karara imza attı. 1 Ocak 2014'den itibaren 69 yaş ve üzerindeki meslektaşlarımıza Munzam Emeklilik Yardımı yapılabilmesine imkan sağlayan Türkiye Barolar Birliği 12. Olağanüstü Genel Kurulu, kuşaklar boyunca bu tarihi kararla anılacaktır. Bize bu desteği veren her bir delegemize şükranlarımı sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği 12. Olağanüstü Genel Kurulu, avukatlık mesleğine girişte staj başvurusu ve staj başarısı değerlendirmesi yapılmasını öngördüğümüz Avukatlık Staj Yönetmeliği Değişikliğine verdiği destekle de avukatların meslek sorunları karşısında nasıl tek bir yumruk olabileceğinin örneğini sergileyerek şevkimizi ve heyecanımızı beslemiştir.

Öte yandan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararıyla, meslektaşlarımızın eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının tedavi yardımından yararlanmalarının önü açılmış ve sayılarını artırdığımız anlaşmalı hastanelerde yatarak tedavideki ödeme payı kaldırılmıştır.

Ücret karşılığı bir başka avukatın veya avukat ortaklığının yanında işgören meslektaşlarımızın mesleki itibarlarını ve emeklerini korumak üzere Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesi çıkarılmıştır. Bu yönergeye, II. Genç Avukatlar Kurultayına katılan meslektaşlarımız çok anlamlı bir deklarasyonla destek vermiştir.

Avukat Hakları Merkezi'nin kurulması, yıllardır toplanmayan CMK Üst Kurulu'nun çalıştırılması, tutuklu meslektaşlarımıza aylık yardımda bulunmamıza olanak sağlayan yönerge değişikliği, meslektaşlarımızın büyük başarı sağladığı arabuluculuk sertifika programlarını açılması, Avukatlık Kanunu Taslak çalışmasını katılımcı bir anlayışla hazırlamak amacıyla bir komisyon oluşturularak çalışmaların başlatılması göreve geldiğimizden bu yana gerçekleştirdiğimiz faaliyetlerimiz arasındadır.

Avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak eşit yurttaşlık temelinde; insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü, avukatlık mesleğinin itibarı ortak paydalarında el ele vermenin ve tüm Türkiye'ye örnek oluşturmanın gururunu duyuyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Önceki Üyelerinden

AVUKAT YALÇIN MİLLİ

Cenap GÜVEN*



Avukatlığa Gördes'te 7 Ekim 1967 de başladım ve 40 yılı aşkın bir süre çalıştıktan sonra yazıhanemi 31 Ekim 2007 de kapattım.

Gördes'te ilk avukat yazıhanesini benden 3 ay kadar önce Avukat Yalçın Milli açtı. Yalçın Milli Gördes'e orman avukatı olarak gelmiş, sonradan orman avukatlığına eşi Olcay Milli atanınca o da Gördes'te serbest avukatlığa başlamıştı. O zamana kadar ilçemizde orman avukatının dışında avukat yoktu. Davalara "Arzuhalciler" girerdi. Avukatlığımızın ilk yıllarında bizler de bir süre arzuhalciler ile birlikte çalıştık, birlikte davalara girdik.

Yalçın Milli, sanıyorum Gördes'te 8 yıl kadar kaldıktan sonra 1974 yılında Akhisar'a gidip serbest avukatlık mesleğini orada sürdürdü. Bu arada 1993 – 1997 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Disiplin

* Avukat, Manisa Barosu Üyesi

Kurulu üyelik görevini üstlendi. Mesleğinin son yıllarında da yazıhanesini kapatıp Akhisar Orman İşletmesinin avukatlığını yaptı ve 2002 de oradan emekli oldu.

Yalçın Milli Gördes'te ve Akhisar'da birçok defalar, yıllarca CHP ilçe başkanlığı görevlerinde bulundu. Yine Manisa'da CHP Milletvekili ve Cumhuriyet Senatosu adayı olarak seçimlere girdi.

Doğumu: 1937. Babası: Bir hukukçu, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Cemil Milli, Annesi: Aliye Milli.

Ve Son: Yalçın Milli'yi 28 Eylül 2013 tarihinde kaybettik…

Kimliğe ilişkin bu kısa bilgilerden sonra asıl Yalçın Milli'ye gelirsek:

Bir çocuk masumiyeti ve saflığı ile yine bir çocuk yaramazlığı, afacanlığı, hınzırlığını birlikte, aynı anda özünde birleştiren bir zekâ ve kişilik… Bunun yanında ve bunlarla birlikte tam bir centilmen, herkesin saygı duyduğu bir özyapı… Çocukların, büyüklerin, gençlerin, kadınların, erkeklerin, herkesin, herkesin sevgilisi… Herkesin, herkesin, yerine göre kardeşi, ağabeyi, amcası, arkadaşı, yoldaşı, can dostu… Engin bir genel kültür, müthiş bir mizah, herkese karşı fedakâr, az bulunur bir hoşgörü; kısaca bir bilge… İşte Yalçın Milli…

Bu nasıl bir zekâ, nasıl bir hoşgörü, nasıl bir kişilik yapısı ki o çok geniş, çok katmanlı, çok zengin çevresine rağmen, gerek iş, gerek özel yaşamında Yalçın Milli yaşamı boyunca hiç kimseyi kırmadı. Her zaman, her yerde aranan kişiydi. Sohbetine doyum olmazdı. İçinde bulunduğu topluma çok şeyler katardı. Aynı zamanda iyi bir aile babasıydı. Eşi Olcay Milli ile çok iyi arkadaştılar. Aralarındaki bu arkadaşlık, bu yoğun iletişim hiç kopmadı, hiç eksilmedi. En sıkıntılı zamanlarında bile evlatları (kızı Ödül, damadı Eşref Hacılar) ile de hep o iyi aile babalığını sürdürmesini bildi.

Yalçın'dan çok şeyler öğrendik. 45 yılı aşan çok köklü bir dostluğumuz ve arkadaşlığımız var. Ben onu, onun sohbetlerini çok çok arayacağım. Eksikliğini hep duyacağım. Sanıyorum, biliyorum ki onu yakından tanıyanlar da eksikliğini hep duyacaklar, onu hep arayacaklar. Onun anılarıyla yaşayıp onu anılarında yaşatacaklar.

"Bâki kalan bu kubbede bir hoş sada imiş…"

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

TÜRK HUKUKUNDA AİLE İÇİ ŞİDDET VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİYLE İLGİLİ YENİ DÜZENLEMELER*

NEW REGULATIONS ABOUT TURKISH LAW ON THE PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN

Ebru CEYLAN**

Özet : Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet önemli bir hukuki sorundur. Bu sorunu çözmek için uluslararası ve ulusal düzenlemeler yapılmıştır. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 'un getirdiği yeni düzenlemelerde şiddete yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler belirtilmiştir. Kanımızca aileyi ve kadını şiddete karşı korumada yeni yasayla önemli adımlar atılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Aile içi şiddet, kadına karşı şiddet, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

Abstract: Domestic violence and violence against women is an important legal issue. International and national regulations have been made to solve this problem. Protective and preventive measures have been specified in the new regulations enacted with the no. 6284 Law on Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women. In our opinion, with the new law to protect family and women against violence, some important steps have been taken.

Keywords: Domestic violence, Violence against women, The no. 6284 Law on Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women

---

* Bu makale, 25 Mart 2013 tarihinde İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen "Aile İçi Şiddet ve Kadına Yönelik Şiddet " panelinde sunulan Tebliğ 'in genişletilmiş şeklidir.

** Yrd. Doç.Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet günümüzde toplumun önemli bir sorunudur. Şiddet olgusu zamana, kültüre ve topluma göre değişkenlik gösteren bir olgudur. Aile içi şiddeti, bireysel sebepler, yanlış ilişkiler, şiddeti olağan sayma algısı, sosyal sebepler yanında göç, yoksulluk, doğal sebepler, medya, stres saldırganlık, aile içindeki huzursuzluk ve alkol de ortaya çıkarmaktadır.

Bu alandaki uluslararası hukuki düzenlemeler, devletlerin iç hukuk düzeninde kadın haklarının korunmasında ve aile içi şiddetle mücadelenin gelişmesinde etkili olmuştur.

Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de kadına yönelik aile içi şiddetin bir sorun olarak algılanması ve bu sorunu çözmek için çalışılması insan haklarının değer olarak tanınması ve geliştirilmesiyle mümkün olmuştur. Gerek kadına gerekse aile içindeki bireylere karşı yöneltilen şiddet nedeniyle kişinin fiziksel, ruhsal, sosyal, cinsel, ekonomik değerleri büyük zarara uğramaktadır. Özellikle kadınlara karşı yapılan şiddet, sadece bir kadın sorunu değildir, bütün toplumu ilgilendiren ciddi bir sorundur. Özellikle cinsiyete dayalı şiddet, kadının haklarını ve özgürlüğünü zedeleyen bir ayırım yaratmaktadır. Ailede ve toplumda kadına karşı ayrımcılığın kaldırılması, ancak kadın ve erkeğin eşitliği konusunda bütün toplumunda farkındalığın oluşmasıyla mümkündür.

Ülkemizde aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet konusunda farkındalık yaratmak; toplumu, hakları konusunda bilinçlendirmek ve şiddet mağdurlarına psikolojik destek vermek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini yerleştirmek amacıyla çeşitli projeler düzenlenmekte ve çeşitli etkinliklerle bu sorunun bir insan hakları sorunu olduğu vurgulanmaktadır[1].

---

[1] Bu konuda TÜKD 'nin 25 Kasım 2010-25 Kasım 2011 arasında tüm şubelerinde uygulanan kadına yönelik şiddet araştırmasında katılımcılara medeni durumları, gelir düzeyleri, eğitim düzeyleri, şiddet sebepleri ve şiddet deneyimleri (şiddetin niteliği) ve ne sıklıkta yaşadıkları yönünde araştırma yapılmıştır. Böylece şiddetin toplumda görülmesi sebepleri ve oranları konusunda aydınlatıcı bir çalışma doğmuştur. Özellikle bkz.Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği " Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Projesi, Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele, Genişletilmiş 2. Baskı, Yayına Hazırlayan : Nazan Moroğlu, İstanbul 2012, s.9 vd. Ayrıca Türkiye 'de kadına yönelik şiddet araştırması için bkz.http://

Bu çalışmamızda, aile içi ve kadına karşı şiddete karşı hukuk alanındaki uluslararası ve ulusal belgelerdeki düzenlemeler, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un getirdiği yeni düzenlemeler incelenmiştir.

I. Aile İçi Şiddet Kavramının Tarihsel Gelişiminde Uluslararası Düzenlemeler

Türk Hukukuna aile içi şiddetle ilgili kavramların girmesinde Uluslararası Bildirgelerin ve uluslararası sözleşmelerin önemli rolü olmuştur. Ulusal düzeyde yasal düzenlemelerde yer alan kavramlar temelini, uluslararası sözleşmelerden almaktadır. Kadın haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler, ulusal alanda yasal düzenlemelerin eşitliğe uygun değiştirilmesinde ve geliştirilmesinde itici güç olduğu gibi Anayasa m.90 /V hükmü gereği de kanunlar, uluslararası antlaşmalarla aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa çıkabilecek uyuşmazlıklarda ilgili sözleşme hükümlerinin esas alınması kabul edildiğinden Türk hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır [2].

"*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi*" (CEDAW) 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilip 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir [3]. Bu sözleşmenin amacı, yaşamın her alanında kadın erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin kadınlara tanınması, kadın erkek arasındaki her türlü ayrımcılığın kaldırılması amacıyla sözleşmeye taraf devletlerin kararlı bir eşitlik politikası izlemelerini sağlamaktır[4]. Ancak taraf devletlerin ayrımcılıktan zarar görenlerin haklarını aramak üzere başvuruda bulunabile-

---

www.ksgm.gov.tr/tdvaw/anasayfa

2 MOROĞLU, Nazan, Kadının İnsan Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.27.

3 Ülkemiz bu sözleşmeyi 1985 yılında imzalamış ve 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeyle ilgili bkz. MOROĞLU, Nazan, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.20 vd.

4 CEYLAN, Ebru, Türk Hukukunda Kadın Hakları El Kitabı, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyinin katkılarıyla basılan, İstanbul 2011 (Yayın Danışma Kurulu : Dr. Mustafa Aydın, Şaban Gülbahar, Prof. Dr. Yadigar İzmirli, Editörler: Yrd.Doç.Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar), s.43.

cekleri bir denetim mekanizmasına sözleşmede yer verilmemiştir[5]. Bu sözleşmede kadınlara karşı şiddet, aile içi şiddet, toplumsal cinsiyet, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, mağdur ve kadın terimlerinin tanımı yapılmıştır[6].

20 Aralık 1993 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca yayınlanan kadına karşı şiddetin önlenmesiyle ilgili ilk belge "*Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge*" dir[7]. Bu Bildirge, hukuki bağlayıcılığa sahip olmadığı halde getirdiği ilkelerle devletlerin iç hukuklarında şiddetle mücadele yasalarını kabul etmesinde etkili olmuştur.

Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde "*cinsel taciz* " kavramına ilk kez 23 Eylül 2002 yılında kabul edilip 5 Ekim 2002 tarihinde AB Resmi Gazetesinde yayınlanan Direktif 'te yer verilmiştir[8].

Uluslararası hukukta kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet konusunda yaptırım gücü olan bir sözleşme olan "*Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*" [9], 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalandı. Ancak sözleşmenin m.75 /II hükmü gereği; en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on devlet tarafından onaylanmasından sonraki üç aylık sürenin sonunu takiben ayın ilk günü sözleşme yürürlüğe girecektir . Türkiye, bu sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan ilk ülkedir[10]. Bu sözleşmenin önemi kadının ve ailenin şiddetten korunması ve önlenmesi konusundaki idari tedbirler, şiddet uygulanmasında yükümlülüklere aykırılık halindeki yaptırımlardır[11].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadına karşı şiddetle mücadelede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerinin ihlaline

---

5 MOROĞLU, Uluslararası Sözleşmeler, s.31.

6 Kadın Hakları Mevzuatı, Yayına Hazırlayan : Av. Aydeniz Alisbah Tuskan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.50.

7 MOROĞLU, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012, Mart-Nisan S.99, s.361; MOROĞLU, Uluslararası Sözleşmeler, s.33.

8 Journal Officel des Communautés européennes L 269/15, www.eur-lex.europa.eu

9 RG. 29 Kasım 2011 S. 28127.

10 DEMİRKIR ÜNLÜ, Müge, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddet, İstanbul 2012, s.28.

11 ŞAHİN, Cumhur, İstanbul Sözleşmesi'nin Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerindeki Etkisi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 18.

karşı verdiği çeşitli kararlarla etkisini ortaya koymaktadır. Özellikle Türkiye'yi oldukça yakından ilgilendiren Opuz v. Türkiye davası Türk kamu makamlarının aile içi şiddete yaklaşımını göstermektedir[12]. Opuz davasında davacı kadın, gerek annesinin, gerek kendisinin uğradığı şiddete karşı Devlete dava açmıştır. Muhatap, Devletin annesinin yaşam hakkını koruyamadığını belirterek annesi bakımından AİHS m.2 'nin ihlal edildiğini, kendisi bakımından ise m.3 'ün ihlal edildiğini ve hem annesi ve hem kendisi bakımından AİHS m.14 'ün ihlal edildiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme, kadının uğradığı şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olduğunu belirterek başvurucunun ve annesinin kişisel bütünlüğünü muhatap Devletin koruyamadığını ve dolayısıyla m.2 ve m.3 ve m.14 'ü ihlal ettiği sonucuna varmıştır[13].

II. Aile İçi Şiddet Kavramının Tarihsel Gelişiminde Ulusal Düzenlemeler

Anayasa'nın m.10 hükmü, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, Anayasa m.41 hükmü ise, ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu ve eşler arasında eşitliğe dayandığını düzenlemiştir.

Ülkemizde, aile içi şiddete ve kadına yönelik şiddete karşı mücadele amacını taşıyan ilk Kanun 4320 sayılı " *Ailenin Korunmasına Dair Kanun* "[14] 'dur . Bu Kanun'un 4. maddesinde şiddetin koruma kapsamına girenler ve tedbirler düzenlenmiştir. Ülkemizde şiddetle mücadele konusunda yapılan çalışmalarda, baroların, kadın örgütlerinin ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın uzun yıllardır gösterdikleri emek ve mücadelelerin yeri büyüktür[15]. Uygulamada ortaya çıkan aksaklıklar

12 ÖNCÜ, Gülay Arslan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, İstanbul Mayıs 2013, s. 51; İNAL, Tamer, AİHM Nezdinde Kişisel Başvuru Hakkı, Yaşama Hakkının İhlali ve Aile İçi Şiddet, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.103 vd.

13 ÖNCÜ, s.57;İNAL, s.103 vd.

14 RG. T.17.01.1998, S. 23233.

15 TUSKAN, Aydeniz Alishbah, Uluslarası ve Ulusal Boyutta Aile İçi Şiddetle Mücadele, İstanbul Barosu Dergisi C. 87, S.1, Yıl : 2013, s. 32.

nedeniyle 26.04.2007 tarih ve 5636 sayılı Kanunla[16] 4320 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmıştır ve Uygulama Yönetmeliği[17] çıkarılmıştır.

4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkında Kanun 'un, 5636 sayılı Kanun ile Değiştirilmesi kanımızca[18] olumlu olmuştur . 4320 sayılı Kanun'da, şiddetten zarar görenlerin kapsamına eşlerden biri, çocuklar ve aynı çatı altındaki diğer bireyler girerken, 5636 sayılı Kanun'la Değişiklikten sonra ailenin aynı çatı altında yaşaması zorunluluğu kalkmıştır. 4320 sayılı Kanun 'a göre şiddet uygulayan kişi, yalnızca kusurlu eş iken, değişiklikten sonra ise diğer aile bireyleri de şiddet uygulayan kişiler olarak kabul edilmiştir. 4320 sayılı Kanun 'da alkollü ve uyuşturucu herhangi bir madde kullanmış olarak kusurlu eşin ortak konuta gelmemesi ve ortak konutta bu maddeleri kullanmaması şeklinde düzenleme vardı. Değişiklikten sonra ise bu maddeleri kullanan kişiler arasına diğer aile bireyleri de eklendi ve yer olarak sadece ortak konut değil, işyeri de sayıldı.4320 sayılı Kanun 'a göre hakim, şiddetten zarar görenlerin yaşam düzeylerini dikkate alarak tedbir nafakasına karar verirdi, değişiklikten sonra ise şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan veya katkıda bulunan biriyse, şiddetten zarar görenlerin yaşam düzeylerini dikkate alarak daha önce nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedilebileceği düzenlendi[19].

4320 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler, ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde yeterli olmamıştır. 4320 sayılı Kanun'un kapsamı mağdur, fail ve eylemin gerçekleştiği yer açısından genişlemiştir. Evlilik dışı birleşmelerdeki şiddet mağdurunun açıkça gösterilmemesi kanımızca önemli bir eksiklik olmuştur . Bu Yasanın amacı, bireyden çok ailenin korunması olduğundan nikahsız olarak birlikte yaşayanlar, aile olarak kabul edilmediğinden 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte de koruma altına alınmamıştı. Faile koruma kararının kim tarafından ve nasıl tebliğ edileceği ve verilen karara karşı yasal yollar Kanun 'da düzenlenmemişti. *Bütün bu hususlar kanımızca eksiklik olarak değerlendi-*

16 RG. T.04.05.2007 S.26512.
17 RG.T. 01.03.2008 S.26803.
18 CEYLAN, Ebru, Türk Hukukunda Aile Mahkemelerinin Yasal Çerçevesi ve Uygulama Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2010 Yıl :8, S. 96, s.4265 vd.
19 DOĞAN, İzzet, Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2009 Yıl : 7, S.77, s.1490-1491.

rilmiştir[20]. Ayrıca uygulamada ilk başvuru yeri olan kollukta yasanın amacına uygun önlem alınamaması, sığınma evlerinin yetersiz olması, şiddetin türlerine ilişkin açık tanımların yapılmamış olması, koruma kararının derhal verilmemesi ve başvuru ile karar arasındaki süreçte kadının korunamaması ve korunan kişilerin kapsamının dar olması nedeniyle sorunlarla karşılaşılmıştır[21].

Bütün bu sebepler nedeniyle Kanun 'un aile içi şiddetle mücadelede yetersiz kalması nedeniyle ve 2011 yılında Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi 'nin imzalanmasının da etkisiyle 6284 Sayılı " *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"*[22] ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği [23] ülkemizde yürürlüğe girmiştir.

İç hukukumuzda kadın-erkek eşitliği ve kadının haklarının korunmasında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik[24], 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu [25], 2003 yılında İş Kanunu 'nda kadın işçilerin haklarıyla ilgili düzenleme, 2003 yılında 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun [26]' la aile mahkemelerine ihtisas mahkemesi olarak karar verme yetkisinin tanınmış olması ve 2005 yılında Türk Ceza Kanunu 'nda cinsel suçların kişiye karşı suç olarak kabul edilmesi önemli gelişmeler yaratmıştır.

Aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin hükümler, Türk Medeni Kanun'da da bulunmaktadır. Şiddet davranışı, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklere aykırı davranış niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle TMK.m.185 ve devamında düzenlenen bu yükümlülüklerden herhangi birine aykırılık halinde, TMK.m.195 hükmü gereği hakimin müdahalesi istenebilir. TMK. 'daki bu hükümler, evlilik birliğinin getirdiği yükümlülüğü yerine getirmeyen aile bireyini cezalandırmayı

---

20 CEYLAN, Ebru, Aile Mahkemeleri, s. 4278.

21 CEYLAN, Aile Mahkemeleri, s.4279 vd; AY, Nilüfer, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile içi Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s. 82.

22 RG. T. 20.03.2012 S.28239.

23 RG. T. 18.01.2013 S.28532.

24 RG. T. 05.01.2013 S.28519.

25 RG. T. 17.01.1998 S.23233.

26 RG. T. 18.01.2003 S.24997.

değil, evlilik birliğini, aileyi korumak ve eşlerle çocukların zarar görmesini önleme amacı taşımaktadır[27]. TMK.m.195 hükmüne göre, eşler ayrı ayrı veya birlikte evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, ancak talep varsa evlilik birliğine müdahale edebilir, talep yoksa müdahale edemez[28].

Hâkimin alabileceği önlemler, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarma, onları uzlaştırmaya çalışma ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteme yönünde olacaktır (TMK. m.195/II). Hakimin alacağı tedbirler, eşlerden birinin evlilik giderlerine katılma yükümlülüğü ile veya ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmamaları için alınacak önlemlere ilişkindir[29].

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (MK.m.195/III).

Türk Medeni Kanunu 'nda çocuğun hem kişiliğinin, hem de mallarının korunmasıyla ilgili tedbirler getirilmiştir. Koruma önlemlerinin alınması için çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi ve anne ve baba başka bir çare bulamaması veya güçleri yetmemesi gerekir [30]. Medeni Kanun 'da çocuğun aile yanına yerleştirilmesi ve bu önlemlerden sonuç alınamazsa veya önlemler yetersiz kalırsa velayetin kaldırılması koruma önlemleri düzenlenmiştir (TMK.m.346).

III. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 'un Amacı ve Kapsamı

6284 sayılı Kanun, T. C. Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri ve özellikle Avrupa Konseyi'nin İstanbul Sözleşmesini esas almıştır [31].

---

27 AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş Onbeşinci baskı, İstanbul 2013, s.132 ; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, İstanbul 2004, s. 211; DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. baskı, s.175.

28 AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s.201.

29 AYAN, s.203.

30 AKINTÜRK / KARAMAN ATEŞ, s.435 vd, ;DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.349 vd.

31 EMİROĞLU, Turgut, 6284 Sayılı Yasaya Genel Bakış, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi

Bu Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m.1/I). Yeni Kanun ile kadın, çocuk, aile bireyi ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru korunmaktadır. Korunan kişi kavramı ile tedbir kararı kapsamında korunan şiddet mağdurunu ve varsa beraberindeki çocukları, aile bireylerini ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurunun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Yön.m.3j).

4320 sayılı Kanun 'da ise korunan kişilerin kapsamı daha dar düzenlenmişti[32], şiddet kavramı açıklanmamıştı ve ekonomik şiddetten söz edilmemişti [33]. 5636 sayılı K. ile Değişik 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun 'un m.1 hükmüne göre "*….eşlerden birinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddetine maruz kalması* " esas alınmaktaydı. 6284 sayılı Kanun ise şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişileri ve evlilik dışı birleşmelerdeki şiddet mağdurunu, tek taraflı ısrarlı takip mağdurunu da koruma kapsamına almıştır [34]. *6284 sayılı Kanun 4320 sayılı Kanun'dan daha geniş bir koruma kapsamına sahip olduğundan Avrupa Konseyi'nin İstanbul Sözleşmesiyle uyumlu olduğundan kanımızca daha isabetlidir. Ancak 6284 sayılı Kanun 'un şiddet uygulama tehlikesinin varlığını belirlemede açık, ani yakın tehlike gibi bir kritere yer vermemesi nedeniyle uygulamada Anayasa'da temi-*

Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 105; MOROĞLU, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012, Mart-Nisan S.99, s.357 vd.

32 ŞENEL, Ekin Bozkurt, Kadına Yönelik Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2011, s.109; GENÇCAN, Ömer Uğur, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.92.

33 CEYLAN, Aile Mahkemeleri, s.4275.

34 UĞUR, Hüsamettin, Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012 Temmuz –Ağustos, S.101, s.348; BACAKSIZ, Pınar, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, İstanbul Mayıs 2013, s. 16.

nat altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olabilecek ciddi sorunlar doğabilir[35]*. Kanımızca, Yeni Kanun 'da şiddetin tanımının yapılmış olması ve sadece şiddete uğrayan kişilerin değil ama şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişileri de kapsama alarak koruma alanını genişletmesi isabetli olmuştur.*

Tek taraflı ısrarlı takip ile aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış anlaşılmalıdır (Yön. m.3ş).

Bu Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında uyulması gereken temel ilkeler olarak şu ilkeler kabul edilmiştir[36]: (m.1/II)

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin esas alınması ilkesi

b) Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi ilkesi

c) Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararlarının insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilmesi ilkesi

ç) Bu Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirlerin ayrımcılık olarak yorumlanamayacağı ilkesi

---

35 Aynı kanaatte bkz.UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s.348.

36 BACAKSIZ, bu hükümde temel hukuk prensiplerine yollama yapılmış olduğunu, bu düzenlemenin olmaması durumunda da Kanun 'un başka türlü uygulanmasının düşünülemeyeceğini, burada kanun koyucunun lafzını kuvvetlendirme amacını taşıdığını belirtmiştir.BACAKSIZ, s. s.17.

III. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'daki Tanımlar

6284 Sayılı Kanun'un m.2 hükmünde kavramları açıklayan tanımlar yer almaktadır. Bakanlık ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (K. m.2 a, Yön.m.3 b), hakim ile aile mahkemesi hakimi (K. m.2c, Yön.m.3 e) Müdürlük ile Aile ve Sosyal Politikalar il veya ilçe Müdürlüğü (Yön.m.3 l) Genel Müdürlük ile Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (Yön.m.3 l) ifade edilmektedir.

6284 sayılı Kanun'da, genel şiddet yanında ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet olarak üç tür şiddet türü düzenlenmiştir. "Şiddet" kavramı ile kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış (K. m.2 d; Yön.m.3 m) ifade edilmektedir. Kanun'da şiddetin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet olarak görünebileceği vurgulanmıştır, ancak ayrı ayrı tanımı yapılmamıştır. Fiziksel şiddete, kaba kuvvet kullanmak, itmek, tokat atmak, ısırmak, tekmelemek, yumruklamak, bir şey fırlatmak, işkence yapmak, silahla tehdit etmek gibi davranışları; cinsel şiddete, cinselliğin bir tehdit, sindirme ve kontrol aracı olarak kullanma, kişiye cinsel bir eşya gibi davranma, cinsel ilişkiye zorlama gibi hareketleri; psikolojik şiddete, duyguların istismar edilerek kişinin kendine saygısını kaybettirme, korkutma, kendini güçsüz hissetmesini sağlama, kişinin sevgi şefkat ilgi destek gibi ihtiyaçların göz ardı edilmesi, küçümsenmesi, kişiyi aşağılama davranışları ; ekonomik şiddete ekonomik kaynakların ve paranın kişi üzerinde bir tehdit ve kontrol aracı olarak kullanılması yönündeki davranışları örnek göstermek mümkündür[37].

---

[37] NUHOĞLU, Ayşe, Aile Fertlerine Kötü Muamele Suçu (TCK.m.232/1), Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.57 ; NUHOĞLU, Ayşe, Kadına Yönelik Şiddet, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.62 vd;MERTOĞLU, Münevver, Aile İçinde Şiddet Uygulayan Erkeklerin Mağduriyeti, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.53 vd.

Toplumda şiddetin sebepleri çok çeşitlidir. Erkeğin şiddet kullanması toplumda şiddeti bir sorun çözme yöntemi olarak kabul etmesi, haklarını ileri sürmede bir araç olarak kullanması, kadının namusu üzerinde hak iddia etmesi durumunda veya kadınla arasındaki anlaşmazlıkları çözmede erkeğin yetersiz kalması durumunda başvurduğu bir yöntemdir. Şiddet uygulayan erkeğin düşük sosyoekonomik durumu, alkol bağımlısı olması, düşük benlik saygısına sahip olması, empati yeteneğinin zayıf olması, madde bağımlılığı, boşanma sürecindeki sıkıntılar veya başka kadınlarla ilişki kurması da erkeğin şiddete eğilimli olmasında etkili faktörlerdir. Kadına yönelik şiddette, kadının aile içindeki şiddeti mahrem olarak algılaması, polise başvurmaması, kadının ekonomik gücünün olmaması, aile ve arkadaş desteğinin olmaması veya boşanmış olmanın toplumda kabul görmemesi ve buna bağlı sorunlarla başa çıkma gücünü bulamaması etkili olmaktadır. Kadının şiddet kullanması daha çok sözel şiddet şeklinde görünmektedir, kadın erkeğe karşı hakaret, alay etme, aşağılama gibi kaba söz ve ifadelere başvurmaktadır[38].

4.9.1992 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Kadına Yönelik Şiddetin Yok Edilmesi Bildirisi'ne göre fiziksel şiddet, daha çok bedene yönelik acı ve korku yaşatan davranışlar, psikososyal şiddet, bağırıp hakaret etmek, evden çıkmaya izin vermemek, tehdit etmek, evden kovmak, cinsel şiddet vücuduna, aklına güç gösterisi olarak cinselliği kullanılarak yapılan haksız hareketler, ekonomik şiddet çalışmaya izin vermeyen, çalışma hakkını engelleyen, iş yaşamına engel olan davranışlar şeklinde tanımlanmıştır[39].

6284 sayılı Kanun'a göre "kadına yönelik şiddet", kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranıştır (K. m.2 ç) . Bu kavram, Türk hukukuna uluslararası belgelerden geçmiştir. 20 Aralık 1993 tarihli "*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildiri*'nin[40] m.1 hükmüne göre "kadına karşı şiddet ", " ister kamusal

38 YÜKSEL, Neşe Doğan, Aile Mahkemelerinde Uzmanlar, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.95 vd.

39 Kadın Hakları Mevzuatı, s.64.

40 Kadın Hakları Mevzuatı, s.71-77.

alanda isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma"dır. Bildiri'nin m.2 hükmünde "kadına karşı şiddetin" kadınlara yönelik her türlü eylemi kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği örnekler verilerek belirtilmiştir. Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) m.3 göre şiddet türleri "kadına yönelik şiddet", "aile içi şiddet" ve "kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" olarak ayrılmıştır. İstanbul Sözleşmesine göre "toplumsal cinsiyet"[41], kadın ve erkek için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelmektedir (m.3c). *Kanımızca İstanbul Sözleşmesi 'nin referans alındığı 6284 sayılı Kanun 'da kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet tanımına yer verilmiş, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yerine şiddet ifadesi kullanılmış olsa da toplumsal cinsiyetin tanımının yapılmamış olması eksikliktir.*

Birleşmiş Milletler Bildirisinde ekonomik ve sözel şiddet ve İstanbul Sözleşmesi'nde sözel şiddet açıkça şiddet kapsamına girmediğinden 6284 sayılı Kanun'daki şiddet ve kadına yönelik şiddet tanımları daha geniştir[42].

6284 sayılı Kanun'a göre "ev içi şiddet", şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddettir (K. m.2 b) . Bir şiddet olayının "ev içinde şiddet" olarak kabul edilmesi için aynı hanede olsun olmasın aile bireyleri arasındaki şiddetin mevcut olması gereklidir. Bu şiddetin herhangi bir kişiye karşı şiddete göre daha dar ifade edilmiş olması *kanımızca isabetli olmuştur.* İstanbul Sözleşmesi m.3 b hükmüne göre "aile içi şiddet", aile içerisinde veya hanede, mağdur faille aynı evi paylaşsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya

41 TUSKAN, Aydeniz Alisbah, Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Biçilen Roller, Çözümleri ve Kadınların Adalete Erişiminde İstanbul Barosu'nun Rolü, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.19 vd; DEMİRKIR ÜNLÜ, s.42, 43.

42 UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s.346.

partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi olarak kabul edilmektedir. Kadına yönelik fiziksel şiddetin en ağır görünümlerinden biri töre/namus bahanesiyle kadına yönelik uygulanan şiddettir[43]. Özellikle kadının eşinin ve akrabalarının namus nedeniyle kadını öldürmeleri en ileri boyuttaki şiddeti göstermektedir[44].

6284 sayılı Kanun'a göre "şiddet mağduru, bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişilerdir. (K. m.2e, Yön.m.3n). Mağdurun şiddetten etkilenme olasılığının bulunması, Kanun'un öngördüğü korumadan yararlanması için yeterlidir. Bu Kanun'a göre "Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri" ise şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esası ile yürüten merkezlerdir (K. 2f, Yön. 3 o) .Bu Kanun'a göre "şiddet uygulayan", Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişilerdir (K.m.2 g, Yön.m.3ö). Bu kavramlardan açıkça görüldüğü gibi 6284 sayılı Kanun, "şiddet uygulayan" kavramını esas almıştır. 4320 sayılı Kanun ise " kusurlu eş" kavramını tercih etmişti. Anayasa Mahkemesi'ne bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde iptal davası açılmış olsa da mahkeme bu hükmü iptal etmemişti[45].

IV. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'daki İhbar ve Şikayet Usulü

Kişinin, şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesi altında bulunması halinde herkes durumu yazılı, sözlü veya başka bir suretle ilgili makam ve mercilere ihbar edebilir. 6284 sayılı Kanun, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinden haberdar olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının durumu derhal, şikâyet mercilerine bildirmesi zorunluluğunu ge-

43 VARDARLI, Safiye, Kadına Yönelik Şiddetin Ölümcül Kolu : Töre ve Namus Cinayetleri, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.16 vd.

44 KÜMBETOĞLU, Belkıs, Namus Cinayetleri : Töre Değil Ataerki, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.75 vd.

45 AYM.E.1999/35, K.2002/104, RG. T.29 Mart 2003, S.25063.

tirmiştir (K.m.7, Yön.m.4/ I) . Bu hükmün, İstanbul Sözleşmesi'nin m.27[46] ve 28 hükümleriyle uyumlu olmadığı, uygulanan şiddet herhangi bir kanun gereği suç sayılmamakta ise veya bazı hallerde re'sen kovuşturulan suç değilse bildirim yükümlülüğü olmadığı ileri sürülmüştür[47].

İhbar, üçüncü kişiler tarafından ilgili makam veya mercilere olayın yazılı, sözlü veya başka bir suretle bildirilmesini; şikâyet ise şiddet mağdurunun şiddet veya şiddet tehlikesi halinde ilgili makam veya mercilere müracaat etmesini ifade etmektedir (Yön.m.3g).

Şiddet mağduru, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesine maruz kalması halinde durumu şikâyet mercilerine yazılı, sözlü veya başka bir şekilde bildirebilir (Yön.m.4 /II). Şikâyet mercileri kolluk, mülki amir, Cumhuriyet Başsavcılığı, hâkim, Bakanlığın ilgili birimleri (Yön.m.3 r); kolluk polis, jandarma ve sahil güvenlik birimleri (Yön.m.3 h); kolluk amiri ile hakkında tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yerdeki Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından atamalarındaki usule göre konu ile yetkili ve görevli kolluk biriminin komutanı/amiri ifade edilmektedir. (Yön.m.3 ı) . Şikâyet mercilerine, Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirme yükümlüğü getirilmiştir (Yön.m.4 / III). Müdürlük veya Şönim'e yapılan şikâyet ve ihbarlar, bunlar tarafından olayın özelliğine göre, kolluğa, mülki amire, Cumhuriyet başsavcılığına veya hâkime gecikmeksizin yerine getirmelidir (Yön.m.4/ IV). Sözlü yapılan şikâyet ve ihbarların derhal tutanağa geçirilmesi kabul edilmiştir (Yön.m.4 V) .

---

46 İstanbul Sözleşmesi'nin "Bildirim" başlıklı m.27 hükmü şöyledir: "Taraflar, bu Sözleşme kapsamındaki her türlü şiddet eyleminin ifasına tanık olan veya eylemin gerçekleşeceğine yönelik makul gerekçeleri olan veya bir şiddet eyleminin daha gerçekleşeceğini öngören herhangi bir kimsenin bunu ilgili kuruluşlara veya makamlara bildirmesini teşvik etmek amacıyla gerekli hukuki ve diğer tedbirleri alır". İstanbul Sözleşmesi 'nin "Uzmanlar Tarafından Bildirim" başlıklı m.28 hükmü şöyledir: "Taraflar, iç hukuk tarafından bazı uzmanlara uygulanan gizlilik ilkesinin, tanıkların bu Sözleşme kapsamındaki her türlü ağır şiddet eylemi daha öngörülmesi durumlarında, bu tanıkların durumu ilgili kurum ve makamlara bildirme olasılığı önünde uygun koşullar altında bir engel teşkil etmeyeceğini sağlamak üzere hukuki veya diğer tedbirleri alır " .

47 NUHOĞLU, s. 72.

Şiddet mağduru, durumu şikayet mercilerine bildirmelidir. Bu durumda hangi işlemlerin yapılacağı Yön.m.5 'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

(1) Kolluk, kendisine yapılan ihbar veya şikâyet üzerine genel hükümler doğrultusunda gerekli işlemleri yapacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kanun kapsamında almış olduğu koruyucu ve önleyici tedbirleri onaylanmak üzere tedbirin niteliğine göre mülki amire veya hâkime sunacaktır. Kolluk, kendisine intikal eden her olay hakkında gecikmeksizin en seri vasıtalarla Şönim'e bilgi verecektir.

(2) Cumhuriyet Başsavcılığı, yapılan ihbar ve şikâyet üzerine evrakın bir örneğini ivedilikle olayın niteliğine göre hâkime veya mülki amire gönderecektir.

(3) Mülki amir, yapılan ihbar veya şikâyet üzerine koruyucu tedbirlere veya benzer tedbirlere karar verecektir. Ayrıca mülki amir, olayın niteliğine göre şikâyet veya ihbarı, kolluğa veya Cumhuriyet Başsavcılığına bildirecektir.

(4) Hâkim veya mülki amir tarafından verilen kararlar ivedilikle Şönim'e bildirilecektir.

V. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'daki Tedbir Kararları

"Tedbir kararı", 6284 sayılı Kanun kapsamında, şiddet mağduru ve şiddet uygulayan hakkında hâkim, mülkî amir veya kolluk tarafından, talep veya ihbar üzerine ya da resen verilecek kararı (K.m.2ğ, Yön.m.3 s); "koruyucu tedbir kararı", bu kanun kapsamında belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararı (Yön.m.3 k); "önleyici tedbir kararı", bu kanunda belirtilen merciler tarafından şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında, olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin karar ifade etmektedir. (Yön.m.3 p) .

4320 sayılı Kanun 'da tedbirler, sınırlayıcı şekilde düzenlenmişti. 6284 sayılı Kanun 'da yer alan tedbirler ise koruyucu ve önleyici tedbirler olarak iki farklı çeşitte düzenlenmiştir. Koruyucu nitelikteki tedbir

kararları, şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan Kanun'un belirlediği kişilerin korunması amacıyla verilen kararlardır. Önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayanın şiddetini önlemek veya şiddetin tekrarlanmasını engellemek için verilir.

5636 sayılı Kanun'la Değişik 4320 Ailenin Korunması Hakkında Kanun'da hakimin alacağı tedbirler m.1 hükmünde düzenlenmişti. Bu tedbirler; kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin; a) Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması b) Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerine yaklaşmaması c) Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi ç) Aile bireylerini iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi d) Varsa silah veya benzer araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi e) Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması f) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması tedbirlerini kapsamıştı.

6284 sayılı Kanun'a göre tedbire karar verecek merciler 4320 sayılı Kanun'daki gibi sadece aile mahkemesi hakimi değildir, hakimin yanında mülki amire ve kolluk görevlilerine de tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu bakış açısı kanımızca hayati tehlikesi olan şiddet mağdurlarının korunmasında önemli rol oynayacaktır .

1. Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları

Mülkî amir tarafından ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin başvurusu üzerine ya da re'sen aşağıda belirtilen tedbir kararlarını verilebileceği düzenlenmiştir: (K. m. 3, Yön.m.6) .Mağdurun gerçek anlamda korunması için mülki amir, bu tedbirlerden birine veya birkaçına karar verebilir . Bu tedbirler, sınırlı sayıda belirtilmemiştir [48].

a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması tedbiri : Bu tedbir kararı verilen kişilerin, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlerde; barınma yerlerinin yetersiz

48 SAĞIROĞLU, Mehmet Şerif, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul 2013, s.74.

kaldığı hâllerde ise mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde güvenli nakli sağlanıncaya kadar geçici olarak barındırılması düzenlenmiştir (Yön.m.7/I). Korunan kişi varsa beraberindeki çocukları ile birlikte Şönim tarafından Bakanlığa bağlı veya Bakanlığın denetimi altında bulunan barınma yerlerine güvenli nakli sağlanıncaya kadar, bedeli ödenerek ve geçici barınmanın sağlandığı yer kolluğu tarafından kişinin güvenliği sağlanarak sosyal tesis, yurt ve benzeri yerlerde geçici olarak barındırılacağı, barınma ve iaşe giderlerinin, Şönim tarafından ödeneceği, korunan kişinin yerleştirildiği yere ilişkin bilginin Şönim'e bildirilince, Şönim kişinin talebini de dikkate alarak uygun ilk kabul birimi veya konukevi hizmeti verilecek yeri belirleyeceği ve korunan kişinin buraya yerleştirilmesini sağlayacağı düzenlenmiştir (Yön.m.7/II).

Korunan kişi ve beraberindeki çocukların hayati tehlikesinin bulunması halinde konukevi, ilk kabul birimi veya diğer tesislere güvenli bir şekilde yerleştirilmesine kollukça refakat edileceği, Şönim tarafından il içi ve il dışı nakillerde ulaşım için araç tahsis edileceği ve ulaşım giderleri ile korunan kişinin zorunlu giderlerinin karşılanacağı belirtilmiştir (Yön.m.7/III). Barınma yeri sağlanması tedbirinin kolluk amirince uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hallerde ise, kolluk tarafından kişi Şönim'e ivedilikle ulaştırılmazsa barınma ve iaşe giderleri, Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici barınma imkânı sağlanacaktır (Yön.m.7/IV).

Mülki amirin veya kolluk amirinin kararı ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait barınma yerlerine getirilen şiddet mağduru, başka herhangi bir karar veya onay aranmaksızın barınma yerine derhal kabul edilir (Yön.m.7/V).

Re'sen hakkında barınma yeri sağlanması tedbirine karar verilen kişinin barınma yerinde kalmak istemezse aydınlatılmış rızası alınarak kalmak istediği yere Şönim tarafından ulaştırılacağı, kişinin hayati tehlikesinin bulunması halinde kolluk refakati talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. (Yön.m.7VI). "Hayati tehlike "den, bir kimsenin ölümle sonuçlanabilecek bir şiddet olayına maruz kalması ya da kalma ihtimalinin bulunması hali (Yön.m.3f), " aydınlatılmış rızadan " ise, korunan kişinin kendisi hakkında verilebilecek tedbir kararının sebepleri,

aşamaları ve sonuçları hakkında açıklama yapılarak anlayabileceği bir biçimde bilgilendirilmesi ve özgür iradesi ile bu hususların tamamını anlayıp kabul ettiğine dair yazılı beyanı (Yön.m.3a) anlaşılmalıdır.

Şiddet gören kadının konukevine[49] kabul edilmesinin şartları, Kadın konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik m.12 'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre mülki amir veya aile mahkemesi hâkimi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin kararı üzerine Şönim tarafından ilk kabul birimine veya konukevine kadın kabul edilir. Konukevi, fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik veya sözlü istismara veya şiddete uğrayanların, şiddetten korunması, psiko-sosyal ve ekonomik sorunlarının çözülmesi, güçlendirilmesi ve bu dönemde şiddet mağdurlarının varsa çocukları ile birlikte ihtiyaçlarının da karşılanmak suretiyle geçici süreyle kalabilecekleri ve konukevi, sığınmaevi, kadın sığınağı, kadınevi, şefkatevi ve benzeri adlarla açılan yatılı sosyal hizmet kuruluşudur (Yön.m.3i).

Şiddet gören kadın, Şönim'e yazılı talepte bulunduğunda barınma ihtiyacının olup olmadığı değerlendirileceği, böyle bir ihtiyacın olması durumunda, ilk kabul birimine gönderileceği, eğer şiddet gören kadının eksik belgeleri varsa daha sonra, tamamlanmak üzere konukevine gönderileceği belirtilmiştir. Konukevi hizmetlerinden yararlananların kapsamına, şiddete uğrayan ya da uğrama tehlikesi bulunan bütün kadınlar ve beraberindeki çocukları girmektedir (Konukevi Yön. m.13) [50].

---

49 Şiddet mağdurunun korunması için sığınma evleri önemli rol oynamıştır. bkz. BEŞPINAR, A. İnci, Sığınma Evleri ve Sığınma Evlerine Giden Süreç, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.35 vd.

50 *"Ancak bu hüküm gereği, şu kişiler için farklı düzenleme getirilmiştir:*

a) Onsekiz yaşından küçük şiddet mağduru çocuklar, sosyal çalışmacı ile çocuk gelişimci tarafından uygun görüldüğü takdirde il müdürlüğü tarafından uygun bir sosyal hizmet kuruluşuna yerleştirilerek yerleştirme işlemi Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğüne bildirilir.

b) Onsekiz yaşından küçük kız çocukları, anneleri ile birlikte konukevi hizmetinden yararlanabilirler.

c) Oniki yaşından büyük erkek çocuğu olan kadınlar ile engelli çocuğu bulunan kadınlar ise, can güvenliği riski olmamak kaydıyla, talep edilmesi ve gerekli olduğuna dair sosyal inceleme raporuna istinaden, Şönim tarafından uygun görülmesi halinde, kira ve iaşesi karşılanmak üzere bağımsız bir ev kiralanmak suretiyle barındırılması yoluna gidilir. Kiralanacak evlerde 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan belgeler aranır. Kiralanacak konutlara ilişkin kira, depozit ve diğer cari giderler konukevi bütçesinin ilgili kalemlerinden ödenir. Kadınlar ve beraberindeki çocuklar konukevi hizmetlerinden bu evde yararlandırılır. Evlerin, konukevine yakın çevreden, tercihen mobilyalı ve her bir kişi için en az yirmi metrekare yaşam alanı olmasına, bulunduğu ilin rayiç fiyatları üzerinden

Kadın konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik m.4 hükmünde konukevinin çalışma esasları ve temel ilkeleri düzenlenmiştir.

a) İnsan haklarına dayalı, insan onuruna yaraşır, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ve sosyal devlet ilkesine uygunluğun esas alınacağı,

b) Kişiye saygı ve yararlı olma ilkelerinin temel olacağı,

c) Yapılan çalışmalarda kadın odaklı yaklaşımın temel olacağı,

ç) Konukevinde yapılacak işlemlerde kadının beyanının esas alınıp, delil göstermek zorunda bırakılamayacağı,

d) Konukevinde çalışanların, kadını korumak gerekçesiyle bu Yönetmelikle belirlenen kurallar dışında kadının temel hak ve özgürlüklerine yönelik herhangi bir sınırlandırma getiremeyeceği, kadın adına karar alamayacağı,

e) Kadınlar hakkında yapılacak işlemlerde kadınların bilgilendirileceği, konukevinde kalan kadınlar aldıkları kararlardan ve kararların olumlu veya olumsuz sonuçlarından kendileri sorumlu olacağı,

f) Kadınların ekonomik, sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi,

---

kiralanmasına özen gösterilir. Konukevi bulunmayan ilçelerde de ihtiyaca göre bu bent kapsamında düzenlenen ev kiralanması yoluna gidilebilir.

ç) İlk kabul biriminde psikiyatrik desteğe ihtiyacı olduğu gözlemlenen kadınlar hakkında psikiyatri uzmanından alınacak "toplu yaşanılan yerde kalabileceğine dair rapor" doğrultusunda konukevine kabulleri yapılır.

d) Bulaşıcı veya sürekli tıbbi tedaviyi gerektirir ağır hastalığı olduğu tespit edilen kadınların tedaviyi kabul etmeleri durumunda ilgili mevzuatları çerçevesinde tedavileri sağlanır. Tedaviyi kabul etmemeleri durumunda, 29 uncu maddenin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince işlem yapılır.

e) Altmış yaşından büyük şiddet görmüş kadınlar ile akıl ve ruh sağlığının bozuk olduğu gözlemlenen veya zihinsel engelli kadınlar uygun sosyal hizmet kuruluşuna yerleştirilerek yerleştirme işlemi Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğüne bildirilir.

f) Alkol ve madde bağımlıları, tedaviye başlamaları ve devam etmeleri koşulu ile konukevine kabul edilirler.

g) Rehabilitasyon ve güçlendirme sürecinde farklı hizmet modellerine ihtiyaç duyan kadınlar, Bakanlıkça bu hizmet için kurulacak ve içinde hizmete uygun eğitim almış personelin istihdam edileceği ihtisaslaşmış konukevlerine yerleştirilirler.

ğ) Öz bakımlarını kendi başlarına yapamayan kadınlar ilgili kuruluşlara yerleştirilir.

h) Bedensel ve zihinsel engelli kadınlar hakkında ilgili kamu kurum ve kuruluşları veya sivil toplum kuruluşlarından destek alınır.

ı) Herhangi bir suç nedeniyle adli mercilerce haklarında arama, tutuklama, zorla getirme kararı verildiği veya yakalama emri düzenlediği anlaşılan kadınlar derhal kolluk birimlerine bildirilir ve haklarında genel hükümler çerçevesinde işlem yapılır".

g) Şiddetsiz yaşam hakkının korunması anlayışıyla faaliyet gösterileceği,

ğ) Çalışanlar tarafından, kadınlara şiddet uygulayan ya da uygulama ihtimali bulunan kişi ile ilgili herhangi bir uzlaşma teklif edilemeyeceği ve arabuluculuk yapılamayacağı,

h) Kanuni hükümler saklı kalmak kaydıyla, konukevinin adresi, telefon numarası, kadınların, çocukların ve konukevi çalışanlarının kişisel bilgilerinin gizli tutulacağı ve bütün ilgililer bu gizliliğin korunmasından sorumlu olduğu,

ı) Konukevindeki faaliyetlere katılmanın gönüllülük esasına dayandığı,

i) Hizmetlerin yürütülmesinde, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler, yerel yönetimler, vakıf, dernek ve diğer sivil toplum kuruluşları, gönüllü gerçek ve tüzel kişiler ile özel sektörün desteğinin alınacağı ilkelerine göre konukevleri çalışacaktır.

b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması tedbiri : Korunan kişi hakkında geçici maddi yardım yapılacağı K. m.17 hükmünde düzenlenmiştir. Mülki amir diğer kanunlar kapsamındaki yardımlar yanında mağdura ekonomik yardım yapma kararını verebilir[51]. Bu hükme göre onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılacağı, korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, eklenen her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılacağı, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemeyeceği, korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu tutarların yüzde elli oranında azaltılarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu ödemelerin, Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanacağı, şiddet uygulayandan tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödemelerin tahsil edileceği, bu şekilde tahsil edilemeyenler için ise 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından

51 SAĞIROĞLU, s.78.

takip ve tahsil edileceği düzenlenmiştir. Korunan kişi, gerçeğe aykırı beyanda bulunmuşsa, yapılan yardımlar, bu kişiden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilecektir.

Geçici maddi yardım yapılması konusundaki tedbir kararı, ilgiliye tefhim veya tebliğ edilmesi ve yerine getirilmek üzere Şönim'e gönderilmesi gerekir (Yön.m.8/II).

Geçici maddi yardım, korunan kişinin kimlik numarası ve banka hesap numarası beyanına istinaden, kararın Şönim'e tebliğ edilmesini müteakiben hazırlanan bordro ile ödeneceği, Bordronun, her ayın onbeşinde ve otuzunda düzenlenerek tahakkuk eden meblağ ilgililerin banka hesabına yatırılacağı, aynı tedbir kararında birden fazla kişi hakkında geçici maddi yardım yapılmasına dair karar verilmesi halinde bu kişiler aynı bordroda gösterileceği ve ödemeler aynı banka hesap numarasına yapılacağı, ödeme evrakına karar örneği ekleneceği, geçici maddi yardıma dair ödemelere kararın geçerliliği süresince devam edileceği, geçici maddi yardım yapılmasının kaldırılmasına ya da değiştirilmesine karar verilmesi halinde kararın geçerli olduğu gün üzerinden hesaplanarak ödeme yapılacağı, korunan kişiye elden ödeme yapılmayacağı düzenlenmiştir (Yön.m.8 /IV).

Geçici maddi yardımlar için yapılan ödemeler, Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanacaktır, bu ödemelerin geri alımı ise Yön.m.42 .nci maddede belirtilen esaslara göre yapılacaktır (Yön.m.8/V).Diğer Kanunlara göre yapılan yardımlar, geçici maddi yardım yapılması tedbirine karar verilmesine engel olmamaktadır (Yön.m.8/VI).Bu madde kapsamında yapılan ödemeler, gelir vergisi ile veraset ve intikal vergisinden, bu ödemeler için düzenlenen kâğıtlar ise damga vergisinden istisna olduğu kabul edilmiştir (Yön.m.8/VII).

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi tedbiri : Bu tedbirde, korunan kişiye, kişinin psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu değerlendirilerek, hakları, destek alabileceği kurumlar, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmayı da kapsayacak şekilde iş bulma ve benzeri konularda gelişmesi ve uyum sağlaması, gerekli olan seçimleri, yorumları, planları yapması ve kararları vermesine yarayacak bilgi

ve becerileri kazandırmak ve psikolojik destek sağlamak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içerisinde gerekli hizmetler verilmesi amaçlanmıştır (Yön.m.9/I).Korunan kişinin hukuki rehberliğe ihtiyacı olması halinde K.m.48 ile düzenlenen davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verilecektir (Yön.m.9/II). Bu hizmetlerin yerine getirilmesinde koordinasyon sağlama görevi Şönim'e aittir (Yön.m.9/III).

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya re'sen geçici koruma altına alınması tedbiri : Bu tedbirde, mülkî amir veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri, olayın niteliği, şikâyet ve ihbar göz önünde bulundurularak şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunması halinde ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına almaktadır (Yön.m.10/I). Geçici koruma altına alınma tedbir kararının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri, bulunduğu veya tedbirin uygulanacağı yerdeki kolluk, görevli ve yetkilidir. Korunan kişi acil durumlarda hemen, diğer hallerde ise yirmidört saat öncesinden gideceği yere ilişkin olarak görevli ve yetkili kolluğa bilgi vermelidir. Bu durumda korunan kişinin gideceği yerdeki kolluk gecikmeksizin haberdar edilir ve tedbir kararı uygulanmaya devam edilir (Yön.m.10/II).

Korunan kişinin ne şekilde koruma altına alınacağı, şiddet mağduruna yönelik muhtemel tehdit ve risk göz önüne alınarak şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın durumunun değerlendirilmesi suretiyle 11/11/2008 tarihli ve 27051 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte yer alan fiziki koruma tedbirleri hâkim veya mülki amir tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk tarafından belirleneceği düzenlenmiştir (Yön.m.10/III).

Korunan kişiye, geçici koruma kararının kapsam ve içeriği, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinin varlığı halinde arayabileceği telefon numaraları, kolluğun sorumlulukları, hangi durumlarda kolluğa bilgi vermesi gerektiği, hangi kolluk biriminin geçici koruma hizmetinden sorumlu olduğu ve benzeri hususlar, kolluk tarafından açıklanarak tutanağa geçirilmesi ve tebliğ edilmesi gerekir (Yön.m.10/IV).

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek şartıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması tedbiri : Bu tedbirde, çocuk sahibi olan korunan kişinin çalışmaması halinde, çalışma yaşamına katılımını desteklemek için dört ay, çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek şartıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kreş imkânı sağlanması amaçlanmıştır (Yön.m.11/I). Korunan kişi, çocuğun kamuya ait veya özel kreşe kaydedildiğine veya kreşe devam ettiğine dair belge ile aylık kreş bedelini gösterir belgeyi Müdürlüğe ibraz etmesi gereklidir (Yön.m.11/II). Kreş bedelinin birinci fıkrada belirtilen tutardan az olması halinde belgedeki tutar, fazla olması halinde ise birinci fıkrada belirtilen tutar ödenmesi ve bu ödemelerin, Müdürlük tarafından kreşe yapılması gerekir (Yön.m.11/III). Kreş imkânı sağlanmasına dair tedbirin suiistimali halinde ödenen meblağ korunan kişiden tahsil edilecektir (Yön.m.11/IV).

2. Hakim Tarafından Verilecek Tedbir Kararları

Hakim tarafından verilecek tedbir kararları koruyucu ve önleyici tedbir kararları olarak iki çeşittir. Koruyucu tedbir kararları K.m.4 ve Yön.m.12 hükümlerinde, önleyici tedbir kararları K.5, Yön.m.17 hükümlerinde düzenlenmiştir. Şiddete uğramış veya uğrama tehlikesi olan kişi için koruyucu tedbir kararı verilmesi için bir delil araştırması gerekli değilken, önleyici tedbir kararında delillerin varlığı gereklidir. Önleyici tedbir kararları kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili olduğundan önemli sınırlamalar yarattığından ve kötüye kullanılmaya müsait olduğundan delillerin mevcut olması zorunludur[52].

a. Koruyucu Tedbir Kararları

Hâkim, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine veya resen, şiddetin uygu-

52 SAĞIROĞLU, s.93.

landığı hususunda delil veya belge aranmaksızın aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya olayın özelliğine göre mülki amir tarafından alınabilecek aşağıda belirtilen tedbirler de dâhil olmak üzere, uygun görülecek benzer tedbirlere karar verebilir:

a) **İş** yerinin değiştirilmesi tedbiri :Bu tedbirde, hâkim, korunan kişinin tabî olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre, talebinin bulunması halinde veya onayı alınmak suretiyle işyerinin bulunduğu il içinde ya da il dışında değiştirilmesine karar vermektedir (Yön.m.13/I). İşyerinin değiştirilmesiyle ilgili tedbir kararı, korunan kişinin iş yerine tebliğ edilmelidir ve bu karar, yetkili kurum veya kişi tarafından yerine getirilmelidir, kararın kaldırılması halinde de kaldırılması kararı, işyerine tebliğ edilmelidir (Yön.m.13/II).

b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi tedbiri : Bu tedbirde hâkim, korunan kişinin talebi üzerine kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlemektedir (Yön.m.14/I). Tedbir kararı verilen kişi, nüfus müdürlüğüne başvurunca adresle ilgili işlemlerini yerine getirmelidir (Yön.m.14/II) . Bu tedbir, kişinin evli olması ve eşiyle aynı yerleşim yerinde bulunması durumunda uygulanabilen bir tedbirdir.

c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması tedbiri : Bu tedbirde Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne, aile konutu şerhi konulması kararı verilmektedir (Yön.m.15/I).Bu karar, ivedilikle yerine getirilmesi için ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderilmelidir (Yön.m.15/II).

Aile konutu şerhi konulması ile kanun koyucu aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan diğer eşi de korumuştur, böylece bu eş aile konutuyla ilgili hukuki işlem yapacak olan üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını önceden önlemiş olacaktır [53].

ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak

53 AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.122.

27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununa göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi tedbiri *:* Bu tedbirde, hâkim, korunan kişinin hayati tehlikesinin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde, ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayanılarak Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre bu kararı vermektedir (Yön.m.16/I). İçişleri Bakanlığınca gereği yerine getirilmek üzere hâkim tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bu karar gönderilmektedir (Yön.m.16/II). Cumhuriyet başsavcılığınca bu karar, İçişleri Bakanlığına ivedilikle gönderilince, karar üzerine yapılan işlemin sonucu, İçişleri Bakanlığı tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bildirilecektir (Yön.m.16/III) .

Bu tedbirin uygulanması için korunan kişi bakımından hayati tehlikenin bulunması ve diğer tedbirlerin yeterli olmaması gereklidir. Bu şartlar varsa Tanık Koruma Kanunu'nun kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesiyle ilgili hükümler uygulanacaktır[54].

b. Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları

Hakimin vereceği önleyici nitelikteki tedbir kararları, K. m.5 ve Yön. m.17 hükmünde on bir tedbir olarak **düzenlenmiştir.**

(1) Hâkim tarafından şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük d**üşürmeyi i**çeren söz ve davranışlarda bulunmama tedbiri (Yön.m.18): Bu tedbirde hakim, bu şiddet uygulayan kişinin şiddet mağduruna yönelik yaptığı şiddet hareketlerini tekrarlamamasını amaçlamaktadır.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi tedbiri (Yön.m.19): Bu tedbirde hâkim, şiddet uygulayanın, korunan kişiyle birlikte oturdukları müşterek konuttan uzaklaştırılarak, konutun korunan kişiye tahsis edilmesine ilişkin karar vermektedir (Yön.m.19/I). Ayrıca mülki amir ya da hâkim, talep edilmesi hâlinde korunan kişi-

54 SAĞIROĞLU, s.90.

ye, şiddet uygulayana ya da bu kişilerin yakınlarına ait kişisel eşya ve belgelerin kolluk marifetiyle kendilerine teslim edilmesine karar verebilir. Teslim edilecek kişisel eşya ve belgeler, tedbir kararında gösterilir (Yön.m.19/II). Bu tedbirin uygulanması, şiddet uygulayanın uzaklaştırıldığı konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılamaya devam etmesine engel değildir. Hâkim şiddet uygulayanın, koruma kararı süresince aile konutunun kira sözleşmesini feshetmemesine, kamu konutu tahsisinin kaldırılması yönünde talepte bulunmamasına ve bu tür yükümlülüklerinin devamı ile uygun göreceği diğer tedbirlere de karar verebilir (Yön.m.19/III). Hakim, kira sözleşmesine ilişkin tedbir kararı verince kiralayana, kamu konutu tahsisinin kaldırılmamasına yönelik tedbir kararını ise ilgili kamu kurumuna bildirir (Yön.m.19/IV).

c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması tedbiri(Yön.m.20): Bu tedbirin amacı, şiddet uygulayan kişinin şiddet mağdurunun yaşam alanına girerek güvenliğini tehdit etmesini önlemektir.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde kurulması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması tedbiri (Yön.m.21)

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması tedbiri (Yön.m.22)

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi tedbiri (Yön.m.23)

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi tedbiri (Yön.m.24):Bu tedbirde, şiddet mağdurunun korunması amacıyla, şiddet uygulayanın görsel, işitsel, yazılı, internet ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sair surette korunan kişiyi rahatsız etmemesine yönelik karar verilmektedir .

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi tedbiri (Yön.m.25): Bu tedbirde, şiddet mağdurunun korunması amacıyla şiddet uygulayana ait silâhların kolluğa teslimine ve tedbir süresinin sonuna kadar emanet etmesine karar verilmektedir.

ğ) Silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi tedbiri (Yön. m.26): Bu tedbirde, şiddet uygulayanın, silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesine yönelik karar verilmektedir (Yön.m.26/I). Silahı teslim alan kurum amirinin, karar süresinin sonuna veya tedbirin değiştirildiğine ya da kaldırıldığına dair yeni bir karar verilmedikçe birinci fıkra hükümlerine göre verilen tedbir kararını uygulamaya devam edeceği ve silahı hiçbir şekilde iade etmeyeceği düzenlenmiştir (Yön.m.26/II). Silahın teslim alınması ve iadesi işlemleri kurum amiri, şiddet uygulayan ve bir tanık arasında imzalanan tutanak ile yerine getirilir (Yön.m.26/III).

h) Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması tedbiri (Yön.m.27): Bu tedbirin amacı, şiddet uygulayanın, korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanmasıdır (Yön.m.27/I). Böylece kişinin, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasının sağlanması ve sonuçları ile tedbirin kişi üzerindeki etkileri değerlendirilerek Şönim tarafından ilgili kurum veya kuruluş ile koordinasyon içerisinde takip edilerek yerine getirilecektir. Şönim olayın özelliğine göre bu kararın yerine getirilmesi sırasında kolluktan yardım da isteyebilir (Yön.27/II). Tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde bu durum tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve Şönim'e bildirileceği düzenlenmiştir (Yön.m.27/III). Bu tedbirin uygulanmasına ilişkin giderler, K.m.44 /III 'deki usul ve esaslara göre karşılanacaktır (Yön.m.27/IV).

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması tedbiri (Yön.m.28):Bu tedbirle, şiddet uygulayanın, şiddet eğilimine yol açan davranışlarını önlemek amacıyla, sağlık kuruluşuna muayene veya tedavisi için başvurması ve tedavisinin sağlanmaktadır (Yön.m.28/I). Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisinin

sağlanmasına karar verilmesi halinde, illerde il halk sağlığı müdürlüğüne, ilçelerde toplum sağlığı merkezine başvurulması zorunluluğu getirilmiştir (Yön.m.28/II). Şiddet uygulayan, illerde il halk sağlığı müdürlüğü varsa ruh sağlığı şubesi tarafından, ilçelerde toplum sağlığı merkezi tarafından kamuya ait sağlık kuruluşuna sevk edilmektedir, tedaviyi sürdürüp sürdürmediği ve yapılan işlemin sonucu bu birimler tarafından Şönim'e bildirilmektedir (Yön.m.28/III) .Bu kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durum, tutanakla belirlenip ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve Şönim'e bildirilecektir (Yön.m.28/IV). Bu tedbirin uygulanmasına ilişkin giderler, K. 44/III'deki usul ve esaslara göre karşılanacaktır (Yön.m.28/V). 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar verilmesi mümkündür (Yön.m.17/II). Çocuk Koruma Kanunu'ndaki tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir [55]. Velayet, çocuğun menfaatlerinin[56] korunmasına hizmet eden bir kurum olup velayetin düzenlenmesinde çocuğun güvenliği esas alınmaktadır . Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan veya katkıda bulunan kişi ise hâkim, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına[57] hükmedebilir. Tedbir nafakasının tahsiline ilişkin hususlar, K.m. 43'deki usul ve esaslara göre yerine getirilecektir (Yön.m.17/III).

3. Kolluk Amiri Tarafından Alınabilecek Tedbirler

Kolluk amiri, Yön.m.29 hükmünde düzenlenen tedbirleri alabilir. Mülkî amirin alabileceği barınma yeri sağlanmasına ve geçici koru-

---

55 SAĞIROĞLU, s.95.

56 GRASSİNGER, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanunu 'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişivarlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s.59.

57 Boşanma veya ayrılık davası açılmasından kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için eşlerden ödeme gücü olan ihtiyacı olan diğer tarafa bakım ve geçimi için tedbir nafakası ödemekle yükümlüdür. CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Doktora Tezi, İstanbul Ocak 2006, s.35 vd.

ma altına alınmasına ilişkin tedbirler, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk amirince de alınabilir. Kolluk amiri, evrakı en geç tedbirin alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunmalıdır. Mülkî amiri, kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, tedbirler kendiliğinden kalkacaktır (Yön.m.29/I).

Gecikmesinde sakınca bulunan hal, kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halidir (Yön.m.3c). Kolluk amiri, Kanun'un m.18, m. 19, m. 20 ve m.22 hükümlerindeki ve hâkim tarafından karar altına alınabilecek önleyici tedbirleri, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kolluk amiri, evrakı en geç tedbirin alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunmalıdır, hakim, yirmi dört saat içinde onaylamazsa, tedbirler kendiliğinden kalkacaktır (Yön.m.29/II).Tatil günleri sürenin hesabına dâhildir. Sürenin bitimi resmi tatil veya hafta sonuna rastlarsa, süre takip eden ilk iş günü sona ermektedir (Yön.m.29/III).

6284 sayılı Kanun 'un önleyici kolluğu harekete geçiren risk değerlendirmesi ve risk yönetimi konularında yasal düzenlemeleri yapmamasının kanımızca da haklı olarak bu Kanun'un önlemeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını keyfiliğe açık hale getirdiği ileri sürülmektedir[58].

4.Tedbir Kararların ın Verilmesi Şartları

Tedbir kararının verilmesi şartları, tebliği usulü ve gizlilik ilkesi K.m.8 hükmünde düzenlenmiştir. Bu madde gereği, tedbir talebinde bulunanların şiddet uygulayan ile şiddet mağdurunu barıştırma, uzlaştırma çabaları içine girmemesi gereklidir. İstanbul Sözleşmesinde de m.48 hükmü gereği bu süreçler yasaklanmıştır[59].

---

58 YENİSEY, Feridun, Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik Şiddet Riskinin Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 10.

59 NUHOĞLU, s.72. İstanbul Sözleşmesi m.48 hükmü şöyledir: " Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri veya Hükümlerin Yasaklanması "m.48 hükmü şöyle-

Tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir. Böylece ilgili makamlar re 'sen hareket edebileceği gibi talep üzerine de tedbir kararı verebilir. Tedbir kararları, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir (K.m.8/I, Yön.m.30/I).

Tedbir kararı, ilk defasında en çok altı ay için verilebileceği, ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, re'sen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir (K.m.8/II, Yön.m.30/II).

Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmamaktadır. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilmesi gereken bir karardır, bu kararın verilmesinin, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemeyeceği düzenlenmiştir (K.m.8/III, Yön.m.30/III).

Tedbir kararı, mağdurun tek taraflı iddiası üzerine şiddet uygulayan dinlenmeden ve delil toplanmadan verilebildiğinden ve tedbir kararına aykırılık halinde zorlama hapsi verebileceği mümkün olduğundan 6284 sayılı Kanun 'un hukuk devleti ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal etmeye müsait olduğu ileri sürülmüştür[60]. Bu Kanun 'un içinde usul hükümleri de olduğundan bu konuda genel kanunlar olan Ceza Muhakemesi Kanunu veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin gözetilmeyeceği düşünülse de zorlama hapsine karşı itiraz hakkının tanınması gereklidir [61]. *Kanımızca kişiye itiraz hakkı tanınmalıdır, zira aksi takdirde itiraz imkanının olmaması veya bir denetim mekanizmasının olmaması nedeniyle kişinin yasaya aykırı olarak özgürlüğü kısıtlanabilir.*

---

dir: "1. Taraflar, para cezası talep edilmesi durumunda failin mağdura karşı mali yükümlülüğünü yerine getirme kapasitesinin dikkate alınmasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. 2. Taraflar para cezası talep edilmesi durumunda failin mağdura karşı mali yükümlülüğünü yerine getirme kapasitesinin dikkate alınmasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır " .

60 UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s.352; UĞUR, Hüsamettin, Aile Bireyleri ve Kadının Şiddete Karşı Korunması, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.118.

61 UĞUR, şiddet, s.121.

Önleyici tedbir kararının verilmesinde kesin delil aranmasa da en azından mağdura yönelik Kanun 'da düzenlenen şiddet tarzındaki davranışlarda bulunma şüphesi aranmalıdır.

Tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir (K.m.8/IV, Yön.m.31/I, II).

Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarı yapılır (K.m.8/V). Böylece kişi, hakkında verilen karar ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Şiddet uygulayan kişi kendisi hakkında verilen tedbir kararına aykırı hareket ederse fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulacaktır. Tedbir kararının gereklerine her aykırı davranışında iplal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadar olacaktır. ancak zorlama hapsinin süresi altı ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir. Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir ve Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir (K.m.13) .

Korunan kişiyle ilgili işlemlerde gizlilik ilkesi esas alınmıştır (K.m.8/VI, Yön.m.32). Bu nedenle gerekli durumlarda, tedbir kararı ile birlikte talep üzerine veya resen, korunan kişi ve diğer aile bireylerinin kimlik bilgileri veya kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgileri ve adresleri ile korumanın etkinliği bakımından önem taşıyan diğer bilgiler, tüm resmi kayıtlarda gizli tutulması kabul edilmiştir. Tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilecektir. Bu bilgileri hukuka aykırı olarak başkasına veren, ifşa eden veya açıklayan kişi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir (K.m.8/VI, Yön.m.32/I).

Talep hâlinde ilgililere kişisel eşya ve belgelerinin kolluk marifetiyle teslimi sağlanır (K.m.8 /VII).

Hakim veya mülki amir tarafından re'sen veya korunan kişi Müdürlük, Şönim veya kolluk görevlilerin yaptığı talip üzerine şiddet

veya şiddet uygulama tehlikesinin ortadan kalktığının anlaşılması üzerine kararı veren merci tedbirlerin kaldırılmasına karar verebilir. Tedbirlerin kaldırılmasına karar verilmesi halinde korunan kişiye de tebliğ edilir (Yön.m.30/IV). Tedbir kararını mülki amir veya hakim onaylamazsa ortadan kalkınca, bu karar korunan kişiye de tebliğ edilir ve ilgili kolluğa da bildirilir (Yön.m.31/III).

4. Tedbir Kararlarına İtiraz

6284 sayılı Kanun'da koruyucu veya önleyici tedbir ayırımı yapılmamadan tedbir kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilmiştir (K.m.9). Tedbir kararları, mülki amirin verdiği ve hakimin verdiği kararlar olarak ikiye ayrılarak düzenlenmiştir.

a. Mülki Amirin Verdiği Kararlara İtiraz

Mülki amirin verdiği koruyucu tedbir kararına karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz etme hakkı tanınmıştır. Aile mahkemesinin bulunmaması halinde m.34/II yer alan usule göre işlem yapılacaktır.(Yön.m.33/I).

Tedbir kararının kaldırılmasına veya uygun görülecek başka bir tedbirle değiştirilmesine veya aynen devamına hakim karar verebilir (Yön.m.33/II). İtiraz hakkında duruşma yapmadan karar verilir, ancak gerekli durumlarda ilgilileri dinlenebilir. Hakim kararı bir hafta içinde vermelidir, itiraz üzerine verilen karar kesindir (Yön.m.33/III).

b. Hakimin Verdiği Tedbir Kararına İtiraz ve Zorlama Hapis Kararına İtiraz

Hâkimin verdiği koruyucu veya önleyici tedbir kararları ile tedbir kararlarına aykırılık dolayısıyla verdiği zorlama hapsi kararlarına karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz etme hakkı tanınmıştır (Yön.m.34/I).

İtiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkeme-

si hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderileceği düzenlenmiştir (K.m.9/II, Yön.m.34/II).Tedbir kararlarına karşı yapılan itirazı inceleyecek merci, itiraz talebinin kabulüne veya reddine, kararının kaldırılmasına veya uygun görülecek başka bir tedbirle değiştirilmesine veya aynen devamına karar verebilir (Yön.m.34/III). Bu kararlara itiraz hakkında hakim, duruşma yapılmaksızın karar verecektir, ancak, gerekli durumlarda ilgilileri dinleyebilir (Yön.m.34/IV) Asıl dava ile birlikte talep edilen tedbirler hakkında verilen kararlara karşı, esas davadan bağımsız olarak ikinci fıkrada yer alan usule göre itiraz edilebilir (Yön. m.34/V) . Hakim kararını bir hafta içinde verecektir ve itiraz üzerine verilen karar kesindir (K.m.9/III, Yön.m.34/VII).

5. Tedbir Kararlarının Bildirimi ve Uygulanması

Tedbir kararlarının bildirim ve uygulama şartları, K.m.10 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre tedbir kararları, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri araçlarla bildirilmelidir ve bu mercilere yapılan başvurular ile bu başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararlar, başvuru yapılan merci tarafından Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine derhâl bildirilmelidir (K.m.10/I-II). Böyle bir bildirimin yapılması, şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetlerinin yerine getirilmesi, kurumlararası koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması ve Bakanlığın m.20 'de belirtilen davalara katılabilmesi için oldukça önemlidir.

Koruyucu tedbir kararı ile önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinde, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu veya tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkili kabul edilmiştir[62].

Tedbir kararının, kolluk amirince verilip uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk birimleri tarafından kişi, Bakanlığın ilgili il veya ilçe müdürlüklerine ivedilikle ulaştırılması gereklidir. Bunun mümkün olmaması hâlinde giderleri Bakanlık

62 SAĞIROĞLU, s.112.

bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici olarak barınma imkânı sağlanacaktır (K.m.10/IV). Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (K.m.10/V).

Barınma yeri sağlanması tedbiri kararı verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilir. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde, mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak korunan kişiler barındırılabilir (K.m.10/VI).

İşyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararı, kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirilecektir (K.m.10/VII).

VI. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 'daki Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri ve Destek Hizmetleri

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığın, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanması için yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği şiddet önleme ve izleme merkezlerini kurması K.m.14 ve Yön.m.39 'da düzenlenmiştir. Bu merkezlerin çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esasına göre yürüteceği, yeterli ve gerekli uzman personelin görev yapacağı ve tercihen kadın personelin istihdam edileceği merkezler olacağı düzenlenmiştir.

Bu merkezler, şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin şekilde uygulanması amacının gerçekleşmesi için, gerekse korunan kişilerin ve şiddet uygulayan kişilerin ihtiyacı olan destek hizmetlerini sağlayacaktır.

K.m.15/I hükmünde şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin olarak uygulanmasının izlenmesi amacına yönelik bu merkezlerin sunacağı altı adet destek hizmeti şu konulardadır:

a) Koruyucu ve önleyici tedbir kararları ile zorlama hapsinin verilmesine ve uygulanmasına ilişkin veri toplayarak bilgi bankası oluşturmak, tedbir kararlarının sicilini tutmak.

b) Korunan kişiye verilen barınma, geçici maddi yardım, sağlık, adlî yardım hizmetleri ve diğer hizmetleri koordine etmek.

c) Gerekli hâllerde tedbir kararlarının alınmasına ve uygulanmasına yönelik başvurularda bulunmak.

ç) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılmasına yönelik bireysel ve toplumsal ölçekte programlar hazırlamak ve uygulamak.

d) Bakanlık bünyesinde kurulan çağrı merkezinin bu Kanunun amacına uygun olarak yaygınlaştırılması ve yapılan müracaatların izlenmesini sağlamak.

e) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılması için çalışan ilgili sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

Korunan kişilerle ilgili olarak verilecek yedi adet destek hizmeti şu konulardadır (K.m.15/II):

a) Kişiye hakları, destek alabilecekleri kurumlar, iş bulma ve benzeri konularda rehberlik etmek ve meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak.

b) Verilen tedbir kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine yönelik önerilerde bulunmak ve yardımlar yapmak.

c) Tedbir kararlarının uygulanmasının sonuçlarını ve kişiler üzerindeki etkilerini izlemek.

ç) Psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde yardım ve danışmanlık yapmak.

d) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

e) İlgili merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

f) 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca maddi destek sağlanması konusunda gerekli rehberliği yapmak.

Şiddet uygulayanla ilgili verilecek üç adet destek hizmeti şu konulardadır:

a) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu ile diğer kişiler ve toplum açısından taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

b) İlgili makam veya merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

c) Teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere kişinin;

   1) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına,

   2) Alkol, uyuşturucu, uçucu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasına,

   3) Meslek edindirme kurslarına katılmasına,

   yönelik faaliyetlerde bulunmak.

Ayrıca şiddet mağduru ile şiddet uygulayana yönelik hizmetler, zorunlu hâller dışında farklı birimlerde sunulacağı K.m.15/IV hükmünde düzenlenmiştir.

SONUÇ

Bir insan hakkı ihlali olan aile iç şiddet ve kadına yönelik şiddet nedeniyle toplum büyük zarar görmektedir. Aile bireyleri, ailedeki şiddet nedeniyle eğitim ve çalışma imkânlarından yoksun kalmaktadır, sakatlanma veya ölüm olayları yaşamaktadır. Şiddet nedeniyle yapılan zorla evlilikler, namus cinayetleri gibi feodal uygulamalar, toplumun kanayan yarasıdır. Şiddetin ciddi sonuçlarının önlenmesi ve meydana geldiğinde iyileştirilmesi yönünde tedbirlerin alınması toplumumuzun önemli bir ihtiyacıdır.

Son yıllarda tırmanan aile iç şiddet olayları kanımızca, sadece aile içindeki bir sorun değil bütün toplumun önemli bir sorunudur . Aile içi şiddetin ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla son yıllarda ülkemizde önemli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Ancak yasal düzenlemelerin varlığı, toplumun bilinçlenmesi ve aydınlatılması için yeterli değildir, ayrıca insan haklarını ciddi ihlal eden şiddet davranışlarının sonucunda ortaya çıkan ağır zararlar konusunda bilgilendirici ve eğitici faaliyetlerin mutlaka yapılması zorunludur.

Demokratik bir ailede özellikle aile üyeleri arasında birbirine saygının, güvenin ve sevginin egemen olduğu bir ailede, aile içi şiddetin görülme olasılığı enderdir. Şiddetin ortaya çıktığı aile yapısı da ciddi olarak incelenmesi gereken bir konudur. Ülkemizde özel ihtisas mahkemesi olan Aile mahkemeleri, ailede görülen şiddetle ilgili hukuki sorunların çözümünde önemli bir role sahiptir.

Aile içi şiddetin ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için toplumumuzda şiddeti suç sayan politikaların geliştirilmesi, bütün kurumların bu konuda işbirliği içinde mücadele etmesi, eğitimli personelin istihdam edilmesi, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak için güvenli ortamların oluşturulması, yoksulluk ve eğitimsizlikle mücadele edilmesi gerekmektedir.

6284 Sayılı Kanun ile şiddetle mücadelede ve şiddetin önlemesinde önemli adımlar atılmıştır. Özellikle İstanbul Sözleşmesinde yer alan koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin talepler ve etkin yaptırım uygulamasının yeni yasada ifadesini bulmuştur. Şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Kanun ‘un uygulamasında Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve özellikle İstanbul Sözleşmesi ‘nin esas alınacak olması, şiddet mağduruna temel insan haklarına ve kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun adil, etkili ve süratli destek ve hizmet verilmesi, şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulacak olması ile şiddetle mücadeleyi kurumsal hale getirmesi, şiddet, aile içi şiddet ve ev içi şiddetin ayrıntılı tanımının yapılmış olması, koruyucu tedbirlere ilişkin kararların aile mahkemesi hakimince verilmesi yanında, mülki amire de bazı tedbirlerin alınması konusunda görev verilmesi ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda barınma yeri sağlanması ve rehberlik ve psikolojik rehberlik hizmetinin verilmesi için kolluk amirine de yetki

verilmiş olması, şiddet ve şiddet uygulama tehlikesinin varlığı durumunda herkesin bu durumu resmi makamlara ihbar edebilmesi, tedbir kararını ihlal eden hakkında fiili bir suç oluştursa da ihlal edilen tedbirin niteliğine göre hakimin üç günden on güne kadar zorlama hapsi verilmesi başlıca olumlu gelişmelerdir. Şiddet kapsamına girenlerin kapsamına şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesi olan aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurunun da alınması ve bütün şiddet türlerinde kanundaki tedbirlere başvurulmasının kabul edilmiş olması, şiddete karşı atılan önemli adımlardır. Özellikle yeni Kanunun uygulanması hayati tehlikesi olan şiddet mağdurlarının korunmasında önemli rol oynayacaktır .

Ancak 6284 sayılı Kanun 'un önleyici kolluğu harekete geçiren risk değerlendirmesi ve risk yönetimi konularında yasal düzenlemeleri yapmaması bu Kanun'un önlemeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını keyfiliğe açık hale getirmektedir. Ayrıca şiddet uygulama tehlikesinin varlığını belirlemede açık, ani yakın tehlike gibi bir kritere yer vermemesi nedeniyle uygulamada Anayasa 'da teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olabilecek ciddi sorunlar doğabilir.

KAYNAKLAR

AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş : Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş Onbeşinci baskı, İstanbul 2013 .

AY, Nilüfer : Kadına Yönelik Şiddet ve Aile içi Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s. 79- 84.

AYAN, Serkan : Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

BACAKSIZ, Pınar : 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, İstanbul Mayıs 2013, s. 13-37.

BEŞPINAR, A. İnci : Sığınma Evleri ve Sığınma Evlerine Giden Süreç, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.35-74.

CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Doktora Tezi, İstanbul Ocak 2006 .

CEYLAN, Ebru : Türk Hukukunda Aile Mahkemelerinin Yasal Çerçevesi ve Uygulama Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2010 Yıl :8, S. 96, s. 4265-4284.(atıf şekli: CEYLAN, Aile Mahkemeleri)

CEYLAN, Ebru : Türk Hukukunda Kadın Hakları El Kitabı, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyinin katkılarıyla basılan, İstanbul 2011 (Yayın Danışma Kurulu : Dr. Mustafa Aydın, Şaban Gülbahar, Prof. Dr. Yadigar İzmirli, Editörler: Yrd.Doç.Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar) (Baskı hatası nedeni ile "T.C. Hukuku" ifadesi çıkmıştır.)

DEMİRKIR ÜNLÜ, Müge: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddet, İstanbul 2012.

DOĞAN, İzzet : Kadına Yönelik Şiddet, Uluslar arası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2009 Yıl : 7, S.77, s.1485-1496.

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. baskı, İstanbul 2013.

EMİROĞLU, Turgut : 6284 Sayılı Yasaya Genel Bakış, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 37-40.

GENÇCAN, Ömer Uğur :Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.89- 96.

GRASSİNGER, Gülçin Elçin : Türk Medeni Kanunu 'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişivarlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

İNAL, Tamer : AİHM Nezdinde Kişisel Başvuru Hakkı, Yaşama Hakkının İhlali ve Aile İçi Şiddet, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.103-118.

Kadın Hakları Mevzuatı, Yayına Hazırlayan : Av. Aydeniz Alisbah Tuskan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013.

KÜMBETOĞLU, Belkıs : Namus cinayetleri : Töre Değil Ataerki, Namus Cinayetleri / Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.75-100.

MERTOĞLU, Münevver : Aile İçinde Şiddet Uygulayan Erkeklerin Mağduriyeti, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.50-58.

MOROĞLU, Nazan: Kadının İnsan Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.27-39.(atıf şekli : MOROĞLU, uluslararası sözleşmeler)

MOROĞLU, Nazan : Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.20- 32.

MOROĞLU, Nazan: Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012, Mart-Nisan S.99, s.357-380.

NUHOĞLU, Ayşe : Aile Fertlerine Kötü Muamele Suçu (TCK.m.232/1), Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.51-64.

NUHOĞLU, Ayşe : Kadına Yönelik Şiddet, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.62-77.

ÖNCÜ, Gülay Arslan : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 Ceza Hukuku, İstanbul Mayıs 2013, s. 39-63.

ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, Ankara 2004.

SAĞIROĞLU, Mehmet Şerif : Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul 2013.

ŞAHİN, Cumhur : İstanbul Sözleşmesi'nin Ailenin Korunması ve Kadına karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerindeki Etkisi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 17- 19.

ŞENEL, Ekin Bozkurt : Kadına Yönelik Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2011.

TUSKAN, Aydeniz Alishbah : Uluslarası ve Ulusal Boyutta Aile İçi Şiddetle Mücadele, İstanbul Barosu Dergisi C. 87, S.1, Yıl : 2013, s. 25-38.

TUSKAN, Aydeniz Alisbah: Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Biçilen Roller, Çözümleri ve Kadınların Adalete Erişiminde İstanbul Barosu'nun Rolü, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.19- 25.

Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği " Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Projesi, Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele, Genişletilmiş 2. Baskı, Yayına Hazırlayan : Nazan Moroğlu, İstanbul 2012, s.9-43.

UĞUR, Hüsamettin: Aile Bireyleri ve Kadının Şiddete Karşı Korunması, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s.109- 123.

UĞUR, Hüsamettin : Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012 Temmuz –Ağustos, S.101, s.333-366.(atıf şekli:UĞUR, 6284 Sayılı Kanun)

VARDARLI, Safiye : Kadına Yönelik Şiddetin Ölümcül Kolu : Töre ve Namus Cinayetleri, Namus Cinayetleri /Töre Değil Ataerki, İstanbul 2010, s.16-21.

YENİSEY, Feridun : Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik Şiddet Riskinin Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl : 2012 C.8, S.97-98, s. 10- 13.

YÜKSEL, Neşe Doğan : Aile Mahkemelerinde Uzmanlar, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.87-103.

KAMUSAL BAĞLAMDA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI: ABD FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMASI ARASINDA MUKAYESELİ BİR İNCELEME

PROTECTION OF PRIVACY IN THE PUBLIC CONTEXT: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' PRACTICES

Ayhan BOZLAK*

Özet: Günümüzde özellikle kamusal bağlamda özel hayatın gizliliğinin korunması ciddi bir saldırı ve/veya risk altındadır. Meselâ, bilineceği üzere son dönemlerde sadece kamu otoriteleri değil, ChoicePoint ve LexisNexis gibi özel bir kısım büyük kuruluşlar tarafından da kişiler hakkındaki özel bilgiler bir çok farklı yönetemle toplanmaya başlanmıştı**r. K**onunun önemini göstermesi açısından sadece ABD'de kamu ve özel kuruluşlara ait toplam 30 milyon civarında gizli gözetim kamerası bulunduğu bilgisi yeterli bir fikir oluşturmaktadır. Üstelik bu kameralar sadece güvenlik amacına matuf değil, örneğin çalışanların kontrolü gibi mahremiyet hakkıyla ilgili bir çok alanda da kullanılmaktadır. Gizli gözetim araç ve yöntemlerinin artışı özel hayatın çok önemli bir parçası olan kamusal bağlamda mahremiyet (toplum içinde ayırd edilmeme) hakkının korunmasının sürdürebilirliğini oldukça zor bir hale getirmiştir. Bu nedenle buradaki en önemli mesele en azından bu gizli gözetimi yapanların da gözetlenmesi için uygun ve yeterli yasal düzenlemeler ile adli denetim sisteminin bulunmasıdır.

Özel hayatın korunması hakkı ABD Anayasasında açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle ABD Federal Yüksek Mahkemesi (FYM) sözkonusu hakkı Anayasa'nın Ek 1, 2, 3, özellikle arama ve elkoymayı düzenleyen 4, 5, 8, 9 ve 14. Maddelerinden yorumla çıkarmaktadır. Buna karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ise değinilen konuyla ilgili 8. Maddesinde "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı açık bir düzenleme içermektedir. Bu nedenle, AİHS ve yargılama makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında özel hayatın korunması hakkına, ABD yaklaşımının tersi olarak, açıkça koruma sağlanmakta ve buna sadece devletin haksız

* Dr., Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Başmüfettişi; Misafir Araştırmacı (City University of New York John Jay College of Criminal Justice).

müdahalesine karşı korunma sağlayan negatif bir hak değil, aynı zamanda kişilerin her koşulda yararlanmasının sağlanması gereken pozitif bir hak olarak yaklaşılmaktadır. Yine Avrupa yaklaşımı sözkonusu hakkı "onur" kavramının bir yönü olarak görürken, ABD yaklaşımı onu "özgürlüğün" bir yönü olarak görme meylindedir.

Bu noktada sözkonusu hakkın korunması açısından değinilen mahkemelerin yaklaşımı son derece **önemli** ve belirleyicidir. **Çünkü**, **özel** hayatın korunması hakkı, kamu güvenliği, ifade **özgürlüğü**, **şeffaflık** gibi başka bir **çok önemli** değerle **çatışma** halindedir. Böyle bir durumda müdalaye uğraması veya kıstlanması mümkün bulunmaktadır. Bu sırada hangi **şartlar** altında sözkonusu hakka müdahale edileceği ve adil bir dengenin bulunması son derece **önemlidir**. Belirtilen **şartlar** ve dengenin belirlenmesi ise esas olarak yukarıda belirtilen yüksek mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir.

Her iki mahkeme de özel hayatın gizliliği hakkına yönelik yapılan bir saldırının haklı olup olmadığını değerlendirirken bir kısım kriterler kullanmaktadır. Bunlar arasında öne çıkan bazıları sözkonusu mahkemelerin konuya ilişkin perspektiflerini yansıtmaktadır. Örneğin, bunlardan önemli bir tanesi "Makul/meşru özel hayat beklentisi" testidir. Bu test FYM tarafından özellikle kamusal bağlamda özel hayatın gizliliğini korumak için icad edilmiş ve kullanılmıştır. Ancak son zamanlarda aynı test aynı mahkeme tarafından değinilen hakkı kıstlamak için kullanılmaktadır. Yine FYM anılan testin kamusal bağlamdaki özel hayatın korunmasına ilişkin birçok yeni alana, örneğin elektronik iletişimle ilgili mahremiyetin korunmasına dair konulara genişletilip genişletilmeyeceğine dair açık bir karar vermemektedir. Bunun yanında FYM inceleme konusu olan hak mevzularıyla ilgili bir çok istisna hükmü ihdas etmiş ve bunları kullanagelmiştir. Buna karşın, AİHM ise makul/meşru özel hayat beklentisi testinin önemli bir kriter olabileceğini ancak tek başına/kati bir belirleyici unsur olmadığını, kişiler arasında bir etkileşim bölgesi bulunan kamusal bağlamda mahremiyet hakkının belirlenmesiyle ilgili, sözkonusu hakkın geniş şekilde korunmasını mümkün kılacak bir çok krtiterin birlikte kullanılması gerktiğini beyan etmektedir.

Sonuç olarak, bazen kişiler kamusal bağlamdaki mahremiyetlerinin korunmasını umursamıyor gibi gözükseler bile, sözkonusu durum bunların artık **özel** nitelikte bulunmadığını göstermemekte ve başkalarının bu alana yönelik odaklanmasını ve **örneğin** kayıt yapma gibi usullerle müdahale etmesini meşru kılmamaktadır. Belirtilen faaliyetler kişilerin kamusal alanlardaki davranışları **üzerinde** soğutma etkisi yapar ve böylece kişilerin verimliliği düşer. Değinilen nedenlerle, bu **çalışmada öncelikle** kamusal bağlamda **özel** hayatın korunmasına yönelik iki yüksek mahkemenin yaklaşımlarının ve yukarıda değinilen sorunların incelenmesinden sonra, sözkonusu hakka yönelik alternatif bir yaklaşımın benimsenmesi ve kamusal bağlamda mahremiyet (toplum içinde ayırd edilmeme) hakkının temel bir hak olarak kabul edilemesi gerektiği önerilmiştir. Çünkü bu durum bireylere başkasının müdahalesi ya da cezalandırması olmadan serbestçe davranma, muamele görme ve her türlü etkinlikte yer alma ve böylece verimliliğinin artırılması yönünde faydalı ve güvenli bir yol sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması, ABD Federal Yüksek Mahkemesi Karalarında Özel Hayat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayat, Kamusal Bağlamda Mahremiyet.

Abstract: Today privacy is seriously under attack and/or risk in many ways especially in the public context. For instance, as it is known nowadays not only government agencies but also some commercial companies -like ChoicePoint and LexisNexis- collect personal information in different forms as well. As an example of the matter at the present time it is estimated that there are as many surveillance cameras as 30 million in the US that both goverment and private companies have. It is also known that those cameras are not only used for only security reasons, but for other resaons, for instance to control employees, too. The proliferation of surveillance tools and methods make public anonymity much more difficult to sustain than it used to be. So, in here the most important issue is that at least there must be perfect regulations and judicial oversight or watching for the watchers.

The right to privacy that the Supreme Court of the United States (SCotUS) has inferred from the First, Second, Third, -especially- Fourth (search and seizure), Fifth, Eight, Ninth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. It means there is no explicit provision over privacy in the Constitution. Whereas the European Convention on Human Rights (ECHR) includes a clear regulation related to the issue, which is Article 8 titled "Right to respect for private and family life." Therefore, by contrast to the US Constitution and SCotUS' precedents, the ECHR and the European Court of Human Rights (ECtHR)'s precedents provide an explicit right to privacy and they confer that is not merely a negative right against state interference but also a positive right to the enjoyment of privacy. Also, ECHR conceptions of privacy view it as an aspect of dignity, whereas the US conception of privacy tends to see it as an aspect of liberty.

At this point it is easily seen that both the courts' approach is very important and dominant over the issue. Because, privacy may compete or come into conflict with other values and it is not incapable of being legitimately constrained or overridden. Security and public safety are major issues which privacy competes with, but they are not the only ones. Privacy may conflict with freedom of expression, of speech and of the press, with ideas of governmental transparency, with economic efficiency and others. So, the issue is one of achieving a balance and the important question concerns the conditions under which it may be contracted or overridden. This task is mainly done by the highest courts which are mentioned above.

Both courts have used some criterias to clarify whether interferences in privacy are justified or not. Among these some of them outstanding which reflect different perspectives of the SCotUS and ECtHR for privacy in the public context. The significant one of them is the resonable/legimate expectation of privacy test. This test was created and used by the SCotUS to protect privacy particularly in the public contex and to broad it, but it has been used to narrow privacy lately by the same court. Additionally, the SCotUS explicitly declined to decide whether reasonable expectations of privacy and hence Fourth Amendment rights extend to other areas of privacy in particular in public context such as electronic communications. Furthermore the SCotUS has applied many exceptions about privacy in the public context and some other areas related to it such as collection of personal data and their access, privacy in the workplaces and electronic communications etc. Otherwise, ECtHR has said that reasonable expectation as to privacy may be a significant, though not necessarily,

conclusive factor. There is a zone of interaction of a person with others, even in a public context, according to a number of elements. So, ECtHR has used the reasonable expectation test to broad privacy.

To sum up, even though sometimes people may not seem to care too much about the fact that their private affairs are being carried out in public, but that does not in itself show that they are no longer private, and it may be inappropriate for others to focus on or record them. This would have a chilling effect on our behavior in public. So, it reduces the efficiency of human beings. For these reasons, in this article after scrutinizing the two courts' approaches to privacy in the public context and the issues mentioned above, it is proposed that we had better own the alternative approach to privacy in the public context and accept anonymity as a fundemantel right. Because it offers a safe way for people to act, transact, and participate without accountability, without others "getting at" them, tracking them down, or even punishing them.

Keywords: Privacy, Protection of Privacy in the Public Context, Privacy in the Supreme Court of the United States' Precedents, Privacy in the European Court of Human Rights' Precedents, Anonymity in the Public Context.

I. Giriş

Öncelikle, ABD hukuk sistemi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin içinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) koruma sistemi hakkında kısa ve genel bir bilgi verilmesinde fayda bulunmaktadır. ABD hukuk sisteminin altında; anayasal, yasal ve örf-adet hukuku; federalizm ve kuvvetler ayrılığı gibi temel ilkeler yatmaktadır (Kleinig vd., 2011: 23). Federal düzeyde en üst mahkeme Federal Yüksek Mahkeme (FYM)'dir. Federalizm altında her eyalet, federal yapıdan ayrı ve farklı, kendi hukuk sistemine sahiptir.

FYM'nin yasama ve yürütme kuvvetine karşı rolü ilk olarak *Marbury v. Madison* kararında[1] ortaya konulmuştur. Artık FYM, yargı makamları tarafından verilen kararların son inceleme mercii olmasının yanında, Federal ve eyalet hükümetlerine ilişkin tüm yasal ve yürütme eylem ve işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkilidir. ABD hukukundaki örf-adet hukuku geleneğinin etkisi nedeniyle, Anayasanın bir çok hükmü üst mahkemenin (en üstte FYM olmak üzere) önceki içtihatlarına göre yorumlanmaktadır. Eyalet yüksek mah-

[1] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

kemeleri kendi eyaletlerinin anayasalarını, kanunlarını, diğer düzenlemelerini ve örf-adet hukukunu (common law) uygular. Eyaletlerin anayasaları ile yetkili mercii ve mahkemeleri Federal Anayasa ya da Mahkeme kararlarından daha geniş bir hak ve özgürlük alanı sağlayabilirken (Kleinig vd., 2011: 23, 24), bunun tersi ise mümkün bulunmamaktadır.

ABD hukuk sisteminde Anayasa ve ek madde hükümleri sadece Federal Hükümete karşı uygulanma imkanına sahipken, Ek 14. Maddedeki temel haklara müdahale yapılması sırasında geçerli hukuk kurallarına uyulması mecburiyeti (Due process clause)[2] uyarınca, FYM'nin kararı[3] üzerine Anayasanın Ek 1 ve 4. Maddeleri eyaletlere karşı da geçerli hale getirilmiştir (Kleinig vd., 2011: 24).

Yine ABD Anayasası kişisel hakları sadece devlet eylemlerine karşı korumakta, özel ya da tüzel kişilere karşı koruma sağlamamaktadır (Kleinig vd., 2011: 24). Bu durum eyaletlerin yetki alanına bırakılmış bulunmaktadır (*Katz v. United States* kararı[4]). Devlete karşı korunmanın sınırları özellikle Ek 4. Maddedeki yasak/hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılamaması (exclusionary rule) ile Ek 6. Maddedeki avukata ulaşma hakkı hükümleri tarafından şekillendirilmiştir. FYM Ek 6. Maddedeki hukuki danışma hakkının

---

2 Sözkonusu Ek 14. Madde'nin ilgili 1. Bölümü şu şekildedir; "*Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiç bir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak, ve hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.*"
Temel haklara müdahale yapılırken geçerli hukuk kurallarına uyulması mecburiyetinin (Due process) düzenlendiği diğer bir Anayasa maddesi olan Ek 5. Madde ise şu şekildedir; "*Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılamayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılamayacaktır.*"

3 Bkz. Ek 4. Madde yönünden *Mapp v. Ohio,* 367 U.S. 643 (1961); Ek 1. Maddedeki ifade özgürlüğü ile ilgili *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925); Örgütlenme özgürlüğü açısından *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

4 389 U.S. 347 (1967).

tüm federal mahkemelerde görülen davalardaki yoksul sanıklara devlet tarafından avukat sağlanmasını şart koştuğuna karar vermiştir[5]. Bu durum *Gideon v. Wainwright* davası[6] ile eyaletlere de teşmil edilmiştir.

1950 yılında imzaya açılıp, 1953 yılında yürürlüğe giren AİHS koruma sistemi ise üye ülkeleri bağlayıcı ortak bir insan hakları kataloğu oluşturmuştur. Bu Sözleşme aynı zamanda AİHM'ni de kurmuştur ki bu Mahkemenin önüne Sözleşmedeki hakları ihlal edilen bireyler tarafından da taraf devletler aleyhine doğrudan dava açılabilir. AİHS ve AİHM hakkında ülkemiz hukuk kamuoyunda yeterli bilgi düzeyine erişildiği düşünülerek bu hususta daha fazla açıklamaya gerek görülmemiştir.

Günümüzde bütün ülke ve hukuk sistemleri için geçerli olmak üzere özel hayatın korunması hakkı yönünden en sorunlu alanı, teknoloji alanındaki gelişmelerin söz konusu alana çok önemli derecede müdahale etmeye başlaması nedeniyle, bu hakkın kamusal bağlamda korunmasının sınırları oluşturmaya başlamıştır. Ayrıca bu konuya yaklaşım ülkelerin kültür yapılarına ve hukuk sistemlerinin özelliklerine göre de değişmesi nedeniyle belirtilen husus ABD hukuku ve Türkiye'nin de yargı yetkisi altında bulunduğu AİHM içtihat hukukunun karşılaştırılması suretiyle incelenmeye çalışılmıştır.

II. Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması

1. Genel Olarak

Kişinin toplum içindeki herkese açık -sıradan- şekilde gerçekleştirdiği eylemler, kurduğu sosyal ilişkiler ve dahil olduğu olaylar gibi belli ölçülerde alenî olan ve herkes tarafından izlenebilen toplumsal yaşamı kamusal hayat alanını oluşturmaktadır (Okur, 2010: 6). Genel olarak, kamusal alan/bağlam kapsamındaki özellikle aleni mahallerde makul/meşru bir özel hayat beklentisi bulunmayacağı çoklukla söylene gelen bir konudur. Ancak bu gerçekten böylemidir? Örneğin, evli bir erkeğin bir alış veriş merkezinde başka bir bayan ile dolaşması mahremiyet hakkı kapsamında mıdır? Bu konu herkes tarafından konuşulup, ifşa edilebilir mi? Bir toplu taşım aracında birisinin sizi veya

5 *Johnson v. Zerbst,* 304 U.S. 458 (1938).
6 372 U.S. 335 (1963).

elinizde bulunan bir kitabı/gazeteyi dikkatli bir şekilde incelemesinde durum nedir? Çöpe atılan evraklar[7] alınıp incelediğinde ve bunlardaki bilgiler sahibi aleyhine kullanıldığında ihlal olur mu?[8]

Yukarıdaki önermelere verilecek cevaplar ya da başka bir deyişle -kamusal bağlamda- özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının sınırları tartışmalıdır. Bunun nedenlerinden birisi de sözkonusu hakkın global olmasının yanında kültürden kültüre ve böylece bir hukuk sisteminden diğerine çok değişkenlik göstermesidir. Örneğin, birisi ile flört etme, ağır bir hastalığa yakalanma, ya da telefon-adres bilgileri gibi veriler kimilerine göre mahrem iken, diğer bazılarına göre değildir. Ancak bazı şeyler ortaktır; örneğin, plajdaki durumla sokaktaki durum her tarafta tamamen farklı olarak değerlendirilir.

Kamuya açık hayat alanı, kural olarak, hukuk düzeni tarafından sıkı şekilde korunmasına gerek bulunmayan bir alandır. Ancak bu alanın tamamen korumasız olduğunu söylemek de doğru bulunmayıp, belli bazı şartların oluşması halinde bu alanda da koruma sözkonusudur. Özellikle kişilerin kamuya açık alandaki faaliyetleri sırasında kişiliğinin oluşturulması, korunması ve geliştirilmesi sözkonusu ise bu alanda hukuken koruma yapılmalıdır (Gökcan, 2010: 79). Örneğin, kamuya açık yerlerde bulunan bir kişinin hukuka aykırı maksatlarla

---

7 FYM'nin *California v. Greenwood* (486 U.S. 35, 1988) kararına göre, başvurucunun yırtarak evinin müştemilatında bulunan toplanacak çöpler içine attığı sağlık kayıtları, faturalar ve diğer kişisel bilgilerine ilişkin kayıtların buradan alınarak başvurucu aleyhine kullanılması Ek 4. Maddenin ihlali olarak görülmemiştir.

8 Kamusal bağlama ilişkin ihlal çeşitleri şu örneklerle biraz daha artırılabilir:
- Sokakta üst araması yapılması,
- Kişiler hakkında özel bilgi ve veri toplamak,
- Sokak, park gibi yerlerde gerçekleştirilen ya da komşunun yaptığı aleni olmayan konuşmaları dinlemek ya da duymak için gayret sarf etmek (ama bilerek, etrafa rahatça duyuracak şekilde yüksek sesle konuşma halinde ihlal olmayacaktır, yani başkasının varlığının farkına varıldığı halde, ona göre tutum ve tavırların (konuşmanın vs.) biçimi ayarlanmadığı takdirde ihlal oluşmayacaktır),
- Bir evin içindeki ısı seviyelerini ölçmek amacıyla (örneğin, esrar yetiştirmek gibi illegal bir faaliyet olup olmadığını tespit için) dışarıda termal dedektör/algılayıcı kullanmak,
- AVM'lerin yürüyen merdivenlerinde kişilerin uygun olmayan fotoğraflarını/videolarını çekçek ve bunları sonradan internet ortamında yayınlamak (özel görüntüleri çekip sonradan yayınlamanın ihlali artırdığı/şiddetlendirği göze alınmalıdır),
- Topladıkları özel müşteri bilgilerinin şirketler tarafından satılması.

izlenmesi, gözlenmesi, hakkında kişisel veri toplanması ve bunların işlenmesi gibi eylemler özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelecektir. Yine kamuya açık alanda da olsa kişilerin rızaları dışında fotoğraflarının çekilmesi[9], sesinin ve/veya görüntüsünün kaydedilmesi gibi davranışlar da özel hayatın gizliliği hakkının ihlali olacaktır (Gökcan, 2010: 79, 80).

Bu bağlamda 'kamusal alanda makul/meşru bir özel hayat (mahremiyet) beklentisi yoktur' söylemi bu hikayenin sadece bir parçasıdır. Kamunun gözü önünde ya da aleni mahalde gerçekleşen herşey kamusal değildir (Kleinig vd., 2011: 195). Örneğin, metroda gazete okuyan birisinin okuduğu gazetenin başkaları tarafından yakından incelemesi makul değildir. Sokakta gerçekleştirilen bir öpüşme sahnesine ya da güzelliğini göstermek için bile olsa dekolte giyinen bir bayana kararlı ve hevesli bir şekilde (şehvetle) bakmak normal değildir. İnsanların bazen sakınmamaları (dikkat etmemeleri) ya da rahat olmaları onların mahremiyetten vazgeçtiği anlamına gelmez ve başkalarının bu gibi kişilere odaklanmaları ya da onları kayıt etmeleri meşru hale gelmemektedir. Sokakta çocuğunu emziren bir annenin göğüslerine bakmak da bu şekilde kendiliğinden meşru hale gelen bir olay değildir. Yani, aleni alanda yapılan eylemler toplumsal görgü kuralları gereğince normal ise bunlar tecavüzden bağışık olmalıdırlar. Esasında bu kişiler izlendiklerinin ya da kayıt edildiklerinin farkında olmaları durumunda, çok büyük olasılıkla daha dikkatli davranacaklardır. Değinilen hususular kişilerin "toplum içinde bilinmeme" ve "anonimlik" (anonymity) hakları kapsamında bulunmaktadır. Ancak, örneğin kamusal alanlarda hiç esirgemeden -yüksek sesle vs.- yapılan telefon konuşmaları veya aile tartışmaları gibi hadiselerde, gayret sarf etmeden duyulan bu gibi olaylar elbetteki özel hayatın korunmasının dışına çıkmaktadır.

Kamuya açık hayat alanının en azından bazı kesimlerinin korunması, ABD hukuku açısından da oldukça tartışmalı bulunmakta ve bir çok yazar tarafından bu durum "Gizli gözetim faaliyetleri karşısında

[9] Bu hususla ilgili YHGK'nın 03/10/1990 tarih ve 275/459 E/K. sayılı kararı şu şekildir; "Kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Davacılara ait resmin her türlü iletişim araçlarıyla ve ticari amaçlarla kullanılması kişilik haklarına ağır saldırı niteliğindedir. Ayrıca resmin ticari amaçlarla kamuya sunulması FSEK'nın 86/1. maddesi anlamında hukuka aykırıdır." (Gökcan, 2010: 80, dipnot 27).

kamusal mahremiyet ya da toplum içinde ayırd edilmeme hakkı" olarak tanımlanarak (Slobogin, 2007: 92), korunması gerektiği ifade edilmektedir (Westin, 1967: 31; Reiman, 1995: 38).

Bize göre de, "Toplum içinde ayırd edilmeme hakkı" olarak adlandırılabilecek olan bu alan özel hayatın gizliliğine ilişkin haklardan birisi olmalıdır. Çünkü, esasında bireyler toplum içinde de rahat/istediği gibi davranma ve bilinmeme hakkına sahiptir (Westin, 1967: 31). Bu hak bireyler açısından özgür bir hareket alanı ve böylece açık ve yaratıcı bir toplum meydana getirir, ancak bunun olmadığı yerde kişiler gittikçe birbirine benzer ve sonuçta baskıcı/sıkıcı bir toplum ortaya çıkar (Slobogin, 2007: 92). Kişiler izlendiği izlenimi altında ise araba kullanmaktan, aşkını ilan etmeye kadar tüm hareketlerinin değişeceği muhakkatır (Reiman, 1995: 38).

Aynı şekilde kamusal alandaki eylem ve işlemlerin konumu gereği buna muhatap olan ya da özel gayretle bunları öğrenenler tarafından ifşa edilmesi de bireyin kamusal alandaki davranışları üzerinde değişkilik ya da soğutma etkisi (chilling effect) meydana getirir. Örneğin, bir öğretmenin kamusal ve aleni alan olan bir marketten ucuz bazı mamuller, çok sayıda alkollü içecek ve bir de prezarvatif aldığını varsaydığımız bir alış veriş olayında, sözkonusu alınan ürünlere ait alış veriş fişinin aleni olması gerektiği savı ile aynı kuyruktaki arkada bulunan kişiler tarafından göz ucuyla incelemesi veya bunların iş (meslektaş ve öğrencilerine) ya da aile çevresine dağıtılması gibi durumlar tamamen özel olması gereken bilgilerin ifşa edilmesi anlamına gelecektir. Sözkonusu alış veriş bilgilerini öğrenen kişiler (örneğin, bu kişinin öğrencileri), adı geçen hakkında alkolik olduğu ya da cinsel düşkünlük içinde bulunduğu gibi sonuçlar çıkarabilecektir. Halbuki gerçek durumun bu görünenden farklı olabilme ihtimali de mevcut bulunmaktadır. Şayet öyle olmasa bile, belirtilen ifşa halinin tarafların hiçbirisi için faydalı bir sonuç vermediği aşikârdır. Esasında bu durumda ürünler kendisine alış veriş işlemini tamamlamak üzere sunulan kasiyer dışındaki kişilerin sözkonusu ürünleri görme ya da kasiyer de dahil olmak üzere hiç kimsenin bu alışveriş bilgilerini ifşa etme hakkı yoktur. İfşa halinde, söz konusu bilgiyi meşru bir bağlamda öğrenen kişiler için de bağlam (context) değişmekte ve artık bu durum meşru olmaktan çıkmaktadır. [10]

[10] Değinilen bağlamsal bütünlük ilkesine göre, aile veya iş ortamı, dini topluluklar,

Yukarıda da değinildiği gibi esasında kişilerin toplum içinde ayırd edilmeme hakkı bir çok açıdan gerekli ve faydalıdır. O, kişilere, başkalarının müdahalesi, takibi ve hesap verme, bedel ödeme gibi durumların olmadığı güvenli bir davranış, muamale görme ve katılım alanı doğurur (Nissenbaum, 2013). Misilleme ya da aşağılanma duygularını kaldırarak, böylece, düşünce ve ifade özgürlüğünü destekler. Toplumda, toplumsal damga altında bulunan kişilere, örneğin intihar düşüncesi içinde olan, HIV virüsü taşıyan ya da aile içi şiddete maruz kalanlar gibi- yardım elinin uzatılmasını sağlar. Bir çoğu için internet gibi ortamlarda daha rahat dolaşmayı sağlar. Bu durum sadece isimsiz (anonim) olma değildir; bireye ulaşılamazken onun ulaşabilmesi, eylemde bulunabilmesidir. Buradaki anlamında ulaşılamama ise temel hak ve özgürlüklerin şartlarına uygun şekilde kullanılarak gerçekleştirilen davranışlar nedeniyle (yani yasal olmayan veya suç oluşturacak bir eylemde bulunulmadığı halde) kimse tarafından açıklama isteme veya hesap sormak vb. nedenlerle kişinin kapısına gelinememesidir (Kleinig vd., 2011: 197).

Değinilen husus şöyle bir örnekle daha açık bir biçimde ortaya konulabilir. Polisin, küçüklere alkol satışını engellemek gerekçesiyle, bir barın parkında bekleyerek buraya gelen herkesi izlemesi ve araç plakalarını kayıt emesi olayında, buraya gelen kişiler açısından gizlenen veya mahrem bir şey olamayacağı/olmaması gerektiği söylenebilmekle beraber, bu kişilerin diğer bar sahibi olan tanıdıkları bazı kişilere veya akrabalarına bu bara giderken görünmek istemeyebilme ihtimali, onların bilinmeme hakkını ihlal etmektedir. Yani, üzerinde durulan konu sadece gizlenen şeylerin araştırılmasına inhisar edilemeyecek bir nitelik arz etmektedir. Bunun antitezi "Panoptikon[11] modelidir.

---

arkadaşlık ilişkileri, sağlık hizmetleri veya mahalle bakkalı, manavı gibi çevrelerde gerçekleşen mahrem aktivitelerin ifşası uygun bulunmamaktadır. Bu çevreler arasında olabilecek çakışmalar için de aynı şey geçerlidir. Örneğin, arkadaş çevresi ile aile çevresi veya ebeveynlerin çocuklarından ayrı tutmak istedikleri çevreler ya da birisinin doktoru, din görevlisi, bankacısı veya iş ortağı ile olan ilişkileri gibi. Yani bağlamsal bütünlüğe (contextual integrity) göre durum değişebilmekte, bir ortamda paylaşılan bilginin başka bir ortamda paylaşılması uygun olmayabilmektedir (Kleinig vd., 2011: 199).

11 İngilizce; "Panopticon". Panoptikon, İngiliz filozof ve toplum kuramcısı Jeremy Bentham'ın 1785 yılında tasarlamış olduğu hapishane inşa modelidir. Daire şeklindeki hapishane eşit parçalara bölünmüş ve ortasında gardiyanın bulundugu bir gözetleme kulubesi yerlestirilmiştir. Böylece, mahkumların gardiyanı kesinlikle

Tarihi süreç içinde dünyanın değişik yerlerinde denenerek cezaevleri açısından bile vazgeçilmiş, herkesin her hareketini her an gözetleme düşüncesine dayalı bir sistemin uygulanması ile tüm ülkeyi/ülkeleri Panoptikon'a çevirmenin nasıl bir sonuç getireceği dikkate alınmalıdır. Zira, kısaca CCTV[12] olarak ifade edilebilecek olan gizli kamusal gözetim sistemleri gözlerden uzak kalmanın/kaybolmanın kaybolmasını oldukça hızlandırmış bulunmaktadır (Slobogin, 2007: 98).

Bu konu sadece açık görüş alanında gerçekleştirilen (in plain view) eylemler sorunu da değildir. Artık bireyler hakkındaki, alış veriş, sağlık, adres, kimlik, mali durum, adli kayıtlar gibi bir çok önemli konu internet sayesinde online olarak toplanıp, depolanıp sonradan da kullanılabilmektedir. Dolayısıyla belirtilen ilke değinilen bu durumları da kapsamına almaktadır.

Toplum içinde ayırd edilmeme hakkının özel hayatın gizliliğine ilişkin haklardan birisi olması gerektiğine ilişkin diğer bir neden de, yukarıda değinilen oldukça gelişmiş teknololjik aletler ile kişilerin tüm kamusal mekanlarda sürekli bir şekilde izlenmesi ve istenilen herke-

---

göremeyeceği ama gardiyanın bütün mahkumları görebileceği bir model oluşturulmuştur (uludagsozluk.com, 2013). Tasarımın konsepti gözetlemeye izin vermesi üzerine kurulmuştur. Şöyle ki; bütünü(pan-) gözlemlemek(-opticon) anlamına gelen bu tasarım birkaç katlık tek odalı hücrelerden oluşan bir halka üzerine kuruluydu. Her hücre bu halkanın iç kısmına açıktı ve halkanın dış cephesindeki duvarda birer pencere vardı. Halkanın ortasında mahpuslardan tamamen saklanmış konumdaki gözlemcilerin kaldığı bir nöbet kulesi yer almaktaydı.
Panoptikon'un temelinde yatan ilke, tek odalı hücrenin içindeki sakine saklanacak hiçbir yer bırakmaması, buna karşılık dış cephedeki duvarın penceresinden gelen dış ışığın kuledeki nöbetçilere mahpusun her hareketinin bir silüetini izleme olanağını sağlamasıydı. Bentham'ın yaklaşımına göre, gözlemlenen her yanlış davranışının ceza getireceğini bilen, ama davranışlarının aslında ne zaman gözlemlendiğini bilmeyen mahpusun, aklını başına toplayarak her zaman izleniyormuşçasına davranmaktan başka seçeneği yoktu. Böylece mahkûm bizzat kendi hareketlerini kollamak durumunda kalacaktı. Bentham, Panoptikon'u "bir üst aklın, gücü elde etmesinin yeni bir modeli" olarak ifade etmiştir.
Fransız filizof Michel Foucault panoptikonu mükemmel bir mimari tarz olarak değil, modern toplumlarda iktidar egemenliginin örgütlenmesi için genel bir model olarak ele almıstır. Toplumsal yaşamın pekçok alanında birey, gözetim toplumu yapısında, aynen hapishane hücresinde oldugu gibi sürekli ve gizli bir gözetim altında oldugunu hissetmektedir (uludagsozluk.com, 2013).

12 Kapalı devre televizyon/güvenlik kameraları sistemi (Close Circuit Television). Günümüzde bu sistemleri en çok kullanan ülkelerden ABD'de 30 milyon, Birleşik Krallıkta ise 4.2 milyon civarında güvenlik kamerası olduğu hesaplanmaktadır. Bu sistemler artık sadece güvenlik nedeniyle de değil, çalışanları control vb. amaçlarla da kullanılmaya başlanmıştır.

sin de takibe alınarak, yakın çekimlerinin yapılabilmesi ve kayıt edilebilmesi gibi faaliyetlerin artık özel hayatın korunması hakkını ciddi şekilde tehdit eder boyutlara ulaşmış olmasıdır. Günümüzde bilineceği üzere, kamusal alanlardaki kamera gözetimi (public camera serveillance) ve CCTV gibi sistemlerden, kimileri uydu merkezli olarak gece görüşü, çok uzaklardan bir yazıyı okuması ve evlerin içini dahi görebilmesi- inceleyebilmesi (zumlama) gibi özelliklere sahip bulunmaktadır.

Kapalı devre güvenlik kameraları (gerçek zamanlı, sürekli gözetim; real-time, continuous surveillance) anonimliği oldukça zor bir hale sokmaktadır. Bunların kamusal alandaki davranışlar üzerinde soğutma etkisi yaptığı gayet açık bulunmaktadır (Kleinig vd., 2011: 198). Ayrıca günümüzde sözkonusu kameralar sadece güvenlik amacıyla da kullanılmamakta, bunlar örneğin işyerlerinde çalışanları kontrol gibi, başka amaçlar için de kullanılmaya başlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle de özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamında bazı sorunları beraberinde taşımaya başlamışlardır.

Diğer taraftan ise, toplum içinde ayırd edilmeme hakkının demokratik devletlerin en önemli ve vazgeçilmez değerlerinden olan şeffaflık ve güvenlik gibi kavramlarla çatıştığı ve böylece bazı mahzurları da beraberinde taşıdığı gerçeği de görmezden gelinmemelidir. Belirtilen hallerde sözkonusu değerlerin fayda ve zararları tartırılarak bir sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda toplum içinde güvenliği sağlamak üzere oluşturulan sistemlerin suçla mücadele çok önemli bir araç oldukları ve suç oranlarını önemli miktarda düşürdükleri genel kabul gören ve istitastikî olarak da ispatlanmış bir durumdur (Taylor, 1999: 12; Slobogin, 2007: 84). Yine bu sistemlerin, işlenmesine yeni başlanan suçların eş zamanlı olarak görülmesini ve önlenmesini ya da suçu aydınlatmak için hemen harekete geçme imkanını sağlaması, hemen tespit edilemeyen ve yakalanamayan suç ve suçlular hakkında ise sonradan olayların çözümünde ve faillerin belirlenmesinde kullanılacak bir kayıt sistemi kurması ve böylece caydırıcı bir nitelik taşıması (Slobogin, 2007: 85, 86) gibi özellikleri de olumlu yönler olarak kabul edilmektedir.

Ancak sözkonusu kamusal alana yönelik gözetim sistemlerinin sıkı bir düzenleme altında bulundurulmadığı takdirde özgürlükler açısından sağladığı faydalar kadar da zararlı olacağı, hatta bazı kişile-

rin hayatlarını döndürelemez noktalara götürebileceği de aşikârdır.[13] Dolayısıyla bu durum özgürlüklerin kullanılmasını yok etmeden güvenliğin sağlanmasını mümkün kılacak ciddi ve sıkı bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Bu anlamda, ABD'li bir devlet ve bilim adamı olan Benjamin Franklin'in özgürlükten ziyade güvenlikten yana tavır sergileme hususuna yönelik olarak dikkate değer bir şekilde yapmış olduğu eleştiriyi hatırlamak yerindedir. Bahse konu eleştiri şöyledir; "Birazcık geçici güvenlik elde etmek için temel hak ve özgürlüklerden vazgeçe(bile)nler, ne özgürlüğü nede güvenliği hak etmezler"[14] (Franklin, 1755: 242).

Fakat, ABD ve Avrupadaki son yıllarda meydana gelen terör saldırılarının, kamusal alanların teknolojik aletlerle izlenmesi konusunda vatandaşlar tarafından hükümetlere yönelik baskıyı artırdığı ileri sürülmektedir (Guernsay, 2001). Devletlerin, vatandaşlarının güvenlik konusundaki taleplerini de gerekçe göstererek değinilen hususla ilgili düzenleme yapma konusunda isteksiz davrandıkları görülmektedir. Oysaki bu konuda olması gereken, belli bazı meşru amaçlar için kamu lehine sözkonusu gözetim faaliyetlerini yürütenlerin, bu kadar etkili bir gücü, gereksiz, aşırı ya da kötüye kullanıp kullanmadıkları konusunda gözetime tabi tutulmaları (watching the watchers) yönünde sıkı düzenlemelerin yapılmasıdır.

Bu konudaki sıkı düzenlemeden kasıt öncelikle bu bilgilerin toplanmasını, kaydedilmesini, saklanmasını ve gereksiz hale geldiğinde imhasını ayrıntılı şekilde düzenleyen bir kanuni düzenleme olması gerekliliğidir (Tezcan, Erdem ve Sancakdar, 2004: 226). Biraz daha açık bir ifadeyle, bunların yaptığı kayıtların amaçlarına uygun şekil ve sürede saklanması (depolanma/saklanma sürelerinin belirlenmesi) ve/veya kullanılmasından sonra imhasını düzenleyen kanunî dayanağa sahip olmamaları ve bu işlemlerin kötüye kullanılmasını engelleyecek bağımsız bir yönetim ve denetim altında bulunmamaları (bunların

13 Örneğin, sözkonusu sistemlerin, kamusal mekanlarda olsa bile kişilerle ilgili dinlenme-ihtiyaç giderme, bir şeyler yeme-içme, bir alış veriş esnasında elbise deneme/değiştirme gibi sıradan aktiviteleri ya da örneğin dekolte giyenen bir bayanı, haklı bir müdahale nedeni bulunmadığı halde, özellikle takip ve kaydetme gibi faaliyetleri önemli sorunlara sebep olabilecektir.

14 "They that can give up essential liberty to obtain a little temporary safety deserve neither liberty nor safety" (Franklin, 1755: 242).

hukuksallığının denetimi ve güvence altına alınmaması) durumunda özel hayat hakkının ihlalini oluşturacaktır. Özel hayata ilişkin toplanan bilgi ve verilerin sadece gerçekleştirildikleri amaca yönelik olarak kullanılmaları (amaca bağlılık ilkesine bağlı kalınması) gereklidir. Yine sözkonusu müdahalelerin (örneğin bir bölgenin izlendiğinin) ilgililere uygun vasıtalarla ve sistematik olarak duyurulması da bu gerekliliklere eklenecek diğer bir unsurdur. Ayrıca gizli gözetim faaliyetlerinin (telefon dinleme ya da teknik takip gibi) devam ettiği sürece tebliğ edilmemesi kamu yararı/güvenliği ile bireysel özgürlüklerin dengelenmeye çalışılması gayreti olarak makul bulunsa da, belirtilen faaliyetlerin sona ermesinden sonra bunların ilgililerin tebellüğüne sunulması ve varsa itirazları ile yasal/yargısal yollara başvuru haklarının kullandırılmasının sağlanması gereklidir.

AİHM'nin bu konuyla ilgili olarak verilmiş bulunan kararlarında, bahse konu yasanın, edinilen bilgilerin delile dönüştürülmeden önce bir hâkim (yargısal bir makam) ya da sözkonusu tedbirleri uygulayan organdan fonksiyon ve hiyerarşi olarak bağımsız ve tam anlamıyla tarafsız bir otorite denetiminden geçirilip, böylece gerekli olmayanların imha edilir olmasını mümkün kılmasını gerekli bulmuştur (Dinç, 2008: 21). Bu şekilde AİHM gizli izleme faaliyetlerine karşı güvence olarak, prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının arzu edilir olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM ayrıca sözkonusu yasanın, örneğin telefon dinleme gibi önemli ve müdahale yoğunluğu fazla olan tedbirlere başvuru için başvuruya konu olacak suçları, tedbirlerin uygulanma süre ve limitlerini, elde edilecek verilerin araştırılması, kullanılması, paylaşılması -ve bu esnada alınacak tedbirler- ile saklanması (özellikle süre yönünden) ya da silinme veya imha şartları gibi usulleri belirlemesi gerektiğini de asgari şartlar olarak ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca inceleme yaparken yapılan kaydın doğası ile sözkonusu bilgi veya verinin hangi bağlamda kayıt edildiğini ve saklandığını da özellikle göze almaktadır (*S. ve Marper/Birleşik Krallık* (2008) kararı[15]; *Uzun/Almanya* (2010) kararı[16]).

Özetle, kişilerin kamuya açık alanda sürdürdükleri faaliyetleriyle ilgili özel hayatın gizliliği hakkından feragat ettikleri şeklinde bir so-

15 Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04 (echr.coe.int, 2013).
16 Başvuru No. 35623/05 (echr.coe.int, 2013).

nuç çıkarılamaz. Bu nedenle kamusal alanlarda dahi olsa, özel hayatın korunması hakkına yönelik saldırılar, örneğin öznelleşmiş şekilde yapılan her türlü -gizli- kayıt vb. gibi eylemler, belirtilen hakkın ihlali olup, bu konuda ancak mevcut bulunacak olan yeterli yasal düzenlemelere uygun ve gerekli diğer şartlar dahilinde yapılacak müdahaleler haklı bir müdahale olabilecektir. Ancak bu durumun istisnası ise kamusal bir mekanda herhangi bir kamusal etkinlik için bulunma (being in a public area for the purposes of participating in any public event) ile kamuya mal olmuş/kamuoyu tarafından tanınan (a public figure) kişiler açısından basınla ilgili mevzuat gereği haber değeri taşıdığı için bir hakkın kullanılması[17] (haber verme hakkı) anlamındaki hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu durumlardır.[18]

Bilineceği üzere, kamuya mal olmuş kişilerin, zaten kamu tarafından bilinmeleri ve bu konudaki toplumsal yararlar nedeniyle, sıradan

---

17 Türk Ceza Kanunu md. 26/1'de de *"Bir hakkın kullanılması"*yla ilgili hukuka uygunluk nedeni olarak, özellikle basın yayın hakkı kapsamında, sözkonusu hususa ilişkin açıklama bulunmaktadır. Şöyle ki, basın mensuplarının kamuya mal olmuş kişilerle ilgili haber yapma/verme hakkı kapsamındaki faaliyetleri, kamunun bu kişiler hakkındaki kendilerini ilgilendiren olayları öğrenme hakkı nedeniyle, bir hakkın kullanılması anlamına gelir. Basın ve yayın organlarında yapılan haberlerde kamuya mal olmuş kişilerle ilgili özel hayat hakkı ile haber verme hakkı (ifade ve/veya basın yayın özgürlüğü) karşı karşıya gelir. Dolayısıyla bu iki hakkın dengesinin özellikle bulunması önem arz eder. Burada haber verme hakkı kullanılırken, suç oluşmaması için, *"bir hakkın kullanılması"* kapsamındaki hukuka uygunluk sebebi sınırının aşılmaması gerekir. Sınırın aşılıp aşılmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenir. Örneğin, meşhur bir bayan sanatçı ya da politikacının plajda üstsüz şekilde güneşlenmesine ilişkin görüntü veya fotoğrafların, güncel olması koşuluyla, basın yayın organlarında yayınlanması, haber verme hakkı kapsamında kalırken, aynı kişinin etrafı çevrili olan evinin havuzunda benzer şekilde görüntü veya fotoğraflarının özel çabalarla çekilerek yayınlanması halinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır (Yaşar vd., 2010: 4108).
Yukarıda değinilen eylemler sade vatandaşlar açısından gerçekleştiğinde ise her iki halde de özel hayatın gizliliğinin ihlali kapsamında bulunacaktır. Yani, özel hayatın gizliliği, politikacı, kamu görevlisi, mal ve hizmet sunumu gibi kamu hizmeti yapan ve sanatçı gibi kişilerin toplumdaki konumları itibariyle farklılık arz etmektedir. Kimin yüzü kamuya daha fazla açıksa onun özel kayatının gizli yönü o kadar azdır (Hafızoğulları ve Özen, 2010: 17). Yargıtay kararlarında da benzer yaklaşım görülebilir. Y. 4. CD.'nin 1998 yılında verdiği bir kararda; *"Fotomontaj yoluyla da olsa kamuoyunu ilgilendiren gerçek ve güncel olaylar nedeniyle siayasal parti başkanlarını eleştirmek hukuka uygundur, kamuoyuna mal olmuş kişiler, kendilerine yönelen alkışlar kadar gerçeği yansıtan eleştirilere de katlanmak zorundadırlar"* şeklinde görüş ifade edilmiştir (Hafızoğulları ve Özen, 2010: 17).

18 Aynı yönde bkz. AİHM'nin *Peck/Birleşik Krallık* kararı, para. 62, 2003 (echr.coe.int, 2013).

kişilere göre kamusal alandaki özel hayat hakları daha sınırlıdır ve bunlara kamu menfeaati gereği müdahale edilebilmektedir. Kişilerin kamuya mal olduğu dönemlerde özel hayat alanlarının daha dar olduğu hususu günümüzde neredeyse tüm mukayeseli ve evrensel hukuk sistemlerinde kabul görmüş bir konudur. [19] Bunların günlük olaylara ilişkin görüntülerinin özellikle basın özgürlüğü kapsamında kaydı ve yayınlanması konusunda rıza verme şartından vazgeçildiği kabul edilmektedir. Bu durum toplum içinde yaşamanın bir gereği olarak kaçınılması mümkün olmayan tecavüzleri ifade eden sosyal uygunluk teorisinin yasal bir yansıması olarak ifade edilmektedir (Okur, 2010: 15).

Ancak belirtilen durumun uygulanması açısından, haber değeri taşıyan konunun güncel ve gerçek bir haber olması, verilmesinde kamu yararının bulunması, haberle veriliş tarzı arasındaki fikrî bağın mevcut olması (yani basın özgürlüğü ve haber verme hakkı kapsamında bulunması) ile değinilen statülerin devam ediyor olması gibi kriterler gerekli bulunmaktadır (Yaşar vd., 2010: 4109).

2. Temel Metin ve Kaynaklar

Özel hayatın korunması hakkı ABD Anayasasında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak özellikle Ek 4. Maddenin makul olmayan arama ve elkoymayı yasaklayan düzenlemesi ile Ek 1. Madddenin ifade ve örgütlenme özgürlüğünü koruyan düzenlemesinde ima edildiği kabul edilmektedir[20] (Kleinig vd., 2011: 24).

ABD Anayasası'nın özel hayatın korunması hakkıyla en yakından ilgili bulunan Ek 4. Maddesi şu şekildedir;

"Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz/makul olmayacak biçimde aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağışıklıkları ihlal edilemez ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka geçerli/muhtemel bir nedene dayanmalı, yemin veya beyanla desteklenmeli ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları ayrıntılı olarak belirlemeli/tarif etmelidir."[21]

---

19 Bu konudaki karşı görüşler için bkz. Doyle ve Bagaric'den akt. Zafer, 2010: 187.

20 Özel hayatın korunması hakkı FYM tarafından bu sayılanlar dışında Anayasanın Ek 2, 3, 5, 8, 9 ve 14. Maddelerinden de esinlenerek yorumlamaktadır.

21 Söz konusu metnin İngilizce orjinal hali şöyledir: «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable

ABD hukukunda daha önceden özel hayatın gizliliğinin korunması kavramına ilişkin olarak nadiren bazı kaynaklar ve beklentilere rastlansa da, modern anlamda bu kavramın tartışması 1890 yılında Harward Hukuk Fakültesi Dergisinde "Yalnız Bırakılma Hakkı" başlığı altında yayınlanan Warren ve Brandeis'in makalelerinin[22] örf ve adet hukukuna (common law) etkisi ile başlamıştır (Wacks, 1993: 32). Sözkonusu makalede, topluma mal olmuş ya da politik şahsîyetlere karşı basının gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında özel hayatın korunması hakkının desteklenmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra common law sisteminin bir özelliği olarak esaslı kaynak niteliği taşıyan bu konuda verilmiş mahkeme kararları özel hayatın korunması hakkının tanınması ve gelişmesinde çok etkili olmuştur (Şen, 1990: 1).

AİHS'de ise özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı açık bir şekilde 8. Maddede düzenleme altına alınmıştır. Sözkonusu Madde şu şekildedir;

"Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla sözkonusu olabilir."[23]

---

cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.»

22 Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı (privacy) ilk olarak adı geçen yazarlar tarafından 1890 yılında Harward Hukuk Fakültesi Dergisinde (Vol. IV, December 15, 1890, No. 5) "The Right to Privacy" başlığı ile "Yalnız Bırakılma Hakkı (The Right To Let Alone)" olarak ortaya atılmıştır (abolish-alimony.org, 2012).

23 Sözkonusu maddenin İngilizce orjinal hali şu şekildedir:
"Right to respect for private and family life
1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Sözkonusu Maddede düzenlenen özel hayatın korunması hakkı sadece devletlerin müdahalesine karşı koruma sağlayan negatif bir hak olarak değil, aynı zamanda bireylerin bu hakkı etkin ve istedikleri şekilde kullanmasını mümkün kılmak üzere pozitif bir hak olarak da düzenlenmiştir. Ancak bu hak mutlak olmayıp, sözkonusu Maddenin ikinci parağrafında bulunan düzenleme çerçevesinde sınırlanabilmektedir. Bunun yanında, AİHM pratiğinde özgürlüklerin kullandırılması esas olup, sınırlamalar çok sıkı bir rejime tabi tutulmaktadır.

Özel hayatın gizliliğinin korunması kavramının gelişim sürecindeki algılanışı Avrupa ile ABD'de farklı şekilde olmuştur. Avrupa yaklaşımında bu kavram onurun (dignity), ABD'de ise özgürlüğün (liberty) bir yönü olarak görülmüştür (Kleinig vd., 2011: 221). Onur ile özgürlük kavramları arasında yakın bir bağlantı bulunmasına rağmen, aralarındaki fark dikkatten kaçırılmamalıdır. Onur kavramı, kişiliği oluşturan manevi değerler arasında yer almakta ve başlı başına temel bir hak olmanın ötesinde, bütün insan haklarının da temelini oluşturmaktadır. Bu kavram aynı zamanda diğer hakların sınırlanmasını da gerektiren bir üst değer olarak bulunmaktadır. Ancak ilginçtir ki, bu kadar önemli olan bir kavrama atıf yapan ulusal ve uluslararası belgeler onu tanımlamamakta, anlamını kişilerin içlerinde taşıdıklarına inandıkları değer yargısına bırakmaktadırlar. İnsan bedeni ve ruhu arasındaki ilişki neyse, insan hakkı ve insan onuru arasındaki ilişki de aynıdır. Ruhu tanımlayamadığımız gibi insan onurunu da tam olarak belirli bir kalıp içerisine koymak kolay değildir. Diğer taraftan özgürlük (liberty) ise, devlet müdahalesinden/sınırlamalarından arındırılmış seçme/istenildiği gibi davranabilme hürrriyetinden (freedom) yorumlanan bir kavramdır. Bu sebeple de olsa gerek ki, özel hayatın korunması konusunda Avrupa uygulaması çok daha titiz ve savunucudur. ABD'de ise kamusal güvenliğin sağlanmasının her zaman için daha öncelik arz ettiği müşahade edilmektedir.

3. Uygulamada Durum

A. Müdahale ya da Sınırlama Rejimi (İstisna Hükümleri)

Bilineceği üzere özel hayatın gizliliği kavramı, kamu güvenliği başta olmak üzere, ifade hürriyeti ve kamunun şefffalığı gibi diğer bazı

liberal değerlerle çatışmaktadır (Kleinig vd., 2011: 183). Bu nedenle sözkonusu hakka yönelik belli şartlar dahilinde müdahale ya da sınırlama yapılması mümkün bulunmaktadır. Olay bazında çatışan haklar arasında yapılacak fayda-zarar tartımı sonucu hangi hakka ne kadar üstünlük verileceği ve hangisinin ne kadar sınırlanacağına karar verilmelidir. Özel hayatın korunması hakkı yönünden yukarıda değinilen dengenin bulunması anlamında kısıtlama nedenleri şu şekildedir:

FYM uygulamasında;

- Anayasanın Ek 4. Maddesinin gereklerine uyulup uyulmadığı,

Yani;

- İlgili yargı merciinden alınmış yazılı bir müzekkere (warrant) bulunup bulunmadığı,
- Müzekkere tanzimi sırasında tedbire başvurmaya dair bunun zorunlu olduğunu gösteren geçerli bir neden oluşturacak yeterli delillere sahip olunup olunmadığı (probable cause), [24] başvurulacak tedbirin ağırlığına göre bu tedbire başvurmanın son çare olup olmadığı (exhaustion requirement) ve en az müdahale edici yöntemin (minimally intrusive measure) kullanılıp kulanılmadığı,
- Müzekkere düzenlenmesi esnasında ilgili kolluk görevlisinin tedbire başvurmaya gerek bulunduğununu teyit anlamında yemin (oath) veya bunun yerine geçen yazılı beyanda (affidavit) bulunması işlemlerinin yerine getirilip getirilmediği,
- Üzerinde tedbir uygulanacak kişi ya da eşyanın ayırıcı vasıflarının belirtilip belirtilemediği; bireyselleştirme yapılıp yapılmadığı (particularity), [25]
- AİHM uygulamasında;
- Bir müdahalenin varlığında bunun AİHS'nin 8. Maddesinin ikinci parağrafı uyarınca haklı gösterilip gösterilmediği,

---

24 Başka bir ifadeyle tedbire başvurma; kamu yararına yönelik, detaylı olarak hazırlanmış/yazılı kanıtlarla desteklenmiş (well-documented) ve gözle görülebilir/yakın tehike oluşturan (macroscopic) tehdit olduğunda mümkün bulunmaktadır (Etzioni, 1999: 12, 13).

25 Sözkonusu unsur "şüphenin en aza (asgariye) indirme gerekliliği (minimization requirement)" şeklinde de ifade edilmektedir.

Yani;

- Müdahalenin hukukun evrensel ilkelerine uygun şekilde düzenlenmiş bulunan iç mevzuata uygun olup olmadığı,
- İkinci parağrafta sınırlı şekilde sayılmış bulunan meşru amaçlardan birine yönelik bulunup bulunmadığı,
- Müdahalenin demokratik toplum gerekleri için lüzumlu/zorunlu olup olmadığı (yeterli nedene sahip olma, en az müdahale edici yönteme başvurma ve orantılı davranma),

Hususları incelenmektedir.

AİHM diğer tüm hak ve özgürlüklerde de yaptığı gibi özel hayatın korunması hakkıyla ilgili uygulamalarında da hakkın kullanılmasına ilişkin kuralları mümkün olduğunca geniş, istisna hükümlerini ise dar yorumlamaktadır.

B. Kamusal (Aleni) ya da Açık Alanlarda[26] Özel Hayatın Korunması

a) FYM'nin Yaklaşımı

FYM uygulamasında kamusal bağlamda özel hayatı korumak için esas olarak makul/meşru özel hayat beklentisi testi (the reasonable/legitimate expectation of privacy test) kullanılmaktadır. Bu teste göre; Ek 4. Madde kişileri özel hayatın korunması yönünde makul olmayan arama, zaptetme, telefon dinleme, izleme vb. gibi ihlal ve müdahalelerleden korur. FYM'ye göre, makul/meşru özel hayat beklentisi için; bir kişinin güncel ve gerçek (fiili) bir özel hayat beklentisi içinde olması ve bunu sergilemesi (subjektif yön) ile bu beklentinin toplum tarafından makul biçimde karşılanması (objektif yön) gereklidir.

FYM makul/meşru mahremiyet beklentisi testini ilk kez *Katz v. United States* kararında[27] ortaya koymuştur. Karara konu olay, başvurucu *Katz*'ın bir telefon kulubesinden illegal kumar işiyle ilgili olarak yaptığı görüşmelerin kulubenin dışında bir alana yerleştirilen bir alet

---

26 Özel hayatın korunması hakkının sınırlarının belirlenmesi anlamında, FYM tarafından kamusal ve özel alan ayrımından başka, açık alan kavramı da kullanılması nedeniyle sözkonusu kavrama başlıkta yer verilmiş bulunmaktadır. FYM kararlarında açık alan tabiri, tabii olarak kapalı alanlardan başka, konutun müştemilatı dışındaki gerek kamusal gerekse özel tüm açık mekanları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

27 Bkz. *Katz v. United States* kararı, para. 350-353, 389, U.S. 347 (1967).

yardımıyla gerekli dinleme kararı alınmadan tespit edilmesine ilişkindir. Hükümet savunmasında, dinlemenin açık alandan yapıldığını ve emsal içtihatlara göre kapalı veya korunan bir yere girilmediği sürece herhangi bir ihlal olmadığını ve Ek 4. Maddenin meskenler, kişiler, kağıtlar ve eşyalardan bahsettiğini, telefon kulübesinin bunlardan herhangi bir kategoriye uymadığını ileri sürmüştür. Mahkeme olayda ihlal tespit etmiş ve sözkonusu test uyarınca, örneğin haberleşme hakkının kullanılmasıyla ilgili özel hayatın gizliliğine saygı (mahremiyet) beklentisi toplumun değerlerine göre makul/meşru ise bunun -açık alanlar da (open fields) dahil olmak üzere- korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme gerekçeleri arasında "Bir telefon kulubesine giren kişi, kapıyı örter, yapacağı görüşme için ücretini öder ve sonra konuşacağı şeylerin dünyaya anons edilmesini ummaz" şeklinde görüşlere yer vermiştir (Slobogin, 2007: 14). Mahkeme bu kararında Ek 4. Maddenin, sadece yer, mahal ve eşyayı, yani sadece mülkiyeti değil, kişiyi/kişisel özerkliği (autonomy) ve kişinin özgürlüğünü de koruduğunu ifade etmiştir. Bu kararda telefon dinlemelerinin de Ek 4. Madde anlamında bir arama sayıldığı, bunun için illaki fiziksel bir müdahalenin gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Daha genel bir ifade ile *Katz* kararının, Ek 4. Maddenin mülkiyet esaslı ve şekilci bir şekilde yorumlanmasını işlevsiz hale getirerek veya red ederek, onu özel hayatın korunması odaklı hale getirdiği söylenebilir (Slobogin, 2007: 14).

FYM bu olayda sekize karşı bir oyla Ek 4. Maddenin ihlal edildiğine karar vererek, daha önce bu mevzuuda verilen, *Hester v. United States*[28] *ve Olmstead v. United States*[29] içtihatlarını değiştirmiştir. Bu kararlarda açık alanların Ek 4. Maddenin kapsamına girmediği ifade edilmişti. *Katz* kararında, kişilerin makul/meşru bir özel hayat beklentilerinin olması halinde, bulundukları, kullandıkları açık alanlarda (open fields) da bu hakka sahip oldukları kabul edilmiş, dolayısıyla artık bu kavramların birlikte yorumlanması mecburiyeti ortaya çıkmıştır.

Bu kararda Mahkeme, daha sonraki kararlarında tedbirin meşruiyetini saptamak için yegane kriter olarak öne çıkardığı, uygulanan tedbirin olayın koşulları içinde makul olup olmadığı şeklinde bir inceleme de yapmamıştır (McInnis, 2010: 226).

28 265 U.S. 57 (1924).
29 277 U.S. 438 (1928).

Bu kapsamda özel hayat hakkının korunmasına yönelik olarak kullanılan makul saygı (ya da meşru mahremiyet) beklentisi testini biraz daha açmak gerekirse, belirtilen teste göre, kişinin özel hayatına müdahaleyi bekleyip beklemediği, bu beklentinin toplum tarafından kabul edilebilecek bir nitelikte, yani, makul olup olmadığı ve bu müdahaleye hazırlıklı bulunup tedbir alabilecek durumda olup olmadığı araştırılır (Schwartz, 1994: 571; Kaymaz, 2009: 76). Bu anlamda sözkonusu test, "subjektif mahremiyet beklentisinin objektif ölçülere göre makul olması" şeklinde ifade edilebilir.

Değinilen test uyarınca, kişinin, hayatın olağan akışına göre müdale edilme potansiyeli bulunan faaliyetlerine yönelik olarak tedbir alabilecek durumda bulunduğu halde buna başvurmaması, bu alanı başkaları ile paylaşmakta sakınca görmediği sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, ABD'de izinsiz dinleme fiilinin suç teşkil edebilmesi için, "kişinin konuştuklarını gizli tutma iradesi ve özel hayatın gizliliğine saygı duyulması hakkının korunması konusunda makul/meşru bir mahremiyet beklentisi" içinde olması lâzımdır. Bu kapsamda alenî bir parkta yüksek sesle yapılan karşılıklı konuşmalarda, gelen geçen insanların bunu duyabilme ihtimali yüksek bulunduğundan, makul bir kişinin gizli tutma iradesinin varlığından ve dinleme fiilinin hukuka aykırı olduğundan söz edilemeyecektir (Kaymaz, 2009: 76, dipnot 187).

Aynı şekilde kişinin faaliyetlerine müdahale edilme konusunda makul bir beklenti içinde olamayacağı hallerde özel hayatın korunması hakkına yönelik haksız bir müdahaleden söz edilemez. Örneğin, bir radyo ya da televizyon programına katılan birisinin burada yaptığı konuşmaların başka bir basın-yayın organında yayınlanması halinde herhangi bir müdahaleden sözedilemez (Yardımcı, 2009: 30).

Diğer taraftan Amerikan hukukunda Ek 4. Maddeyi genişletmek için getirilen "makul saygı beklentisi" kriteri -*Katz* kararından sonra bu kararda geçen aynı argümanların kullanılması suretiyle- birçok durumda özel hayatın korunması hakkının kapsamını daraltıcı şekilde yorumlanıp uygulanmaya başlanılmıştır (Kaymaz, 2009: 76, 77; Sevimli, 2006: 27, dipnot 12). Bu bağlamda FYM kararlarında, örneğin kamusal bir alanda gerçekleşen olaylarla ilgili devletin görevlileri aracılığıyla çıplak gözle takip edebildiği eylemlerin teknolojik aletlerle de takip

edilmesinde ya da devletin veya üçüncü tarafların (örneğin telekom şirketlerinin, bankaların) kontrolü altında olan kişisel verilerin korunmasında makul mahremiyet beklentisi olamayacağı savı ile yeterli koruma sağlanmamaya başlanılmıştır (Schwartz, 1994: 571).

Belirtilen kapsamda bulunan FYM kararlarından bir tanesi *United States v. Knotts* kararıdır[30]. Belirtilen karara konu olay, polisin bir kısım kloroform'un kaçak ilaç fabrikalarına taşındığı şüphesiyle bir konteynıra belirli olan yol dışına çıkınca sinyal gönderen bir çağrı cihazı (beeper) yerleştirmesi şeklinde gelişmiştir. Mahkeme, "Olayın gözle takip gibi olduğu, yapılan işlemin sadece fizikî gözetlemeye yardımcı bulunduğu, aracın kapalı bölümlerindeki özel alandan bilgi elde edilmediği, yola çıkan birinin yolda gidişinin izleneceğini bilmesi ve ona göre davranması gerektiği, kamusal bir alan olan yol üzerinde kişilerin meşru bir mahremiyet beklentisine sahip olamayacağı" şeklindeki gerekçelerle, olayda, ABD Anayasası'nın özel hayatın korunması hakkını da içeren Ek 4. Maddesinin ihlali bulunmadığını ifade etmiştir.

Bu anlamda esasında FYM tarafından kamusal/aleni mahal ya da açık alanlarda özel hayatın korunması noktasında makul mahremiyet beklentisi bulunamayacağı ilkesi esas alınmak suretiyle, bu alana yönelik bir çok istisna hükmü ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu istisna hükümlerinden özellikle kamusal bağlamda özel hayatın korunması ile ilgili görülenlere aşağıda yer verilmiştir.

aa) Açık Alanlar Doktrini (The Open Fields Doctrine)

Özel mülkiyete konu olsa bile açık alanlarda arama yapmak ya da özel hayatın korunması hakkıyla ilgili diğer tedbirleri uygulamak için yargı kararına (warrant) gerek bulunmamaktadır. Bu doktrin ilk defa *Hester v. United States* kararı[31] ile ortaya konularak, FYM tarafından açık alanların Ek 4. Madde kapsamında bulunmadığına ve buralarda özel hayat beklentisinin makul olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu *Hester* kararına konu olay, bir gelir memurunun bir vatandaşın evinin yanındaki bir alanı gözlemeye alması ve ilgilinin bir müşteriye kaçak içki (moonshine) satarken onu yakalaması ve kaçak eşyaları müsade-

30 *United States v. Knotts* kararı, para. 281-285, 460 U.S. 276 (1983).
31 265 U.S. 57 (1924).

re (confiscated) yapması şeklinde gelişmiş, FYM Ek 4. Maddenin açık alanları korumadığını ve olayda ihlal bulunmadığını ifade etmiştir.

FYM bu görüşünü *Oliver v. United States* kararı[32] ile de sürdürmüştür. Olay, Kentucky polisinin *Oliver*'in çiftliğinde esrar yetiştirdiği şeklinde bir isimsiz ihbar alması üzerine gerekli arama kararı almadan ve rıza da bulunmadığı halde, "izinsiz girilmez" levhalarını da umursamayarak, adı geçene ait evin etrafındaki çiftliğe girerek, özel yolu kullanmak suretiyle araçlarıyla ilerledikten sonra, metal bir kapıya rast gelmeleri üzerine bu kapıdan bir aralık açıp yaya olarak devam etmeleri ve bu sırada "durun, ileri geçmeyin" diye bağıran bir görevliye de aldırmayarak çalı çırpı ile çevrili bir alanda ekili esrar bitkilerini bulmaları şeklinde gelişmiştir. Bilahare *Oliver* bu suçtan dolayı tutuklanmış ve sonra da mahkum edilmiştir. FYM, "Olay yerinde kilitli kapılar ve uyarı yazıları vs. olsa da bu konuya olay bazında yaklaşmak polisin işini zorlaştırır ve Anayasal hakların keyfi uygulandığı izlenimi verir, Ek 4. Madde tarafından müştemilat (meskenin yakın çevresi: curtilage) korunur ancak onun dışındaki açık alanlar korunmaz, çünkü buralarda özel hayat faaliyetlerinin korunması noktasında kamusal bir menfeaat ve toplum tarafından saygıyla karşılanan makul/meşru bir mahremiyet beklentisi yoktur, ayrıca makul/meşru mahremiyet beklentisi bir kişinin bazı şeyleri (konusu suç olan) saklaması anlamına gelmez" şeklindeki gerekçelerle dosyayı neticelendirmiş ve Mahkeme bilahere *United States v. Dunn* kararında[33] müştemilatın sınırlarını tam olarak açıklamıştır.

Ancak FYM'nin yukarıda değinilen *Katz* kararında belirlenen ilkeler de dikkate alındığında, açık alanlar doktrinine ilişkin görüş ve kararların *Oliver* kararında olduğu gibi *Katz* kararında ortaya konulan prensipler çerçevesinde birlikte yorumlanması gerekli bulunmaktadır. Böylece açık alanlarda özel hayat beklentisinin makul bulunmadığı durumlarda korunma altında olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

bb) Açık/Net Görüş Doktrini (The Plain View Doctrine)

Bu istisna hali, görevlilerin yasal bir gözlemleri sırasında açık/net görüş alanındaki (açıkça görülen) kaçak eşyalara, suç delillerine ve her

32 466 U.S. 170 (1984).
33 480 U.S. 294 (1987).

türlü eşyaya, onların bir suçta kulanıldığına veya suç konusu olduklarına dair hemen anlaşılacak şekilde geçerli bir sebebi (probable cause) bulunması halinde, yasal bir izne gerek duymadan arayıp elkoyabilmesine ilişkin istisna halidir (*Harris v. United States* kararı[34]). Bu durum, Federal yetkililer tarafından havalanlarında da kişiler ve eşyalar hakkında uygulanmaktadır.

Bu doktrin gereği kabul edilen istisna halini kullanmak amacıyla polis daha iyi görüntü almak için eşyaya/nesneyi hareket ettiremez. *Arizona v. Hicks* davasında[35], bir ateş etme olayını araştıran polis memurunun, geçerli nedene de sahip olmadan müzik sistemi ekipmanının seri numarasını yazmak için hareket ettirmesi nedeniyle kanunsuz davrandığına karar verilmiştir. Bu doktirinin açıkça hissedilme, koku alma ve duyma gibi alt doktirinlere de ayrılmakta olduğu ifade edilmektedir (en.wikipedia.org, 2013a).

cc) Kamuya Teşhir Doktrini (Public Exposure Doctrine)

Bu istisna hali kamuya açık halde olan ya da bu hale getirilmiş bulunan (kamuya teşhir edilen) şeyler hakkında mahremiyet beklentisinin ortadan kalktığı düşüncesine ilişkindir. Değinilen konuya ilişkin *California v. Ciraolo* davasına[36] konu olayda, polis aldığı isimsiz bir ihbar üzerine esrar yetiştirildiğini düşündüğü bir bahçeyi (backyard) takibe almış, 10 fit yüksekliğinde çitler ve korumalar nedeniyle burayı karadan gözetleyememesi üzerine bu iş için eğitim alan bir polis tarafından havadan 1.000 fit yüksekten söz konusu alan görüntülenerek kaçak yetiştirilen esrarlar fotoğraflanmış ve bu delillerle arama izni temin edilerek yapılan arama sonucu 73 kök esrar bitkisi zaptedilmiştir.

Yargılama derecatı içinde zanlı, havadan yapılan gözleme için yasal izin bulunmadığını ve bunun Ek 4. Maddede yazılı haklarının ihlali olduğunu iddia etmiş, ancak FYM bunun Ek 4. Madde anlamında bir arama olmadığına ve olayda ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak; "Ek 4. Madde, polisler de dahil kimseye kamusal

34 390 U.S. 128, 136-67 (1990). Bu konuda ayrıca bkz. *Horton v. California* kararı, 496 U.S. 128 (1990).
35 480 U.S. 321 (1987).
36 476 U.S. 207 (1986).

bir alanı/yolu kullanarak birinin evinin önünden geçerken gözlerini kapama zorunluluğu yüklemez, ... birisi bilerek evini vs. kamuya açık hale getirirse Ek 4. Madde koruması ortadan kalkar (general public use and naked eye exceptions), kamuya açık (özel ve ticari uçuşların rutin olduğu) hava sahasından polis tarafından yapılan gözleme olayını herkes yapabilir, bu herkese açık ve serbesttir, kimse bunu yapmaktan engellenemez, dolayısıyla bu konuda mahremiyet beklemek makul değildir ve bu toplumun saygın bulduğu meşru mahremiyet beklentisine uygun değildir" şeklinde görüş ifade etmiştir. Burada Mahkeme çıplak gözle yapılan gözetlemede bir sakınca olmadığından bahsetmiş ancak olayda kullanılan hava taşıtı (aircraft) ve fotoğraf makinasından yani teknolojik aletlerden ve bunların kullanılmasının özel hayatın korunmasına müdahale teşkil edip etmediğinden bahsetmemiştir (Slobogin, 2007: 55).

Benzer bulunan *Dow Chemical Co. v. United States* kararında[37] da, bu sefer oldukça gelişmiş ve genellikle halkın ulaşımına açık olmayan uydu sistemlerinin dahil olduğu gözetim aracı (map making cameras) kullanılarak bir uçak üzerinden özel bir fabrika tesisinin Çevre Kanununa aykırı bir halin bulunup bulunmadığını tespit amacıyla ancak yasal izin bulunmadan fotoğraflarının çekilmesi olayına ilişkin olarak FYM yine ihlal tespit etmeyerek, bu durumu da değinilen istisna kapsamı içinde görmüştür (Slobogin, 2007: 55).

Bu konuda diğer bir ilginç karar da yukarıda da değinilen *United States v. Knotts* kararıdır.[38] Belirtilen karar *Katz* kararından sonra gelişmekte olan teknolojilerle ilgili verilmiş bulunan bir karar olması yönüyle de önemlidir. Olayda, polis bir kısım kloroform'un kaçak ilaç fabrikalarına taşındığı şüphesiyle bir konteynıra belirli olan yol dışına çıkınca sinyal gönderen bir çağrı cihazı (beeper) yerleştirmiştir. Mahkeme, "bu olayın gözle takip gibi olduğu, sadece fiziki gözetlemeye yardımcı bulunduğu, yola çıkan birinin yolda gidişinin izleneceğini bilmesi gerektiği" şeklindeki gerekçelerle bu olayda ihlal olmadığını ifade etmiştir.

37 476 U.S. 227 (1986).
38 460 U.S. 276 (1983).

dd) Toplum Himayesi İstisnası (Community Caretaking Exception)

Toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için, kamu çalışanları (public servants) veya acil durum görevlileri (emergency aid staff) genel olarak kontrol ve stok-sayım gibi işleri yapmaya yetkilidir (McInnis, 2010: 103). Bu istisna haline örnek oluşturan *Cady v. Dombrowski* kararına[39] ilişkin olay şöyle gelişmiştir; trafiğin kilitli olduğu bir otoyolda polis kaza yaparak harab olmuş bir araç görerek olaya müdahale etmiş, aracın sürücüsünün kendinden geçmiş olduğunu ve sarhoşluğun etkisiyle komaya girdiğini fark etmiş, bunun üzerine sürücüyü kurtararak, aracı da özel bir parka çekmiş, bilahare sürücünün bir Şikago polisi olduğunun anlaşılması üzerine, bu durumda adı geçenin sürekli silah taşıması gereken bir kişi olması ve üzerinden silah bulunmaması nedeniyle aracı aramış, bu arama sırasında bulunan bazı deliller sürücünün daha önceden işlenen bir cinayet olayının zanlısı olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bu olayda Mahkeme Ek 4. Maddenin ihlali bulunmadığını sapatamıştır. Mahkeme gerekçe olarak, sözkonusu delillerin toplum güvenliğinin sağlanmaya çalışıldığı bir sırada elde edildiğini, bu fonksiyonun polise toplumun tehlikeli durumlardan korunması amacıyla verildiğini ve polisin sıklıkla bu gibi faaliyetleri yapmak durumunda bulunduğunu, bunun yakalama, araştırma veya suçlama amaçlı aleyhe delil elde etmeye yönelik olarak yapılan işlemlerden farklı bulunduğunu ifade etmiştir.

ee) Riskin Üstlenilmesi (Assumption of Risk Exception) İstisnası

FYM, hareket ve aktivitelerini bilerek açığa vuran kişilerle ilgili Ek 4. Madde korumasının bulunmadığını beyan etmiştir. Ayrıca kişilerin üçüncü kişilere/taraf(lar)a bir bilgi veya veri aktarırken bunda bir risk farz etmiş olmaları ya da farz etme durumunda bulunmaları halinde, bundan sonra makul/meşru bir özel hayat beklentilerinin olamayacağı yönünde karar vermiş bulunmaktadır. *United States v. White* kararı[40] bu konuya ilişkindir. Olayda polis uyuşturucu suçundan takip edilen *White*'ın konuşmalarını kayıt için elektronik tesisatla donattığı bir muhbiri yasal izin bulunmadan kullanmış (yani ilgiliyi teknik takibe almış) ve sözkonusu muhbir başvurucu *White* ile -başvurucu-

39 413 U.S. 433 (1973).
40 401 U.S. 745 (1971).

nun evi de dahil olmak üzere çeşitli mekanlarda- yaptığı konuşmaları kayıt ederek buradan elde edilen delillerle ilgili mahkum edilmiştir. Mahkeme bu konuda, adı geçenin başkası ile konuşurken yaptığı konuşmaların dinlenebileceğini öngörmesi gerektiği ve böylece riski üstlenmiş olduğu düşüncesiyle ihlal görmemiştir. Mahkeme gerekçe olarak, "Başvurucunun meslektaşı olduğu muhbire anlattığı konuların kendisini suçlayıcı şekilde kullanılmayacağı şeklindeki beklentisinin Anayasanın koruması altında bulunmadığı, ayrıca muhbirin kendisine anlatılan şeyleri yazı ile kayıt etmesi halinde yasal delil olduğu gibi, elektronik kayıt halinde de aynı kuralın uygulanmaması için bir neden bulunmadığı, polis muhbirinin eylemlerinin makul soruşturma faaliyeti olduğu ve elde edilen delillerin tamamen yasal ve kabul edilebilir bulunduğu" şeklinde argümanlar ileri sürmüştür.

Bu karardan anlaşılan Mahkeme'nin hangi mahremiyet beklentisinin mazur/haklı görülebilir olduğunu araştırmakta bulunduğudur. Sözkonusu bu istisna hali kişisel bilgi ve verilerin kamusal bağlamda toplanması (örneğin sokaklardan ya da elektronik ortamdan) hususuna özellikle inhisar etmekte olup, ABD'de bu duruma dayanarak gerek kamusal gerekse özel[41] bir kısım kuruluşun kişiler hakkında çok önemli derecelerde özel bilgi ve veri topladığı değerlendirilmektedir.

ff) Sınır Araması İstisnası (Border Search Exception)

Ülkeyi korumak gerekçesiyle ABD'ye giren ya da çıkan/terkeden herkes ve herşey, müzekkeresiz ve herhangi bir geçerli/muhtemel nedene ihtiyaç duymadan, rutin olarak aranabilir. Bu durum bağımsızlığın (sovereign) bir gereği olarak görülmektedir (U*nited States v. Martinez-Fuerte* kararı[42]). Daha genel bir ifade ile ABD sınırları veya uluslararası havalimanlarında yapılan aramalar bir suç işlendiğine dair muhtemel bir şüphe olmadan da rastgele yapılabilmektedir.

gg) Diğer İstisna Halleri

ABD hukuk sistemi içinde, eğer bir suç delili bulunabileceği konusunda makul bir beklenti varsa, okul alanlarında öğrencilerin eşyaları müzekkeresiz olarak aranabilir. Devlet çalışanlarının işyer-

41 Belirtilen özel kuruluşların en önemlileri ChoicePoint ve LexisNexis'dir.
42 428 U.S. 170 (1976).

lerindeki şahsi eşyaları kanundışı bir aktivite delili elde edebilmek amacıyla yine müzekkeresiz olarak aranabilir. Kural olarak çalışanlar, işleriyle ilgili elektronik bilgi ve verilerle ilgili makul bir özel hayat beklentisine sahip değildir. Örneğin, onlara ait işyerindeki e-mail ve dökümanlar incelenebilir.

b) AİHM'nin Yaklaşımı

AİHM'ne göre ise, kamusal bağlamda dahi olsa bir kişinin diğer insanlarla etkileşimi esnasında özerk bir bölgesi/alanı vardır. Bu bir çok faktöre göre belirlenir. Makul/meşru özel hayat beklentisi (reasonable expectations as to privacy) bunlardan bir tanesi veya önemlisi olabilir ancak tek ve kesin olanı değildir (*P.G. ve J.H./ Birleşik Krallık* kararı, 2001). AİHM'ne göre bazen, örneğin aleni mahallerde yapılan aramalar gibi, kamusal bağlam aşağılanma ve utanma hissi nedeniyle müdahalenin yoğunluğunu dahi artırabilir.

"Makul saygı beklentisi" kriteri, AİHM tarafından özel hayatın korunmasında genellikle belirtilen hakkın kapsamını genişletici bir araç olarak kullanılmaktadır (Kaymaz, 2009: 76, 77; Sevimli, 2006: 27, dipnot 12). Ancak bazen bu kavram AİHM tarafından da sözkonusu hakkın kapsamını daraltıcı biçimde kullanmaktadır. Örneğin, *Perry/ Birleşik krallık* (2003) kararında[43], gözaltındaki kişinin kameraya alınma ve görüntüsünün teşhis için kullanılması konusunda özel hayatının korunması noktasında makul beklenti içinde olamayacağına karar verilmiştir. Böylece AİHM, özel ve kamuya açık alan ayrımında her zaman "mekân"ın belirleyici olmayacağını belirlemiş (Dutertre, 2007: 290) ve "makul saygı beklentisi" kriterinin, müdahale değerlendirilmesi sırasında başvurulan bir çok kriterden sadece birisi olduğunu söylemiştir (Roagna, 2012: 20).

AİHM özel hayatın korunması hakkını, sözkonusu hakkın kamuya mal olmuş alandaki yansımasını da kapsayacak şekilde yorumlamakta ve bu şekilde özel hayatın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bağlantı kurmaktadır. Örneğin, AİHM'ne göre kişinin yalnızca toplum içinde nasıl giyineceğine salt karar vermesi değil, bunun eyleme dökülmesi de belirtilen hakkın koruması kapsamında bulunmaktadır (Clayton ve Tomlinson, 2000: 812). Hakkın koruduğu alana ilişkin bu

[43] Başvuru. No. 63737/00 (echr.coe.int, 2013).

yaklaşım, Anglo-Sakson Hukukunun kişisel bilgilerin gizliliği ve kişinin yalnız kalabilme hakkı (inziva; seclusion) boyutuna yaptığı vurgudan veya Türk öğretisinde benimsene gelmiş bulunan üç alan teorisi uyarınca korumaya değer görülen "özel alan" ve "gizli alan"dan çok daha kapsamlı bir algılayışı gözönüne sermektedir (Sevimli, 2006: 20). Görüldüğü üzere, doğrudan özel hayatla ilgili olmamakla beraber bu hakkın amacı ile bağlantılı olan bir çok konu da bu hak çerçevesinde değerlendirilmektedir (Zafer, 2010: 37).

Elbette burada, toplum içinde yaşayan bireyin kamusal hayatını başkalarının düşünce ve bakışlarının dışında bırakamayacağı, ancak sözkonusu hakkın, bireylere aşırılıklara ve kasıtlı davranışlara karşı korunma silahları vermekte bulunduğu hususu özellikle dikkate alınmalıdır (Yıldırım, 2004: 392). Diğer taraftan görevleri ya da uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişilerin, hayatlarının "kişiye özel" niteliğinin bir kısmını kaybettikleri genel kabul gören bir görüş olmakla birlikte, AİHM, bu kabulün de her zaman ve sınırsız uygulanamayacağını, bazı durumlarda herkesin saldırganlıklardan korunma hakkı bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkemenin değinilen konuda değerlendirme yaparken kullandığı "makul beklenti testi"ne göre, ilgili kişinin ne kadar ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi ile çeşitli iç hukuk araçlarının etkin ve yeterli telafi etme özelliğine sahip olup olmaması gibi unsurlar önem arz etmektedir (Özbey, 2004: 436).

Özetle, AİHM'ne göre bir hayat olayının veya bir kişisel değerin özel ya da gizli hayat kapsamında korunup korunmayacağı değerlendirilirken, bulunulan yer, makul saygı beklentisi, fail ve mağdurun statüsü, hak sahibinin iradesi gibi bir çok kriter kullanılır ve ihlâl olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre belirlenir (Zafer, 2010: 20, 21). Ayrıca, -kamusal bağlamda- özel hayat hakkı, teknolojik gelişmelere paralel olarak sürekli genişleyen bir haktır. Dolayısıyla, bunun kesin olarak belirllenmesi mümkün ve gerekli değildir.

AİHM'nin konuya yaklaşımını göstermek açısından yer verilebilecek bazı kararlardan, başvurucunun bavulunun sınır koruma görevlilerince zorunlu aramayı tabi tutulduğu *Foka/Türkiye* (2008) kararında AİHM, kamu otoriteleri tarafından bu şekilde gerçekleştirilen her türlü aramanın özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal ettiğini

ifade etmiştir. Belirtilen bu durumun (yani kamusal bir alana girdikten sonra yapılan arama halinin) kamusal bir binaya/alana girmek isteyen ya da örneğin havayoluyla seyahat etmek isteyen kişilerin durumundan farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Belirtilen bu hallerde kişiler sözkonusu tesislere girip girmemekte ya da eşyalarını oralara sokup sokmamakta serbesttir. Yani kendisi istemediği takdirde zorla aramaya tabi turulması bahis mevzuu değildir. Belirtilen nedenle şayet buralara ulaşmak/girmek istemesi halinde sözkonusu olacak aramalara karşı rıza vermiş sayılmaktadır.

Kamuya mal olmuş kişilerle ilgili bulunan *Von Hannover/Almanya* kararında[44] ise AİHM, Monako Prensi 3. Rainer'in kızı Prenses Caroline'in dışarıda günlük işlerini yaptığı sırada ve erkek arkadaşı ile birlikte iken basın mensupları tarafından izinsiz çekilen fotoğraflarının bir Alman magazin gazetesinde yayımlanması olayı nedeniyle yerel mahkemelerin, başvurucunun şöhret olması nedeniyle hoşgörülü olması gerektiği yönünde verilmiş bulunan nihai kararlarını, sözkonusu fotoğrafların bir grup meraklıdan başka kamuoyunu ilgilendirmediğini vurgulayarak bu maddenin ihlali olarak yorumlamıştır. Mahkeme burada, kamuya mal olmuş kişilerin bile sosyal anlamda bir özel hayat hakkına sahip olduğunu ve bunun kamu menfeati bulunan durumlar hariç olmak üzere korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu konuda AİHM 2009 yılına kadar kişilerin izinsiz çekilen resimlerinin basında yayınlanması konusunu bir sorun olarak görüp olayları bu kapsamda ele alırken, bu tarihten sonra bunların basında yayınlanması ya da başka yollarla yayılması şartını aramadan, sadece izinsiz çekim yapılmasının özel hayatın korunması hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (Roagna, 2012: 18; *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararı, 2009[45]). Bu hususa ilişkin *Reklos ve Davourlis* kararına konu olay özetle şu şekildedir; yeni doğan bir bebeğin doğumun gerçekleştiği sağlık kuruluşu tarafından yüz görüntüsü de olduğu halde, kısıtlı girilebilen siteril bölümde, fotoğrafları çekilmiştir. Mahkeme bu olaya ilişkin olarak verdiği kararda, kişilerin sadece yayınlandığı ya da yayıldığı anda değil, fotoğraflarının çekildiği anda da rızalarının alınması gerektiğini, aksi halde bu durumun özel hayatın korunmasının ihlali olduğunu ifade etmiştir.

44 Başvuru No. 59320/00 (echr.coe.int, 2013).
45 *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararı, 2009 (echr.coe.int, 2013).

Mahkeme *Craxi (No. 2)/İtalya* (2003) kararında, [46] özel nitelikli telefon konuşmaları ve tutanaklarının medya tarafından reklam konusu olarak kullanılmasına ilişkin olayda, iç hukuk yollarının bu saldırıyı önleyememesini özel hayata yönelik pozitif yükümlülüğün ihlali olarak tespit etmiştir (Yıldırım, 2004: 400).

AİHM'ne göre, kamu makamları tarafından sistematik olarak toplanan ve saklanan kişisel bilgi ve veriler[47] de -kamusal bağlamda- özel hayatın korunması hakkı kapsamındadır (*Rotaru/Romanya* kararı, 2000[48]). Dolayısıyla bunlar belirtilen hakkın korunması ve sınırlanması şartlarına uygun şekilde yerine getirilmelidir.

AİHM kamusal bağlamdan sayılan işyerlerini de açıkça özel hayatın korunması kapsamında görmektedir. Bu hususta bir avukatın bürosunun aranmasına ilişkin olarak verilmiş bulunan *Niemietz/Almanya* (1992) kararında[49] Mahkeme, özel hayatın işyerlerindeki aktiviteleri de kapsadığını, çünkü işyerlerinde de çok büyük oranda kişilerin başkaları ile önemli ilişkiler kurma ve geliştirme imkanına sahip bulunduğunu ifade etmiştir. *Stes Colas Est ve diğerleri/Fransa* (2002) kararında, [50] yasal izin bulunmadan bir şirketin merkezine veya ona ait diğer şubelere ya da herhangi bir mekana girmenin, izinsiz şekilde eve girmekten bir farkının bulunmadığına karar verilmiştir. *Peev/Bulgaristan* (2007) kararında[51] ise bir savcılık ofisinde uzman (kamu görevlisi) olarak çalışan başvurucunun çalışma mekanı ya da en azından çalışma masası ve dosya dolabı gibi özel eşyalarını koyduğu alanlar hakkında makul şekilde özel mülkiyeti gibi bir beklentisi olabileceği, aksi davranışın özel hayatın gizliliğinin korunmasına haksız bir müdahale sayılacağını beyan etmiştir.

---

46 Başvuru No. 25337/94 (echr.coe.int, 2013).

47 Bunlara örnek olarak şu durumlar gösterilebilir; nüfus sayımı sırasında zorunlu olarak toplanan cinsiyet, medeni statü, doğum yeri, etnik aidiyet gibi hassas bilgilerin toplanması; parmak izi kaydı, dış görüntü/resim ve DNA örneği gibi kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması; sağlık ve mali durum gibi bilgilerinin/kayıtlarının toplanması ve depolanması; telefon konuşmalarına müdahale, dinleme, kaydetme ve saklama; kamusal alanlarda güvenlik kameraları tarafından alınan görüntü ve seslerin kaydı, saklanması.

48 Başvuru No. 28341/95 (echr.coe.int, 2013).

49 Başvuru No. 13710/88 (echr.coe.int, 2013).

50 Başvuru No. 37971/97 (echr.coe.int, 2013).

51 Başvuru No. 64209/01 (echr.coe.int, 2013).

C. Email ve İnternet Ortamında Özel Hayatın Korunması

a) FYM'nin Yaklaşımı

İnternet bazlı gerçekleştirilen elektronik iletişim de özellikle girilen bilgi ve verilerin korumalı içeriğe sahip olmaması, korumasız/belirsiz adreslere yüklenmesi/gönderilmesi gibi durumlarda kamusal bağlamda değerlendirilmektedir.

ABD'de son yıllarda, özellikle elektronik iletişim takibi ve tespiti anlamında yeterli ve uygun hukuki düzenlemelere dayanmadan önemli şekilde müdahalelerin yapıldığı ileri sürülmektedir. 16 Aralık 2005 tarihinde the New York Times gazetesinin ilk defa olarak Bush yönetiminin çok büyük oranlarda telefon konuşması ve emailleri müzekkeresiz olarak takip ettiği haberi üzerine, buna karşılık olarak dönemin Adalet Bakanı (Attorney General), Ulusal Güvenlik Ajansı (National Security Agency; NSA) tarafından yürütülen bir Terörist İzleme/Tarama Programı (Terrorist Screening Program; TSP) olduğunu kabul etmiştir (Kleinig vd., 2011: 40). Ancak bunların 18 Eylül 2001 kabul tarihli Terörist Eylemlere Karşı Askeri Güç Kullanılması Kanunu (Use of Military Force Against Terrorist Act) ve Yabancı İstihbarat Takibi Kanunu (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978; FISA) uyarınca oluşturulan mahkemelerin verdiği müzekkere gereklilikleri uyarınca gerçekleştiğini, ayrıca müzekkeresiz olarak sadece iletişimin taraflarından en az birisinin ABD dışından veya El Kaide ya da ilgili örgütlerle bağlantılı olduğuna ilişkin makul bir bulgu olması hallerinde başvurulduğunu ileri sürmüştür (Kleinig vd., 2011: 40).

Diğer yandan, AT&T isimli telekomünikasyon şirketi 11 Eylül 2001 olayları sonrasında NSA'ya, diğer ISP'lerin aboneleri ile birlikte, tüm abonelerinin iletişim içeriklerine girme/erişme yetkisi tanımıştır (Kleinig vd., 2011: 40). FISA ve AT&T uygulamasından sonra, bu konu bir hukuk davası şeklinde *Hepting v. AT&T* davası (en.wikipedia.org, 2013b) ile Federal Mahkemelere taşınmıştır. Sözkonusu dava ve ilgili diğer davalar devam ederken, TSP programı içinde yer alan telekomünikasyon servis sağlayıcı şirketlerine geriye dönük bağışıklık sağlayıcı bir kanun çıkarılmıştır (The FISA Amentment Act of 2008). Bu kanun gereği davalar, takiplerin yasal olduğu veya Başkan'ın yetkilendirmesi dahilinde bulunduğu şeklinde mahkelerin bilgilendirilmesi üzerine düşmüştür (Kleinig vd., 2011: 41).

Bunun üzerine doğrudan hükümete yönelik davalar açılmaya başlanmış, bunlardan ilki *Jewel v. NSA* (2008) davası (en.wikipedia.org, 2013c) olmuştur. *Jewel* müzekkeresiz iletişim takibini durdurmayı ve TSP'den dolayı yetkililerin sorumlu tutulmasını istemiştir. 2010 yılında Federal bir bölge mahkemesi davayı, özelllikle davacının ya da temsil ettiği kesime yönelik bir hak ihlali olmadığı, uygulanan tedbirlerin herkes için eşit şekilde geçerli olan genel bir uygulama olduğu gerekçeleriyle, yani sıfat yokluğundan red etmiştir (Kleinig vd., 2011: 41).

FYM ise *Smith v. Maryland* kararında[52] makul/meşru mahremiyet beklentisini ve Ek 4. Madde korumasını telefon görüşmelerinin içeriğine dair genişletmişken, aranan numara bilgilerini bu kapsamda görmemişken, *Katz* kararından itibaren şimdiye kadar elektronik iletişimle ilgili özel hayatın korunması ve bu alanda makul/meşru mahremiyet beklentisi bulunup bulunmayacağı gibi soruları cevaplamaktan kaçınmıştır (Kleinig vd., 2011: 28). Ayrıca bidayet mahkemelerinin email ve diğer internet bazlı iletişim türlerine dair korumalı içerik ve korumasız adresleme bilgileri ayrımına bağlı olarak bu konuda bir kısım tersi yöndeki kararlarına[53] rağmen sözkonusu durumları da özel hayatın korunması kapsamında görmemiştir (Kleinig vd., 2011: 43).

Bu konuda açık olarak ilk defa *City of Ontario v. Quon* kararı[54] verilmiştir. Sözkonusu kararda özel hayatın korunması hakkının kamuya ait işyerlerindeki elektronik iletişim hakkında geçerli olup olmadığı sorgulanmıştır. Karar özetle, polis görevlilerine koordinasyon için dağıtılan çağrı cihazlarının limit aşımı nedeniyle yapılan denetimler sonucunda bazı görevliler tarafından kişisel amaçlı ve müstehcenlik içerecek şekilde kullanımlarının tespiti ve disiplin cezası ile cezalandırılmalarıyla ilgilidir. Mahkeme bu uygulamanın aylık kulanım etkinliğinin değerlendirilmesi anlamında işle ilgili makul bir uygulama olduğunu ve Ek 4. Maddeye aykırılık taşımadığını ifade etmiştir.

52 442 U.S. 735 (1979).

53 Bkz. *United States v. Forrester*, 512 F.3d 500 (9th Cir. 2007); *Quon v. Arch Wireless*, 529 F.3d 892 (9th Cir. 2008).

54 130 S.Ct. 2619, 560 U.S. (2010).

b) AİHM'nin Yaklaşımı

Yukarıda değinildiği gibi FYM şimdiye kadar elektronik iletişimle ilgili özel hayatın korunması ve bu alanda makul/meşru mahremiyet beklentisi bulunup bulunmayacağı gibi soruları 2010 yılına kadar cevaplamaktan kaçınmış ve halen bu alanda açık bir hüküm koymamışken, AİHM ise "özel hayat" ve "haberleşmenin gizliliği" haklarının telefon görüşmeleri kadar email ve diğer elektronik/internet bazlı iletişim türlerini de kapsadığına karar vermiştir. Ayrıca AİHM'ne göre sözkonusu iletişimin evden ya da işyerlerinden gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin bir önemi de bulunmamaktadır.[55]

Bu hususta, bir devlet memurunun usulsüz şekilde telefon, email ve internet kullanımının takibine ilişkin olarak verilen *Copland/Birleşik Krallık* (2007) kararına[56] kısaca değinecek olursak, bu olayda Mahkeme işyerlerinden gönderilen emaillerin ve internet kullanımlarının özel hayatın korunması kapsamında bulunduğuna ve başvurucunun işyerinde bulunan telefonlardan yaptığı görüşme ve gönderdiği mesajların bu hususta herhangi bir uyarı olmadan izlemeye alınmasının özel hayatın korunması yönündeki makul beklentiye aykırı olduğuna karar vermiştir.

AİHM'ne göre telefonlara ilişkin aranan numara, arama tarihi ve konuşmaların uzunluğu gibi bilgiler iletişimin ayrılmaz bir unsuru kabul edilip, bu ilke email ve diğer internet bazlı iletişim türlerine de teşmil edilmiş bulunmaktadır (*Malone/Birleşik Krallık* kararı, 1984).[57]

III. Sonuç

Günümüzde gelinen nokta itibariyle kamusal bağlamda makul/meşru bir özel hayat beklentisi olmayacağı savı aslında tam olarak bu alanda gerçekleştirilen ilerlemeleri yansıtmamaktadır. Çalışma boyunca izah edilmeye çalışıldığı üzere kamunun gözü önünde olan herşey esasında kamusal değildir ve bunlardan özel hayat hakkı kapsamında bulunanların usulünce korunması gerekli bulunmaktadır.

55 Bkz. *Amann/İsviçre* (2000) kararı; Başvuru No. 27798/95 (echr.coe.int, 2013).
56 Başvuru No. 62617/00 (echr.coe.int, 2013).
57 Başvuru No. 8691/79 (echr.coe.int, 2013).

Diğer taraftan günümüzde güvenliğin ya da diğer bazı meşru sebeplerin sağlanması amacıyla özellikle kamusal bağlamdaki alanlarda sözkonusu olan kamera gözetimi, kapalı devre televizyon sistemleri ve elektronik iletişim gözetimi araçları gibi unsurlar eskiye nazaran özel hayatın korunması hakkınının sürdürebilirliğini oldukça zor bir hale getirmektedir. Bilineceği üzere bu kayıtlar tekrar tekrar geri alınarak izlenebilme ve başka verilerle/kayıtlarla kombine edilebilme gibi özelliklere sahip olup, bu şekilde yoğun bir müdahale potansiyelini beraberinde taşımaktadırlar. Dolayısıyla bu kadar etkin bir gücü kullananların mutlaka denetime tabi tutulmaları yönünde sıkı düzenlemeler yapılmalıdır.

Sözkonusu müdahale yöntemleri ve potansiyelinin, kişilerde güvensiz bir ortamda yaşama hissi oluşturması nedeniyle, bireylerin ve toplumun verimliliğini düşüreceği konusunda da şüphe bulunmamaktadır. Bu sebeple, kamusal bağlamda da özel hayatın korunması hakkı kişilere eylemde, muamelede ve katılımda bulunma konularında başkalarının tesirinde kalmadan hareket etme imkanı vererek, demokratik toplumların ve ilerlemenin temeli olan düşünce ve ifade özgürlüğünü de destekleyecektir.

Netice olarak esas mesele yarışan bu değerler arasındaki dengeyi uygun bir şekilde bulmaktır. Belirtilen dengenin Türk iç hukuku açısından bulunmasına katkı sağlaması amacıyla bu çalışmada özgürlüklerin korunmasına öncelik veren AİHM ile güvenliğin sağlanmasını ilk planda tutan FYM uygulamasına mukayeseye elverecek şekilde değinilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda değinilen konuda ilerleme sağlamak için mevzuat ve uygulama alanlarında belirtilen düzenlemelerin yapılması gerekli bulunmaktadır. Ayrıca özellikle son zamanlarda devlet kurumları ile özel kurum ve kuruluşlar tarafından kişiler hakkında usulsüz şekilde toplanan bilgi ve verilere karşı da güvenli veri girişinin sağlanması ve sosyal paylaşım siteleri gibi alanlarda özel hayata ilişkin gereksiz bilgi girişinin yapılmaması anlamında toplumda bilinç uyandırılması hususuna da bu konuda alınabilecek diğer bir önlem olarak yer verilebilir.

KAYNAKLAR

Abolish-alimony.org (2012), http://www.abolish-alimony.org/content/privacy/Right-to-Privacy-Brandeis-Warren-1890.pdf, (E.T.: 03.09.2012).

Clayton, Richard ve Tomlinson, Hugh, (2000), *The Law of Human Rights*, Second Edition, Volume 1, Oxford University press.

Dinç, Güney, (2008), "Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam", Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması), Ankara: TBB Yayınları: 154, ss. 14-54.

Dutertre, Gilles, (2007), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara: Avrupa Konseyi yay.

En.wikipedia.org, (2013a), http://en.wikipedia.org/wiki/Plain_view_doctrine, (E.T.: 17.1.2013).

En.wikipedia.org, (2013b), http://en.wikipedia.org/wiki/Hepting_v._AT%26T, (E.T.: 27.6.2013).

En.wikipedia.org, (2013c), http://en.wikipedia.org/wiki/Jewel_v._NSA, (E.T.: 27.6.2013).

Etzioni, Amitai, (1999), *The Limits of Privacy*, New York: Basic Books.

Franklin, Benjamin, (1755), "Pennsylvania Assembly: Reply to the Governer, November 11, 1755", *The Papers of Benjamin Franklin*, ed. Leonard W. Labaree, vol. 6, p. 238-242, 1963.

Gökcan, Hasan Tahsin, (2010), "Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir Mi?", *Terazi, Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl. 5, S. 42, Şubat 2010, Ankara.

Guernsay, Lisa, (2001), *Living Under An Electronic Eye*, New York Times, Sept. 27, at G I, col. 5.

Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, (2010), "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Şuçlar, " *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 67, S. 4, Ankara.

Echr.coe.int, (2013), http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC &c=, (E.T.: 2013).

Kaymaz, Seydi, (2009), *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara: Seçkin yay.

Kleinig, John; Mameli, Peter; Miller, Seumas; Salane, Douglas and Schwartz, Adina (2011), *Security and Privacy: Global Standards for Ethical Identity Management in Contemporary Liberal Democratic States,* Australia: ANU E Press.

McInnis, Thomas N., (2010), *The Evolution Of The Fourth Amendment*, New York: Lexington Books.

Nissenbaum, Helen, (2013), "The Meaning of Anonymity in an Information Age", http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/paper_anonimity.html, (E.T.: 28/02/2013).

Okur, Nurdan, (2010), *Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması,* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.

Özbey, Özcan, (2004), İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde *Uygulanması,* Ankara: Adalet Yayınevi.

Reiman, Jeffery H. (1995), *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, II Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 27.

Roagna, Ivana, (2012), *Protecting The Right To Respect For Private And Family Life Under The European Convention On Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Human Rights Handbooks.

Schwartz, Paul M., (1994), "Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States", *80 Iowa L. Rev. 553.*

Sevimli, K. Ahmet, (2006), İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul: Legal yay.

Slobogin, Christopher, (2007), "*Privacy At Risk: The New Goverment Surveillance and The Fourth Amendment*", The University of Chicago Press, Chicago and London.

Şen, Ersan, (1990), "Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı", İstanbul Ünv. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl. 1990, No. 18, İstanbul.

Taylor, Nick, (1999), "Closed Circuit Television: The British Expereince", *Stanford Technology Law Review 11.*

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz, (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı yay.

Uludagsozluk.com, (2013), http://www.uludagsozluk.com/k/panoptikon/, (E.T.: 21 Ocak 2013).

Wacks, Raymond, (1993), *Personal Information: Privacy And The Law*, Oxford: Clarendon Press.

Westin, Alan F., (1967), *Privacy and Freedom*, London: Boodlay Head.

Yardımcı, Mehmet Murat, (2009), *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi,* Ankara: Seçkin yay.

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa, (2010), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,* C. 3, Ankara: Adalet yay.

Yıldırım, Gülşen, (2004), "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağalanan Koruma", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adlî Yargı (Sempozyum), Ankara: TBB-İHAUM Yayını: 4, ss. 385-426.

Zafer, Hamide, (2010), Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul: Beta yay.

KAMULAŞTIRMADA GERÇEK KARŞILIK HAKKI VE PAZAR DEĞERİ

RIGHT OF JUST COMPENSATION IN EXPROPRIATION AND MARKET VALUE

Sadullah ÖZEL*

Özet: Mülkiyet hakkının kamulaştırma sürecinde sağladığı en etkin koruma, taşınmaz malikine taşınmazının gerçek karşılığının ödenmesidir. Gerçek karşılığın ödenmesi ilkesi; yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltilmiş bir anayasal direktiftir. Bu boyutuyla, mülkiyet hakkının kamulaştırma süreci boyunca "gerçek karşılık hakkı" olarak ifade edilmesi mümkündür. Gerçek karşılık hakkının, kamulaştırma işlemi karşısında malikin hangi güvencelerini garanti altına aldığı "değerleme" ile sınırlı olarak incelenmiştir. Çalışmada gerçek karşılık hakkının, Alman ve ABD hukuk uygulamasında kural olarak pazar değerinin tespiti ve ödenmesiyle sağlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, pazar değerinin uluslararası kabul gören ilke, standart ve ölçütleri incelenmiştir. Son olarak Türk Kamulaştırma Hukukundaki değerleme organlarının esas aldığı değerleme ölçütlerinin uluslararası ilke ve standartlara uygunluğunun değerlendirilmesi sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, mülkiyet, gerçek karşılık hakkı, pazar değeri, değerleme

Abstract: In the process of expropriation the most effective protection that the property rights provide to the owner is the payment of the real value of the immovable property. The principle of the payment of the just compensation is a constitutional directive addressed to the legislative, executive and judicial powers. From this point, through the process of expropriation of property it is possible to refer "the right of just compensation" as "the property right". In this article the guarantees provided through the right of just compensation are examined limited to "valuation". It is concluded that in German and U.S. laws the right of just compensation can be provided only if the market value of the property is determined and compensated. In this context, the internationally accepted principles, standards and criteria of the market value are examined. Finally, the main criteria that the valuation bodies of Turkey get on are investigated with regards to the compliance with the international valuation principles and standards.

Keywords: Expropriation, property, right of just compensation, market value, valuation

* Avukat, Dr.

GİRİŞ

Anayasal niteliğiyle mülkiyet hakkı içeriği ve kapsamı en tartışmalı insan haklarından biridir.[1] Mülkiyet hakkının birçok sosyal ve ekonomik hakkı kapsamına alan gelişimi, farklı hak kategorileriyle arasında sınır çizilmesini zorlaştırmıştır. Kamulaştırma, mülkiyet hakkına yönelen en yaygın kamusal müdahale biçimi olması nedeniyle, kamulaştırma işlemi karşısında mülkiyet hakkının koruma çerçevesinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkı kamulaştırma işlemi sonucunda sona ermektedir. Ancak kamulaştırma sürecinin uygulanması sırasında malikin gerçek karşılığını almasını teminat altına alan bir süreç öngörülmektedir. Bu kapsamda kamulaştırmanın aynı zamanda bir değerleme faaliyet olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet hakkı, kamulaştırmadaki değerleme sürecinin sonunda malike ekonomik bir alt hak kategorisi olarak niteleyebileceğimiz "gerçek karşılık hakkı" olarak görünüm kazanmaktadır. Gerçek karşılık hakkı olarak nitelediğimiz anayasal güvencenin anlamını, içeriğini, kapsamını ve koşullarını uluslararası ilkeler bağlamında tespit etmek önem arz etmektedir. Aksi halde bireysel hakların soyut olarak kategorize edilmesinin pratik bir sonucu olmayacaktır.. Gerçek karşılığın ifade ettiği değerin, uluslararası hukuk kaynaklarında "pazar değeri" olarak kabul edilmesi nedeniyle, pazar değerinin kamulaştırma bedelinin tespitinde kullanılan ilkeler bazında karşılaştırmalı olarak incelenmesi gereklidir.

Çalışmada gerçek karşılığın mülkiyet hakkının güncel kapsamındaki yer alması gereken konumu kısaca incelenmiş ve kamulaştırma sürecinde kavramın hukuksal temeli aktarılmıştır. Gerçek karşılığın anayasal bir ilke olmasının yanı sıra bir hak olarak nitelenmesi, önemini vurgulamaya yönelik olmakla birlikte güvence olma niteliğini belirleme ihtiyacından doğmuştur. Gerçek karşılık hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) içtihatları, Alman Hukuku ve ABD hukuku esas alınmak üzere, kural olarak pazar değerinin ödenmesini teminat altına aldığı söylenebilir. Bu bağlamda "pazar değeri" ilkeleri ve ölçütlerinin tespiti ve bunların Türk Kamulaştırma Hukukundaki

---

1 Adnan GÜRİZ, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, AÜHF Yay., Ankara, 1969, s.337., Aydın ZEVKLİLER, "Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1977, s. 574.

değerleme ölçütleriyle karşılaştırmalı şekilde incelenmesi önem taşımaktadır. Bu açılardan çalışmanın hukuk uygulamasına katkıda bulunmasını diliyorum.

I. GERÇEK KARŞILIĞIN MÜLKİYET HAKKININ GÜNCEL KAPSAMINDAKİ YERİ

Mülkiyet hakkının güncel içeriği ve kapsamı, uluslararası ticari ilişkilerin teknolojik gelişime paralel şekilde değişmesi üzerine ciddi dönüşüm geçirmiştir. Menkul ve gayrimenkul mülkiyeti dışında fikri mülkiyet haklarının, lisansların, frençhayz(franchaise)haklarının ve diğer değerlendirilebilir ticari hakların oluşturduğu bu zeminde mülkiyet hakkına sınır çizilmesi güçleşmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 nolu protokolünün 1. maddesinde (P.1/1) mülkiyet hakkının bir tanımı yapılmayarak, çerçevesinin yorum yoluyla belirlenmesinin önü açılmıştır. Sözleşmeci devletlerde farklı şekilde nitelenen değerlerin, mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığı konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin(AİHM) geniş bir içtihat arşivi bulunmaktadır. Türkiye'de bu konuda hazırlanmış önemli akademik eserlere atıfta bulunmakla birlikte, çalışma kapsamıyla sınırlı kalmak kaydıyla özet bir bilginin aktarılması yararlı olacaktır. [2]

Mülkiyet hakkının kapsamı konusunda 1982 Anayasa metninde bir belirleme yer almamakta, ancak 35 inci madde gerekçesinde mülkiyetin kapsamı; maddi malları, ekonomik değerle ölçülebilen hakları, serveti ve üretim araçlarını içerecek şekilde belirlenmiş ve sayılan değerlerin Anayasal teminat altında olduğu vurgulanmıştır.[3] Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararlarında, mülkiyet hakkının kapsamını "maddi ve gayrimaddi mallar" şeklinde ikiye ayırarak incelediği, taşınır ve taşınmaz malları maddi mallar arasında nitelediği, bunun dışında kalan fikri ve sınai hakları gayrı maddi mallar olarak sınıflandırdığı görülmektedir.[4] Bu sınıflandırmada, "ekonomik değerle ifade

---

2 Burak GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul, 2009, s. 124- 135; H.Gürbüz SARI, *A.İ.H.S. 1.Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması,* Beta Yay. İstanbul 2006., Güney DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, TBB Yay. Ankara 2007

3 Emine AYDOĞDU, *Teşkilatı Esasiye'den Günümüze Anayasalar*, Ankara, 2005, s. 312- 313.

4 Anayasa Mahkemesi'nin E.2004/3 ve K.2008/47 ile 31.01.2008 tarihli kararı

edilen haklar" belirtilmediğinden, mülkiyet hakkının 35 inci madde gerekçesine oranla, daha dar kapsamda yorumlandığı görülmektedir.

AİHM, sözleşmede ifade edilen "mülk" kavramını, sözleşmeci devletlerin kendi uygulamasından bağımsız (autonomous) ve özerk şekilde yorumlamaktadır.[5] Mahkeme, önüne gelen başvurularda, devletin "idari işlem ve eylemler", "hukuki düzenlemeler" veya "yargısal kararlar" aracılığıyla müdahale ettiği "değeri", sosyal ve ekonomik içeriğiyle bağlı kalmaksızın, mülk kapsamında görmektedir.[6] Mahkeme, kararlarında, menkul ve gayrimenkul mallar dışında "patent hakları", "bir mesleği icra etme hakkı", "sinemadaki müşteri kitlesi", "kiraya verme hakkı", "belirli bir usulün uygulanacağına dair beklenti", "kira hakkı", "hisseler" ve "hukuki bir hak iddiası" gibi "***ekonomik hak ve değerler***" "mülk" kavramı içerisinde değerlendirilmiştir.[7] AİHM kararlarında; "sağlık sigortasından yararlanma hakkı", "maluliyet aylığı alma hakkı", "emekli aylığı hakkı", "sosyal yardım alma hakkı" ve "işsizlik sigortasından yararlanma hakkı" gibi "***sosyal hak ve değerlerin***", mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, bir değere endekslenebilen sosyal ve ekonomik hakların, mülkiyetin kapsam ve içeriğine ilişkin yargıların değişmesine neden olduğu görülmektedir.

Mülkiyet hakkının da bir "ekonomik hak" olduğuna dair görüş savunulmaktadır.[8] Ancak, mülkiyet hakkının AİHM içtihatlarıyla belirginleşen bu kapsamı, "***sosyal ve ekonomik hakların mülkiyet hakkının koruma çerçevesine dahil olduğu***" şeklinde bir sonuca ulaşmamızı sağlamaktadır. Gerçek karşılığın ödenmesi konusunda yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltilmiş direktif, malik açısından bir

---

5 Stolker, C.J.J.M., *In search of the importance of article 1 Protocol No 1 ECHR to Private Law,* .p.70., Leiden University Press 2000.; Allen, Tom., "The Autonomous Meaning of Possesions under the European Convention on Human Rights" (The Modern Studies in Property Right., v.2., p.57., Ed. Elizabeth Cooke., Oxford: Hart 2003)., GEMALMAZ., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s.124-135

6 GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 418.

7 CARSS-FRİSK, Monica., *Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz,* Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001 s. 6.

8 İbrahim Özden KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku 6. Baskı, İstanbul, 2002, s.449; Bülent ALGAN, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yay. Ankara, 2007, s. 28, 130.

"hak" ve "yetki" alanı oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının kapsamında birçok ekonomik hakkı barındırdığı hakikati karşısında, kamulaştırma işleminden etkilenen malik açısından, "gerçek karşılığın alınması hakkı"(gerçek karşılık hakkı olarak kısaltılmıştır) şeklinde mülkiyet hakkı kapsamında bir "mikro hak" kategorisi ortaya çıkmaktadır.

Bu kısa değerlendirmenin yapılmasının nedeni aşağıda izah edilecek olan mülkiyet hakkının kapsamındaki "gerçek karşılık ilkesi"nin hukuksal analizini yapmaya yöneliktir.

II. KAMULAŞTIRMADA GERÇEK KARŞILIK KAVRAMININ TEMELLERİ

Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usullere göre zorla el atmasıdır.[9] Anayasa'nın 46ncı maddesini esas alan bu tanımı, yine aynı madde metninde sonradan yapılmış değişiklikleri esas alarak şöyle de aktarmak mümkündür. *Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde,* ***gerçek karşılığını*** *peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamı veya bir kısmına,* ***Anayasa*** *ve yasada gösterilen esas ve usullere uygun olarak, zorla el atmasıdır.*[10] İkinci tanımdaki "*gerçek karşılığını*" ibaresi, Anayasa'nın 46 ncı maddesinin 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa ile değiştirilmesi sonrası madde metnine ilave edilmiştir. Kamulaştırma ilkeleri ve uygulaması açısından önemli sonuçları olan bu ibareye kamulaştırma tanımında da yer verilmesi uygun olacaktır. İkinci tanımdaki bir diğer ilave olan *"Anayasa"* ibaresinin de tanımda yer almasının önem arz eden bir vurgudan öte somut sonuçları bulunmaktadır. Çünkü, Anayasa metni, mülkiyet hakkının korunması açısından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndan daha kapsamlı güvenceler içermektedir. Nitekim, Anayasa'nın 46ncı maddesinde 3.10.2001 tarihli yapılan değişiklikle, kamulaştırmadan kaynaklanan alacaklarda "kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygula-

9 GÜNDAY, Metin., İdare Hukuku, 10. Baskı İmaj Yayınları, Ankara 2011., s.250; Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007 s.692

10 Sadullah ÖZEL, *Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma*., (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2013, s.113

nacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda kamulaştırma tanımında, her iki ibarenin vurgulanmasının uygulamada güvence oluşturacak bir önemi bulunmaktadır.

İdareye ve geniş anlamda bedel tespit organlarına yöneltilen, kamulaştırılan taşınmazın «gerçek karşılığının belirlenmesi» yönünde bir anayasal direktifin olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Kamulaştırılan taşınmazın «gerçek karşılığı» tespit edildikten sonra, bu bedelin «peşin ödenmesi» ve peşin ödenemiyorsa «kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi» direktifleri, önem arz eden diğer anayasal direktiflerdir. Çalışmada «gerçek karşılığın» anlamı ve tespitine ilişkin hukuksal bir analiz yapılması amaçlandığından, uygulamadaki duruma da değinilmesi gerekmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun güncel metninde yer almayan "gerçek karşılık", Türk Kamulaştırma Hukukunda yeni bir kavram değildir. 1961 Anayasası'nın 38 inci maddesinin özgün metninde *"kamulaştırılacak taşınmazların gerçek karşılıklarının peşin ödeneceği"*ne dair kural yer almaktadır. Ancak, Anayasa Hukuku doktrininde de oldukça tartışmalara neden olan Anayasa'nın 38 inci maddesine ilişkin 20.09.1971 tarihli "anayasa değişikliği" ile maddenin özgün hali değiştirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda kamulaştırılan taşınmazların "gerçek karşılıklarının" yerine, "karşılıklarının" ödeneceği şeklinde değişiklik yapılmış ve "rayiç değer" yerine "vergi değeri" esası getirilmiştir.[11] Yasama organının kamulaştırma bedellerinin belirlenmesi usulünü temelden değiştiren bu tasarrufu, AYM'nin (bu düzenlemeyi iptal ettiği) kamu hukuku açısından oldukça tartışmalı kararıyla engellenmiştir.[12] AYM'nin iptal gerekçesinin gerçek karşılık ilkesi boyutu, aşağıda kısaca değerlendirilecektir. 1961 Anayasası döneminde özetlenen süreçte, 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlüktedir. 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nda gerçek karşılık kavramına yer verilmemiş, bedel tespit esaslarına ilişkin 11inci maddede "değer paha" ibaresi kullanılmıştır. 1982 Anayasası'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46 ncı maddesinin özgün halinde de "gerçek karşılıklarını" ibaresine yer verilmemiş, "karşılıkları" ibaresi kullanılmıştır. AİHM nezdinde yargılama konusu olan kamulaştırma davalarında "bedele" ve "bedelin ödenmesindeki

11 ÖZEL., Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.117, 118
12 Anayasa Mahkemesi E.1976/38 ve K. 1976/46 sayı T. 12.10.1976

gecikmelere" ilişkin yüzlerce dosyada "ihlal" saptaması yapılması ve bunların yüksek tazminat ödenmesi ile sonuçlanması, Anayasa değişikliğine gidilmesi sonucunu doğurmuştur. 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile "gerçek karşılıklarını" ödeme koşulu getirilmiş ve bu bedelin ödenmesindeki gecikmelerde, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin elbette olumlu sonuçları olmuş ancak, gerçek karşılığın teorik ve pratik açıdan temellendirilmemesi ile idarenin mülkiyet hakkı karşısında "düşük maliyeti" öncelemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali mahiyetinde olan uygulamalar devam etmektedir. Son bölümde bu konuda bir değerlendirme yapılacağından "gerçek karşılığın" anlamı ve içeriğinin temellendirilmesi yararlı olacaktır.

III. GERÇEK KARŞILIK HAKKI

AYM ve AİHM kararlarıyla şekillenen hukuksal sürecin sonunda, gerçek karşılığın uygulamadaki yansımasını incelemeden önce güncel kamulaştırma uygulamasındaki fotoğrafın net görülebilmesi için gerçek karşılığın anlamı konusunda bir inceleme yapılmasında yarar bulunmaktadır. Gerçek karşılık öncelikle yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltilmiş bir uygulama direktifidir. Gerçek karşılığı tespit etme ve ödeme yönündeki bu direktifin aynı zamanda bir "anayasal ilke" olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. AYM''nin ve AİHM'nin gerçek karşılık konusundaki aşağıda incelenecek yaklaşımı çerçevesinde bu ilkenin taşınmaz maliki olan birey açısından görünümü bir "hak" şeklinde temerküz etmektedir. Taşınmazı kamulaştırılan bireyin, kamulaştırma süreci sonucunda hukuken teminat altına alına temel menfaati; taşınmazın adil, makul ve gerçek bedelini alabilmektir. Taşınmaz malikine belirlenen bu adil bedelin zamanında ve peşin olarak ödenmesi, aksi durumda değerini koruyacağı bir yasal faiz ile birlikte ödenmesi, taşınmaz malikinin güvence altına alınan diğer haklarıdır.

Gerçek karşılık, özel mülkiyete konu taşınmazın kamulaştırma sürecinde tespit edilmesi gereken adil, makul ve gerçek değeridir. Bu değerin tespiti ile bedelin taşınmaz malikine ödenmesi süresince mülkiyet hakkının güvencesi devam etmelidir. Bu süreçteki değerleme faaliyetinin de gerçek karşılık ilkesine uygun düzenlenmesi gereklidir. Mülkiyet hakkının kamulaştırma işleminin değerleme boyutu açısından, gerçek karşılığın alınması hakkı olarak ifade edilmesi mümkündür.

Gerçek karşılık hakkı denilerek ifade edilmek istenen anlam, kamulaştırılan taşınmaz malikinin bedele ilişkin tüm hukuksal güvencelerinin teminat altına alınmasıdır. Bu bağlamda, "gerçek karşılık hakkı" üç temel güvenceyi içermektedir.

i. Kamulaştırmaya konu taşınmazının gerçek karşılığının tespiti ile sonuçlanacak hukuksal bir sürecin olması gereklidir. Bu süreç, öncelikle adil yargılama ilkelerine uygun bir muhakemeyi güvence altına almalıdır. Çalışmada, kamulaştırma sürecinin adil yargılama ilkeleri açısından değerlendirilmesi amaçlanmadığından bu konuda inceleme yapılmamıştır.

ii. Ulusal ve uluslararası değerleme ilkelerine göre tespit yapacak bir değerleme organı tarafından taşınmazın o tarihteki gerçek karşılığının tespiti sağlanmalıdır. Tespit edilen bu bedel, bağımsız bir değerleme organı tarafından denetime elverişli şekilde hesaplanmalı, adil ve makul olmalıdır. Bu koşula ilişkin IV. Bölümde bir değerlendirme yapılmıştır.

ii. Tespit edilen gerçek karşılığın peşin ödenmesi esas olmalıdır. Aksi takdirde, bu bedelin kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi güvence altına alınmalıdır. Özellikle kamulaştırmasız el atma davalarında önemli hak ihlallerine neden olan peşin ödeme ve faiz konusu ayrıntıları nedeniyle bu çalışma kapsamında değerlendirilememiştir.

1. İnsan Hakları Metinlerindeki Temeli

Sözleşme ve antlaşma formatında olmadığı için "ilkesel bağlayıcılığı" ve "evrensel ortak değerler"i ifade eden, içerdiği haklar açısından, bireysel koruma mekanizması öngörmeyen Evrensel bildirgenin 17 nci maddesinde[13], mülkiyet hakkının koruma çerçevesi belirlenmiştir. Bildirge'de, "Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz" şeklinde bir hüküm yer almakta ise de el konulan bir taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesine ilişkin bir somut güvence yer almamaktadır.

---

13 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi madde 17: *"Herkesin tek başına ve başkalarıyla ortaklaşa mal ve mülk edinme hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz".*

BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(MSHS)[14], üç ana belgeden ikincisi olarak, birçok klasik hakka yer vermesine rağmen, sözleşmede mülkiyet hakkına yer verilmemiştir. Üç ana belgeden sonuncusu olan BM Genel Kurulu›nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976 yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi(ESKHS), mülkiyet hakkının içerdiği ve tamamlayıcısı niteliğinde birçok ekonomik ve sosyal hakka yer vermesine rağmen, geniş anlamda mülkiyet hakkını sözleşme dışında bırakmıştır.

Ek Birinci Protokol'ün 1 inci maddesinden ve bu maddeden çıkarılan üç kuraldan da anlaşılacağı üzere AİHS'de, mülkiyet hakkına kamulaştırma veya başka bir işlem yoluyla müdahale edilen kişiye tazminat ödenip ödenmeyeceği veya nasıl bir tazminat ödenmesi gerektiği konularında açık bir hüküm bulunmamaktadır.[15] Ancak AİHM verdiği kararlarında makul ve taşınmazın değeri ile orantılı bir tazminat ödenmeden yapılan kamulaştırma işlemlerinin Ek Birinci Protokolün Mülkiyet Hakkı başlıklı 1 inci maddesinin ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir.[16] AİHM yorumuna ve ilgili içtihatlarına aşağıda kısaca değinilecektir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şart'ı (Charter of Fundamental Rights of the European Union) aylar süren çalışmalardan sonra 7 Aralık 2000 tarihinde Nizza'da devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla gerçekleştirilen zirvede ilan edilmiştir. Lizbon Sözleşmesi ile birlikte 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bildirge Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için bağlayıcı bir etkiye sahiptir.[17] Şart'ta; mülkten yoksun bırakılma sonucunda, zamanında ödenecek adil bir tazminat koşulu

14 Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi"ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladı.

15 Carrs-Frisk, Mülkiyet Hakkı, s.38, , Hélène PAULİAT, "Mülkiyet Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliğ I, TBB Yay., Ankara 2003, s. 2.

16 AİHM, 25.03.1999 tarihli Papachelas / Yunanistan Kararı, NVwZ 1999, s. 1325.

17 Bkz. Lizbon Sözleşmesi ile değişik Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin (The Treaty on European Union) 6. maddesi. Sözleşme metnine aşağıdaki adresten ulaşılabilir: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:EN:HTML

bulunmaktadır.[18] Ancak ödenecek tazminatın ne şekilde belirleneceği ve adil tazminatın koşulları konusunda açık bir belirleme yer almamaktadır.

BM Belgeleri, AİHS ve Temel Haklar Şartı'nda açıkça güvence altına alınmamış olan "gerçek karşılık hakkı"nın incelenecek demokratik ülkelerde Anayasal teminat altına alınmış olduğuna ilişkin aşağıda açıklamada bulunulacaktır. Adil, tam, makul ve gerçek karşılık olarak ifade edilen değerin belli standartlara göre tespit edilmesi gerektiği açıktır. Bu zorunluluğun dayanağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesidir.[19] Serbest piyasa ekonomisinde alım-satım konusu olan bir taşınmaza ödenmesi gereken rayiç değerin, kamulaştırılan bir taşınmazın karşılığı olarak da ödenmesi esastır. Bu bağlamda, gerçek karşılığın anayasal teminat altına alınması ve uluslararası toplumda gerçek karşılığın tespitinde uygulanan ilkelere değinilmesi gerekmektedir.

2. Anayasal Bir Hak Olarak Gerçek Karşılık

Türk Kamulaştırma Hukukunda gerçek karşılık kavramı yerine, değer paha ve rayiç değer gibi deyimler de kullanılmıştır[20]. Anayasa'nın 46 ncı maddesi metnine "gerçek karşılık" ibaresi eklenmeden önce de AYM tarafından gerçek karşılığın ödenmesinin mülkiyet hakkının bir gereği olduğu kabul edilmekteydi. Kaldı ki, 1961 Anayasası'nın 38 inci maddesinin ilk metninde "gerçek karşılık" ilkesine yer verilmiştir. Ancak yasa koyucunun bu ilkenin uygulanmasını engellemeye yönelik

---

18 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı''nın "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 17 nci maddesi şu şekildedir:"*Herkes hukuka uygun bir şekilde sahip olduğu malını bulundurmak, kullanmak, o malı üzerinde tasarrufta bulunmak ve o malı miras bırakma hakkına sahiptir. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararının gerekli kıldığı hallerde ve kanunla öngörülen hal ve şartlarda ve de mülkiyet hakkından yoksun bırakma nedeniyle zamanında ödenecek adil bir tazminat karşılığında mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Kamu yararı için gerekli olduğu ölçüde mülkiyet hakkının kullanımı kanunlarla düzenlenebilir.Fikri ve sanatsal haklar koruma altındadır.*"

19 ÖZEL, Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.143-149

20 Bkz.1924 Anayasası'nın 74'üncü madde metni: "*MADDE 74: Menafi-i umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz*" ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 3'üncü maddesi: "*Madde 3 - İstimlâk, ancak bunu yapacak idarenin kanunen ifasına memur bulunduğu amme hizmetinin veya teşebbüsün yürütülmesine lüzumlu gayrimenkullerin ve kaynakların bu kanun hükümleri dairesinde değer pahası peşin verilmek şartiyle yapılabilir.*"

düzenlemeleri olmuştur. Bu düzenlemeler, AYM tarafından mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilerek iptal edilmiştir. AYM'nin kamulaştırma bedeli olarak, taşınmazın gerçek karşılığı yerine vergi değerinin esas alınmasına yönelik anayasa değişikliğini iptal ettiği karar gerekçesi buna örnek gösterilebilir.[21]

AYM'nin, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında kamulaştırma tarihinin esas alınacağını öngören düzenlemeyi iptal ettiği kararındaki gerekçesinin aktarılması uygun olacaktır.[22] Karar gerekçesinde, "*Kamulaştırma, malikin rızası olmaksızın, Devletin, kamu yararına özel mülkiyeti sona erdirdiği bir işlemdir. Bu durum gözetilerek, malikin mülkiyet hakkının zedelenmemesi için Anayasa'nın 46 ncı maddesinde gerçek karşılık esası benimsenmiştir. Gerçek karşılığa ulaşmayı engelleyen düzenlemelerin Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkını da zedeleyeceği açıktır. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın Anayasal öğeleridir. Bu öğelerden birinin bulunmaması kamulaştırma işlemini Anayasa'ya aykırı hale getireceği gibi, Anayasa'nın 35 inci maddesi ile korunan ve sınırları belirtilen mülkiyet hakkına da aykırılık oluşturur. Gerçek karşılığın bulunmasına engel teşkil eden itiraz konusu kuraldaki "kamulaştırma tarihi" ibaresi Anayasa'nın 35 ve 46 ncı maddelerine aykırıdır.*" denilmiştir.

---

21 *"…Kamulaştırmaya gelince, bu, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir işlemdir. Ancak kamulaştırma işleminde kamu yararının var olması göz önünde tutulacak temel öğedir. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmadan da söz edilemez. Daha açık bir deyimle, kamu yararı olmadıkça, devletin değil gerçek karşılıkla bunun çok daha üstünde olan bedellerle dahi bireylerin mülkiyet hakkına el atması düşünülemez. Devlet olarak, kamu kuruluşları olarak, halka hizmet götürmek veya istenilen ekonomik kalkınma görevini yerine getirebilmek, başka bir deyimle daha yaygın bir kamu görevi yapabilmek için bireylerin özel mülkiyetinde bulunan kimi taşınmaz malların kamulaştırılması gerekli olabilir. Bu gibi hallerde devlet zoralım hakkının sahibidir. Kamu yararı kamulaştırmayı zorunlu kılıyorsa devlet bu hakkını kullanacaktır. Ancak, bu hakkın karşısında bireylerin de kamulaştırılan taşınmaz mallarının bedellerini istemek hakkı vardır. Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir. Bir yanda devlet veya kamu kuruluşu, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, bireylerin rızasına bakmaksızın onların mülkiyetindeki taşınmazları alma hakkını kullanacak, öte yanda bireyler kamulaştırılan taşınmazlarının tam karşılıklarını, mülkiyet hakkının gereği olarak, devletten istemek hak ve yetkisini ellerinde tutacaklardır. Bu hakların yerince kullanılmasına elverişli olmayan bir hukuk düzeninin demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır…"* Bkz. Anayasa Mahkemesi E.1976/38 ve K. 1976/46 T.12.10.1976

22 Anayasa Mahkemesi E.2002/79 ve K. 2003/29, T.09.04.2003

AYM, gerçek karşılığa ulaşmayı engelleyen düzenlemelerin, mülkiyet hakkını zedeleyeceğini belirtmiştir. Kamu yararının bulunmasını, kamulaştırma işleminin yasada gösterilen esas ve usullere uygun yapılmasını ve gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesini ***kamulaştırmanın anayasal öğeleri*** olarak nitelemiştir. Bu çerçevede, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin yasal ölçütlerin tamamının gerçek karşılığın ödenmesini sağlamaya elverişli olması gerekir. Bu esas ve ölçütlerin uluslararası hukuk kurallarına ve taşınmaz değerlemesi ilkelerine uygun olması gerçek karşılık ilkesinin gereğidir.

3. Kamulaştırma Bedelindeki Değer Olarak Gerçek Karşılık

Gerçek karşılık ilkesi, mülkiyet hakkının kamulaştırma işlemindeki güvencesini oluşturduğundan, "malikin geri alma hakkı" gibi bir "hak" olarak nitelenmiştir. Anayasal nitelikteki gerçek karşılık hakkının, kamulaştırma işlemi sonucunda malike hangi değerin ödenmesiyle korunmuş olacağı sorusuna yanıt bulunması gerekmektedir. Türk Anayasal sisteminde yeni bir kavram olmamasına rağmen, "gerçek karşılığın" somutlaştığı değerin ne olması gerektiği konusu, hukuksal düzeyde ve bağımsız olarak ele alınmamıştır. Gerçek karşılığın ödenmesine ilişkin yargılama sürecinin "adli yargının" görevinde olması da kamu hukuku çalışmalarında gerçek karşılığın ödenmesine ilişkin düzenlemelerin ve hukuk uygulamasının değerlendirilmesini güçleştirmektedir. Gerçek karşılık ilkesinin anlam ve içeriğinin kamu hukuku boyutuyla incelenmesindeki bir diğer sorun alanı da, ekonomi biliminin hukukla kesiştiği, "değer" kavramının incelenmesi zorunluluğudur. Kamulaştırma, hukuk uygulamasında bir "değerleme" sürecidir. Bu süreçte uygulanan yasal ilkeler ve yargı kararlarında somutlaşan eğilimin, akademik açıdan incelenmeyi gerektirdiği belirtilmelidir.

Değer kavramının, ekonomik boyutu nedeniyle ihmal edilmesi durumunda, kamulaştırma sonucunda ödenen bedelin gerçek karşılık olduğu konusunda hukuksal bir analiz yapmak da sorunlu hale gelecektir. Çalışmada bu riskleri gidermek için gerekli özen gösterilerek, kamulaştırmanın maddi koşulu olarak nitelenen gerçek karşılığın denetim ölçütü olan "değerleme standartları"nın ve Türkiye'deki kamulaştırma uygulamasındaki "değerleme" faaliyetinin kamulaştırma ve gayrimenkuller özelinde incelenmesi gerekmiştir. Ekonomik analizler,

matematiksel ve finansal hesaplamalar, çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Öncelikle

Kamulaştırmanın bedelinin tespit edildiği idari ve yargısal süreç, gerçek karşılığa ulaşma amaçlı bir değerleme faaliyetidir. Gerçek karşılık bir anayasal ilke olmakla birlikte, somut olaylara uygulanabilmesi ve denetim ölçütü olabilmesi için içeriğinin belirgin olması gerekmektedir. Gerçek karşılık, aynı zamanda kamulaştırma sonucunda malike ödenmesi gereken adil bedeldir. Bu bedel de bir değere karşılık gelmektedir. Gerçek karşılığın görünümü olan bu değerin(kamulaştırma bedelinin) neye karşılık gelmesi gerektiği; Alman Hukuku, ABD Hukuku ve Ulusal/Uluslararası Değerleme Kuruluşlarının ilkeleri ölçüt alınmak üzere incelenecektir.

a. AİHM'nin Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değere İlişkin Yorumu

AİHM'ye göre mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahale halinde kamu menfaatleri ile kişilerin temel haklarının korunması yönündeki menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması şarttır.[23] Böyle bir dengenin kurulması aşamasında Sözleşmenin Ek Birinci Protokolünün 1 inci maddesi esas alınmalıdır. Özellikle devletler tarafından tesis edilen ve mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden eylem ve işlemlerde devletin kullandığı araçlar ile bu araçlarla güdülen amaç arasında, yani mülkiyet hakkına müdahale ile kamulaştırma ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge, başka bir deyişle makul bir orantı bulunmalıdır.[24] Gerçi söz konusu makul dengenin tespitinde mahkeme devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak devletlere takdir yetkisi tanınması mahkemenin bu alanda yargılama yapmasına engel değildir. Bilakis mahkeme taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı ile uyumlu bir adil dengenin varlığı konusunda devlet faaliyetlerini denetlemektedir.[25]

Kamulaştırma işleminin devlet ve taşınmaz malikinin menfaatleri arasında adil bir denge çerçevesinde yapıldığının ve malike orantısız

---

23 AİHM, 23.09.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth / İsveç Kararı, NJW 1984, s. 2747.
24 AİHM, 23.11.2000 tarihli Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2002, s. 49.
25 AİHM, 30.06.2005 tarihli Jahn ve Diğerleri / Almanya Kararı, NJW 2005, s. 2909.

bir yük yüklemediğinin tespitinde kanun koyucunun kamulaştırma bedeli konusunda yaptığı düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda AİHM'nin verdiği birçok kararda bir taşınmazın bu taşınmazın değeri ile orantılı bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmasının kural olarak mülkiyet hakkının orantısız bir şekilde ihlali anlamına geleceği vurgulanmıştır. Mahkemeye göre herhangi bir bedel ödenmeden yapılan kamulaştırmalar AİHS'nin mülkiyet hakkı kapsamında ancak olağanüstü hallerde mümkün olabilir.[26]

Kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedel konusunda ise mahkeme kural olarak ödenecek bedelin taşınmazın "pazar değeri" olması gerektiğini, başka bir ifade ile taşınmaz malikine tam bir tazminat ödenmesi gerektiğini kabul etmekte, ancak bu bedelin bazen pazar değerinin altında kalabileceğini vurgulamaktadır. Yani AİHS'nin Ek Birinci Protokolün 1. maddesi taşınmaz mal malikine her zaman tam bir tazminat hakkı vermemektedir.[27] Mahkemeye göre adil bir bedelin tespitinde mahkeme tarafından Ek Birinci Protokolün 1 inci maddesi bağlamında geliştirilen içtihatlar dikkate alınmalıdır. Buna göre kamulaştırmaya konu olan taşınmaz malın değeri ile makul bir bağlantı içinde olmayan kamulaştırma bedeli kural olarak mülkiyet hakkının orantısız bir şekilde ihlali anlamına gelecektir. Yol yapımı veya kamu yararına hizmet eden başka bir amaçla bir taşınmazın hukuka uygun bir şekilde kamulaştırıldığı hallerinin çoğunda, kural olarak sadece tam bir tazminatın taşınmazın değeri ile makul bir bağlantı içinde olduğu kabul edilir.[28]

Mahkeme, 22 Haziran 2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı'nda "*demokrasiye geçiş bağlamında toplumun geniş bir kesimini etkileyecek ve tüm ülke açısından önemli ekonomik sonuçları olacak kanuni düzenlemelerin yapıldığı bir ortamda mülkiyet hakkının düzenlenmesi ile ilgili olarak idareye kapsamlı bir değerlendirme marjı tanınmalıdır. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müdahale nedeniyle ödenecek tazminatların da piyasa değerinin altında*

---

26 AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260, AİHM, 23.11.2000 tarihli Eski Yunan Kralı / Yunanistan Kararı, NJW 2002, s. 49,

27 AİHM, 22.06.2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı, NJW 2005, s. 2528, AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260.

28 AİHM, 28.11.2002 tarihli Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2003, s. 1724, AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260.

bir miktar ile sınırlı tutulması bir zorunluluk teşkil edebilir."[29] değerlendirmesini yapmıştır. Bu durumlar dışında, yukarda izah edildiği üzere, kamulaştırma sonucunda malike taşınmazın gerçek karşılığı olarak pazar değerinin ödenmesi esastır.

29 Mart 2006 tarihinde karara bağlanan Scordino/İtalya Davasında taşınmazı kamulaştırılan davacılara İtalya Devleti tarafından taşınmazın metrekaresi başına 82.890 İtalya Lireti ödenmiştir. Ancak, taşınmazın bir metrekaresi için tahmin edilen piyasa değerinin ise 165.755 Liret olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca taşınmaz malikine ödenen tazminattan yüzde yirmi oranında da vergi alınmıştır. Mahkemeye göre söz konusu kamulaştırma işlemi ekonomik, sosyal veya siyasi bir reform bağlamında veya başka bir haklı sebep bağlamında tesis edilmiş bir işlem değildir. Dolayısıyla kamulaştırma bedelinin pazar değerinden düşük olmasını gerektirecek bir kamu menfaatinin varlığından söz edilemeyeceğini vurgulayan mahkeme, AİHS'nin Ek Protokolünün 1 inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[30] Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri/Türkiye davasında da başvurucu şirkete ödenen kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek değerine oranla düşük tespit edildiği sonucuna ulaşılarak ihlal saptaması yapılmıştır.[31] AİHM'nin aktarılan kararlarından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde kamu menfaati ile hakkına müdahale edilen kişilerin menfaatleri arasında adil bir dengenin, başka bir deyişle orantılı bir ilişkinin kurulması şarttır.

AİHM'ye göre kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin tespitinde kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu da önemli bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Çünkü mahkemeye göre hukuka uygun bir kamulaştırmanın mali sonuçlarının mülkiyet hakkına hukuka aykırı bir şekilde yapılan müdahalenin mali sonuçları ile bir tutulması mümkün değildir. Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan Davası'nda AİHM, benzer bir değerlendirme yapmış ve sözleşmenin hukuka aykırı bir şekilde tesis edilen kamulaştırma işlemi ile ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme bu kararında adalete uygun bir tazminat konusunda şu hususlara yer vermiştir: "*Kamulaştırma işlemindeki böyle bir huku-*

29 AİHM, 22.06.2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı, NJW 2005, s. 2528.
30 AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1261.
31 AİHM, 23.04.2003 tarihli Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri/Türkiye Kararı B.No.30502/96

ka aykırılık doğal olarak kamulaştırma dolayısıyla devletin ödemek zorunda kaldığı tazminatın tespitini de etkilemektedir. Çünkü hukuka uygun bir kamulaştırmanın mali sonuçlarının hukuka aykırı bir kamulaştırmanın mali sonuçları ile bir tutulması mümkün değildir." Mahkeme, bu gerekçeyle Yunanistan Devleti'ni taşınmaza el atılma tarihinden itibaren davacıların zararlarından ve mahrum kaldıkları kardan oluşan taşınmazın aktüel değerini, taşınmaz üzerinde taşınmazın devletin kontrolüne geçtiği tarihten sonra inşa edilen binalar nedeniyle taşınmazda meydana gelen değer artışlarını ve bu binaların inşası için yapılmış masrafları davacılara ödemeye mahkum etmiştir.[32]

AİHM, kamulaştırma dolayısıyla ödenecek tazminatın tespitinde tazminatın hak sahibine ödendiği zamana da büyük önem atfetmektedir. Mahkemeye göre tazminat konusunun karara bağlanmasının veya kararlaştırılan tazminatın hak sahibine ödenmesinin aşırı bir şekilde geciktirilmesi, özellikle paranın hızlı değer kaybettiği ülkelerde taşınmazı kamulaştırılan kişinin maddi kaybını arttırmakta ve kişiyi belirsiz bir duruma sürüklemektedir. Aynı durum kamulaştırma bedelinin tespiti aşamasında idari ve yargısal süreçlerin alışılmadık bir şekilde uzaması hallerinde de söz konusudur. Böyle durumlarda taşınmazı kamulaştırılan kişiler kamusal yarar ile kişisel yarar arasındaki adil dengeyi ortadan kaldıran orantısız bir külfet yüklenmek durumunda kalırlar ki, bu da mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.[33] AİHM, Türkiye aleyhine yapılan şikayetlerde de kamulaştırma işlemlerinin süresinin aşırı uzunluğu hesaba katılmadan saptanan kamulaştırma bedellerinin taraf menfaatleri arasındaki adil dengeyi bozduğu tespitinde bulunmuştur.

AİHM'in kamulaştırma bedeli konusunda taşınmazın kural olarak adil ve gerçek karşılığı olan pazar değerinin ödenmesi gerektiği ilkesini benimsediği, hukuka aykırı el atmalarda ek tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı ve kamulaştırma bedelinin makul olmayan gecikmelerle ödenmemesinin adil dengeyi malik aleyhine bozduğu sonucuna ulaştığı belirlemesi yapılabilir.

---

32 AİHM, 28.11.2002 Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2003, s. 1723.

33 Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Zusatzprotokoll EMRK Art 1, Rn. 30.

b. Alman Hukukunda
Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değer

Alman hukukunda kamulaştırma ve kamulaştırma bedeli konusunda birden çok yasal düzenleme mevcuttur. Kamulaştırma bedeli konusunda en önemli ve üst düzeydeki düzenleme Federal Almanya Anayasası'nın*(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deuttschland)*14 üncü maddesidir. Bu madde kamulaştırmaya ilişkin genel ifadelere yer vermekte ve kamulaştırma konusunda gerek federal, gerekse federe devletler düzeyindeki yasal düzenlemeler açısından bir çerçeve oluşturmaktadır.

"Kamulaştırma sadece kamu yararı amacı ile yapılabilir. Kamulaştırma ancak kanun veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılabilir ve kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin şekil ve kapsamı kanun ile düzenlenir. Kamulaştırma bedeli kamu ve taraf menfaatlerinin hakkaniyet çerçevesinde bağdaştırılması yolu ile belirlenir. Kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargı makamları önünde hukuk yolu açıktır."

Bu düzenlemeye göre federal devletin önceden kamulaştırma bedelinin şekil ve kapsamını bir kanunla belirlemeden kamulaştırma yoluna gitmesi açıkça hukuka aykırı olur. Aynı şekilde kamulaştırma bedeline ilişkin gerekli hükümleri içermeyen kanunlar da federal anayasanın 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılıktan dolayı AYM tarafından iptal edilebilir. Kamulaştırmanın düzenlendiği maddede, bedelin ne şekilde tespit edileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Federal Anayasa, kanun koyucuya kamulaştırma bedeli konusunda hakkaniyete uygunluk kriterini uygulamaktan başka herhangi bir ödev yüklememiştir. İşte bu noktada Federal Anayasa'nın 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan mülkiyet hakkı da uygulama alanı bulmaktadır. Burada yer alan mülkiyet hakkı, kamulaştırma dolayısıyla mülkiyet hakkı elinden alınan kişilerin mülkiyetlerinden çıkan taşınmaz yerine bu taşınmaz için bir bedel alma hakkı şeklinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla kamulaştırma konusunda kanunların hakkaniyete uygun olmayan sembolik miktarlarda bir bedel ödenmesini öngörmeleri aynı zamanda anayasal mülkiyet hakkına da aykırı olacaktır.[34] Kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklarla sık-

[34]Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 593.

lıkla karşı karşıya kalan Alman Federal Yargıtayı, kanun koyucunun kamulaştırma bedelinin para cinsinden ödenmesi veya kamulaştırma bedelinin tespitinde piyasa değerin esas alınması gerektiğini öngördüğü ve kamulaştırma bedelinin gerçek değerin altında tutulması yoluna gitmediği durumlarda uygulanmak üzere bazı ilkeler geliştirmiştir. Buna göre kamulaştırma bedelinin miktarı konusunda özel bir kanuni düzenlemenin mevcut bulunmadığı durumlarda kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybı için tam bir tazminat, yani kamulaştırma konusu malın piyasa değerinin ödenmesi gerekir.[35]Alman Federal Yargıtay'ı kamulaştırma bedelinin kamulaştırma konusu hakkın sahibinin benzer nitelik ve değerdeki başka bir hakka tekrar sahip olmasına imkan verecek miktarda olmasını istemektedir.[36] Federal Yargıtay bazı kararlarında da kamulaştırma bedelinin kamulaştırma konusu hak ile eşdeğer olması gerektiğini ifade etmektedir.[37]

Federal Anayasa kural olarak kanun koyucuya, yapılacak bir kamulaştırma için ödenecek bedelin taşınmazın gerçek bedelinden az olması imkanını tanımaktadır. *Ancak uygulamada kanun koyucu kamulaştırma konusu ile ilgili yaptığı düzenlemelerde istisnasız bir şekilde kamulaştırma bedeli olarak gerçek bedelin, yani taşınmazın pazar değerinin ödeneceğini öngörmektedir*.[38] Buna örnek olarak Federal İmar Kanunu'nun*(Baugesetzbuch)* 93 üncü ve devamı maddeleri ile federe birimlerin yaptığı kanuni düzenlemeler gösterilebilir.[39] Aşağıda bu yasal ve federe devletlerde cari anayasalar düzenlemeler kısaca incelenecektir.

Federal düzenlemeler kapsamında kamulaştırma konusuna en sık rastlanan alanların başında imar hukuku gelmektedir. İmar hukuku ile ilgili en önemli yasal düzenleme en son 31 Temmuz 2009 tarihinde değişikliğe tabi tutulan Almanya Federal İmar Kanunu'dur.[40] Bu kanunun 1. kısmının 5. bölümünde kamulaştırma konusu düzenlenmiştir. Bu bölümün 1. alt bölümünde kamulaştırmanın ön şartları, 2. alt

35 Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 614.
36 Bundesgerichtshof, BGHZ 26, 373 vd.
37 Bundesgerichtshof, BGHZ 59, 250 vd, 258 vd.
38 AUST, Manfred / PASTERNAK, Dieter : Die Enteignungsentschädigung, 5. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2002. s. 96, Rn. 197.
39 Bkz. Aust, Die Enteignungsentschädigung, s. 96, Rn: 197, KREBS, Walter, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, De Gruyter Recht, Berlin 2003. s. 462, Rn. 169
40 Baugesetzbuch.

bölümünde kamulaştırma için ödenecek bedel ve 3. alt bölümünde ise kamulaştırma süreci düzenlenmektedir.

Federal İmar Kanunu'nun "Diğer Hükümler" başlığını taşıyan 3. kısmının 1. bölümünde değer tespiti hususu düzenlenmiş, yine bu bölümde yer alan ve "Pazar Değeri" başlığını taşıyan 194 üncü maddede pazar değeri, başka bir ifade ile piyasa değeri tanımlanmıştır. Kanunun 199 uncu maddesinin birinci fıkrası ile de Alman Federal hükümetine, Federal Konsey'in *(Bundesrat)* onayı ile pazar değerinin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin yönetmelikler çıkarma yetkisi verilmiştir. Alman Federal İmar Kanunu'nun 95 inci maddesi kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybının tazminini düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybı için ödenecek bedel kamulaştırma işlemine konu olan taşınmaz veya başka bir hakkın pazar değerine göre belirlenir. Pazar değerinin tespitinde ise idarenin kamulaştırma kararını aldığı tarih esas alınır. Pazar değerinin ne olduğu ise Alman Federal İmar Kanunu'nun 194 üncü maddesinde tarif edilmektedir. Pazar Değeri başlığını taşıyan 194 üncü madde şu ifadelere yer vermektedir: "*Pazar (piyasa) değeri, değer tespitinin yapıldığı sırada mutat ticari ilişkilerde hukuki olgu, gerçek nitelikler, taşınmazın veya değer tespitine konu olan başka bir hakkın diğer özellikleri ve yeri dikkate alınarak ve olağanüstü durumlar veya kişisel ilişkiler değerlendirme kapsamı dışında tutularak elde edilebilecek fiyat esas alınarak belirlenir.*" Federal İmar Kanunu'nun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında bilirkişi komisyonlarının görevleri açıklanmakta ve bilirkişi komisyonlarının binaların, arazilerin ve taşınmaza ilişkin diğer hakların pazar değeri hakkında raporlar düzenleyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm tüm değer tespitleri için geçerlidir. *Dolayısıyla bilirkişi komisyonlarının bu federal düzenleme kapsamındaki bir taşınmaz hakkında değer tespit raporu düzenleyeceği bütün hallerde pazar değeri esas alınacaktır.*[41] Tüm bu açıklanan nedenlerle imar hukuku alanında açıkça bir taşınmazın pazar değerinden bahsedilmediği, buna karşın sadece bir taşınmazın değerinden bahsedildiği hallerde dahi, taşınmazın değerinden kastın taşınmazın pazar değeri olduğu bilinmelidir.[42]

---

41 DIETRICH, Hartmut., Kommentierung zu § 194, Rn.5. in: Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Stand: 1. April 201

42 Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 194, Rn. 6.

Nordrhein-Westfalen Federe Devleti kamulaştırma ve kamulaştırma dolayısıyla ödenecek tazminat konusunu ayrı bir kanun ile düzenlemiştir. 20 Haziran 1989 tarihli Nordrhein-Westfalen Kamulaştırma ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Hakkında Kanunu[43] federe devlet tarafından yapılacak kamulaştırmalarda bedel ödenmesini zorunlu kılmakta[44] ve kamulaştırma süreci ve bedeli konusunda düzenlemelere yer vermektedir. Kamulaştırma ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Hakkında Kanun'un Hak Kaybı Dolayısıyla Ödenecek Tazminat[45] başlığını taşıyan 10 uncu maddesinin birinci cümlesinde kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin, kamulaştırma konusu taşınmaz veya diğer bir hakkın piyasa değeri, başka bir deyişle pazar değeri esas alınarak hesaplanacağı açık bir ifade ile hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise piyasa değerinin ne olduğu hususuna değinilmiş ve Alman Federal İmar Kanunu'nun yukarıda zikredilen 194 üncü maddesinde geçen ifadeler aynen tekrarlanmak suretiyle pazar değeri tanımlanmıştır.[46]

Bayern'de, Nordrhein-Westfalen'dakine benzer bir şekilde ayrı bir Kamulaştırma Kanunu[47] ile kamulaştırmanın şekli ve bedel tespiti konuları düzenlenmiştir. Bayern Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre kamulaştırma sonucu ortaya çıkan hak kaybı ve kamulaştırma sonucu ortaya çıkan diğer maddi olumsuzlukları karşılamak üzere ilgiliye kamulaştırma bedeli ödenir. Kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin nasıl tespit edileceği ise Bayern Kamulaştırma Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu madde de Nordrhein-Westfalen Kamulaştırma Kanunu'na paralel bir şekilde önce kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin pazar (piyasa) değeri olacağını tespit etmekte, daha sonra pazar değerini yine Alman Federal İmar Kanunu'nun 194 üncü maddesinde geçen ifadeleri aynen aktarmak suretiyle tanımlamaktadır.

---

43 Gesetz über Enteignung und Entschädigung für das Land Nordrhein-Westfalen.

44 Anılan kanunun 8. maddesi.

45 Entschädigung für den Rechtsverlust.

46 Alman Federal İmar Kanunu'nun 194'üncü maddesinde, *"Pazar (piyasa) değeri, değer tespitinin yapıldığı sırada mutat ticari ilişkilerde hukuki olgu, gerçek nitelikler, taşınmazın veya değer tespitine konu olan başka bir hakkın diğer özellikleri ve yeri dikkate alınarak ve olağanüstü durumlar veya kişisel ilişkiler değerlendirme kapsamı dışında tutularak elde edilebilecek fiyat esas alınarak belirlenir."*hükmü yer almaktadır.

47 Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung.

Alman İmar Kanunu, Nordrhein-Westfalen ve Bayern Federe düzenlemeleri incelendiğinde, kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığı olarak öngörülen bedelin taşınmazın "pazar değeri" olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

c. ABD Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değer

ABD hukukunda kamulaştırma bedeline ilişkin anayasal sürecin, yasal ilkelerin ve uygulamanın kısaca değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ne koloni döneminde, ne de devrim sonrası Amerika'da, devletin el koyduğu özel mülkiyete konu taşınmazlar için tazminat ödenmesi, genel kabul gören bir ilke değildi. İlk zamanlarda kraliyet yetkisine, sonraları ise cumhuriyetçiliğe dayanmak suretiyle tazminat ödemeksizin özel mülkiyete konu taşınmazlara el koyma sık rastlanan bir durumdu. Bağımsızlık sonrası dönemde cumhuriyetçilikten liberalizme geçiş siyasi dalgasının bir parçası olarak, el konulan özel mülkiyete karşılık olarak federal ve federe devletlerin adil bir tazminat ödemesi için de bir hareket başlamıştır.[48]

Adil tazmin şartı Federal Devletten önce eyaletlerin anayasalarında kendine yer bulmaya başlamıştır. 1777 Vermont Anayasası, 1780 Massachusetts Anayasası ile 1787 Northwest Nizamnamesi özel mülkiyete eyalet tarafından el konulması halinde adil bir tazminatın ödenmesini şart koşmuştur.[49] Adil tazminat şartının ABD Anayasası'nda yer edinmesi ise 1791 yılını bulmuştur. 1791 tarihli Anayasanın Beşinci Ek'inde "*Hiç kimse olağan kanun yolları dışında hayatından, özgürlüğünden ya da mülkünden yoksun bırakılamaz, özel mülkler adil bir tazminat ödenmeden kamu yararına alıkonulamaz.*" hükmüne yer verilerek kişilerin hayat, özgürlük ve mülkiyet hakları anayasal güvence altına alınmıştır.[50] Treanor, bu durumu, kamulaştırmada adil tazminat şartının liberalizmin tercümesi olarak Anayasa'ya dâhil edilmesi şeklinde ifade etmektedir.[51]

---

48 William Michael Treanor, "The Origins and The Original Significanece of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment", 94 Yale L.J. 694-716 (1985)

49 William Michael Treanor, s. 701

50 Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, "Compensation for Expropriation Under the Constitution", Dissertation presented for the degree of Doctor of Law at Stellenboch University, 2009, s. 167 http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/1078 (Erişim: 13/12/2012)

51 William Michale Treanor, s.694

ABD'de "just compensation" olarak ifade edilen adil bir tazminatın/gerçek karşılığın ödenmesi, herhangi bir taşınmazın kamu yararına kamulaştırılabilmesinin temel şartlarındandır ve bu konuda anayasal güvence sağlanmıştır. ABD'de geçerli olan içtihat hukukunda, adil tazminatla, malikin mülkiyeti yitirmesinden kaynaklanan zararının tamamen giderilmesinin amaçlandığı kabul edilmektedir.[52] Buna göre kamulaştırma işlemi olmasaydı finansal açıdan malik hangi durumda olacaksa kamulaştırma nedeniyle ödenecek tazminatın da kişiye finansal açıdan o durumu sağlaması gerekmektedir. Penn Central Transportatin Co. v City of New York davasında[53] Mahkeme, kamulaştırma işleminin "hakkaniyete uygun ve adil" olması gerektiğine, bunun da kamunun işlem/eylemleri nedeniyle sebep olduğu ekonomik zararların tazmin edilmesiyle mümkün olabileceğine hükmetmiştir.[54] Yüksek Mahkeme, bu durumu "*kamulaştırma nedeniyle malvarlığında eksilme olan kişinin kaybını adil bir karşılık ödemek suretiyle karşılamak*" olarak ifade etmektedir.[55]

Adil tazminatın gereklerinin, büyük oranda, hakkaniyete uygunluk ve eşitlik ilkelerine dayandığı kabul edilmektedir. Bu nedenle de adil tazminat kavramının, basit formüllere indirgenmesinin ya da bir kısım kurallarla sınırlandırılmasının uygun olmayacağı, olay bazlı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekteyse de olağan kamulaştırmalarda tazminatın nasıl hesaplanacağına dair usul ve esaslar 1974 tarihli Kamulaştırma Kanunu'nda belirlenmiştir. Kanun, kamulaştırma prosedürlerini, Anayasadaki adil tazminat hükmüyle de uyumlu olarak, basitleştirmeyi hedeflemiştir. Bu kanun esas itibariyle kamulaştırma işlemlerinin nasıl yapılacağını gösteren bir rehber şeklinde görülmelidir. [56]Adil tazminatın ana unsurlarına hakim olan ilkeler, 1974 tarihli Kanun'un 10 uncu maddesinde belirlenmiştir. 1001 sayılı fıkra malikin kamulaştırma halinde tazminata hak kazanacağını düzenlemekte, 1002 sayılı fıkranın (a) bendi de temel kural olarak, tazminatın ölçüsünün taşınmazın pazar/piyasa değeri olduğunu belirtmektedir. *Mahkeme içtihatlarıyla bilahare bu kural geliştirilmiş ve tazminatın hesap-*

52 United States v. Miller 307 US174 (1943)
53 438 US 104(1978)
54 Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, s. 181
55 United States v. 564.54 Acres of Land, 441 US. 506, 511 (1979)
56 Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, s.182

lanmasında kesin bir kriter olmadığı, ancak pazar değerinin adil bir standart olabileceği sonucuna varılmıştır. Adil tazminat, kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma tarihindeki serbest piyasada müzakere sonucu alınıp satılmasında kararlaştırılabilecek olan fiyatı olarak kabul görmeye başlamıştır. Kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadar geçen dönem için ödenecek faiz de adil tazminatın unsurlarından biri olarak yerini almıştır.

Kamulaştırma bedeli olarak tespit edilecek değer konusunda Yüksek Mahkeme'nin görüşü de önem kazanmaktadır. Yüksek Mahkeme, "pazar değeri"ni bir uzlaşma olarak görmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre bu değer, sadece mülk sahibinin değil onun dışındaki bireylerin de tercihlerini yansıtmaktadır. Bu yönüyle adil pazar değeri kuralı, "göreceli olarak objektif bir kural" olarak nitelendirilmektedir.[57]

Yukarda aktarılan düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme içtihatlarının ortaya koyduğu sonuç, kamulaştırılan taşınmazın adil/gerçek karşılığının "pazar değeri" olduğudur.

4. Kamulaştırma Bedeli Olarak Pazar Değeri

Kamulaştırma bedeli konusunda AİHM uygulaması, Almanya ve ABD hukuku kapsamında yapılan inceleme sonucunda, taşınmaz bedelinin adil/gerçek karşılığının "pazar değeri" olarak tespit edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede yanıtı aranması gereken soru, pazar değerinin uluslararası alanda kabul edilen anlamı ve ilkeleri bulunmakta mıdır, varsa bu ilkeler hangi organ ve uzmanlar marifetiyle uygulanmaktadır?

a. Pazar Değerinin Uluslararası Kabul Gören Anlamı

Pazar değeri açıklanırken, değerleme faaliyetinin bir profesyonel meslek olarak yürütüldüğü ve farklı uluslararası organizasyonlar tarafından pazar değeri konusunda teorik ve pratik ölçütler geliştirildiği hususlarını vurgulamak gerekmektedir.[58] Uluslararası düzeyde taşınmaz değerlemesi alanında aktif faaliyet gösteren ve bu konuda stan-

---

57 WYMAN, Katrina Miriam., "The Measure of Just Compensation", University of California, Davis (Vol.41:239) 2007. s. 254

58 ÖZEL, Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.199

dartlar geliştiren üç önemli kuruluş bulunmaktadır. Bunlar TEGoVA, RICS ve UDSK 'dır.[59] Uluslararası alanda değerleme standartlarının geliştirilmesi faaliyetlerinde bulunan en bilinen kuruluş International Valuation Standards Council veya Türkçe ismiyle Uluslararası Değerleme Standartları Komitesi'dir. UDSK'nın amacı ve görevi, uluslararası alanda kabul gören değerleme standartlarını geliştirmek, bu standartları yayımlamak ve her tür mülkün değer tespit sürecine ilişkin usul kurallarını oluşturmaktır. UDSK'nın başka bir görevi de değişik ülkelerde uygulanan değerleme standartlarını birbirleri ile uyumlu hale getirmek ve gerekli görüldüğü takdirde değerleme alanında faaliyet gösteren organizasyonların birbirlerinden farklı değerleme standartlarını yayımlamaktır.[60] UDSK Değerleme Standartları, SPK tarafından yayınlanan bir tebliğ nedeniyle Türk Hukuku açısından da bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.[61] Dolayısıyla, SPK'nın tebliği ile iç hukukumuz açısından da uygulanması esas olan Uluslararası Değerleme Standartlarındaki pazar değeri tanımı ve anlamını esas almak gerekmektedir.

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre pazar değeri şu şekilde tanımlanabilir:[62]"*Bir mülkün uygun bir pazarlamanın ardından birbirinden bağımsız istekli bir alıcıyla istekli bir satıcı arasında herhangi bir zorlama olmaksızın ve tarafların herhangi bir ilişkiden etkilenmeyeceği şartlar altında, bilgili, basiretli ve iyi niyetli bir şekilde hareket ettikleri bir anlaşma çerçevesinde değerleme tarihinde el değiştirmesi gereken tahmini tutardır.*"[63]

---

59 Schäffler World Association of Valuation Organisations (WAVO) (Dünya Değerleme Organizasyonları Birliği) adıyla değerleme alanında faaliyet gösterecek olan yeni bir organizasyonun kuruluş sürecinden bahsetmektedir. SCHÄFFLER, Günter., World Association of Valuation Organisations (WAVO), DS 2004. s. 37.

60 Barthel, Unternehmenswert: Die International Valuation Standards, DStR 2010, s. 2004. Bu konuda ayrıca bkz. Jung, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, Kommentierung der IFRS/IAS, Bohl / Riese / Schlüter (Hrsg.), § 6 Rn. 64, SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 110.

61 SPK tarafından 2006 yılında *Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ (Seri: VIII, No: 45)* adı altında bir tebliğ çıkarılmış ve Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.(06.03.2006 tarih ve 26100 sayılı Resmi Gazete)

62 Bu tanım RICS, TEGoVA ve Avrupa Birliği'nin pazar değeri tanımlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Bu konuda bkz. RICS, Wertermittlungsstandards der RICS, s. 51 vd, TEGoVA, European Valuation Standards, s. 15, Dietrich, in: Ernst / Zinkahn / Bielenberg / Krautzberger, § 194, Rn. 23.

63 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 56, 16.

Uluslararası değerleme standartlarına göre bir mülkün, bu arada bir taşınmazın pazar değerinden bahsedebilmek için çeşitli unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre bir taşınmazın pazar değeri belirlenirken öncelikle bu taşınmazın uygun bir pazarlama sürecinden geçtiği varsayımından hareket edilmelidir. Böyle bir pazarlama süreci, taşınmazın makul ölçüler çerçevesinde elde edilebilecek en iyi fiyat seviyesinden elden çıkarılmasını sağlamak üzere piyasaya en uygun şekilde sunulması anlamına gelmektedir. Pazar değerinden bahsedilebilmesi için, taşınmazın değerinin, uygun bir pazarlamanın ardından birbirinden bağımsız ve taşınmazı satın almaya istekli bir alıcı ile taşınmazı elden çıkarmaya istekli bir satıcı arasında yapıldığı varsayılan bir sözleşme çerçevesinde elde edilmesi gereken değere eşit olması gerekmektedir. Yani muhtemel bir sözleşmenin taraflarının satım işlemini gerçekleştirmek için yeterli motivasyona sahip oldukları, bu işlem için gönülsüz ve baskı altında olmadıkları ifade edilmek istenmektedir. Pazar değeri kavramında yer alan diğer bir unsur ise, muhtemel bir sözleşmenin taraflarının herhangi bir ilişkiden etkilenmeyeceğinin varsayılmasıdır. Buna göre yapıldığı veya yapılacağı varsayılan bir satım sözleşmesinin taraflarının sözleşme dışında yer alan herhangi bir ilişkiden etkilenmedikleri kabul edilmektedir. Yani alıcı ve satıcı arasındaki satım sözleşmesini olumlu veya olumsuz yönde etkileyecek bir ilişkinin olmadığı varsayımından hareket edilmelidir.[64]

Uluslararası değerleme standartlarında tarif edilen pazar değeri kavramında yer alan diğer bir unsur, aralarında satım sözleşmesi yapıldığı veya yapılacağı varsayılan kişilerin bilgili, basiretli ve iyi niyetli bir şekilde hareket ettikleri olgusundan hareket edilmesidir. Yani alıcı ve satıcının taşınmazın özellikleri, niteliği, fiili ve potansiyel kullanım alanları ve değerleme tarihi itibariyle piyasanın durumu hakkında makul ölçüler dahilinde bilgilendirildiği varsayılmaktadır. Ayrıca tarafların her birinin bu bilgilerle birlikte kendi çıkarları doğrultusunda en iyi fiyatı elde etmek amacıyla ve o an için var olan en iyi pazar bilgilerine göre hareket ettikleri varsayılmaktadır. Pazar değeri tanımında yer alan değerleme tarihi, pazar değerinin belirtilen tarihe özgü olduğunu göstermektedir. Piyasalar ve piyasa koşulları değişebildiğinden pazar değeri zamana göre değişiklik arz edebilmektedir. Bu nedenle bir ta-

64 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 57 vd.

şınmazın pazar değeri, o taşınmazın geçmiş veya gelecekteki değerini değil, değerleme anındaki fiili pazar durumunu yansıtacaktır.[65]

Pazar değeri bir taşınmazın önceden belirlenmiş bir değerini veya fiili satış fiyatını değil, tahmini ve varsayımsal bir tutarı ifade etmektedir. Bu husus pazar değeri tanımında yer alan, pazar değerinin taşınmazın el değiştirmesi gereken tahmini tutar olduğu ifadesi ile dile getirilmiştir. Yine aynı tanımda ifade edildiği gibi pazar değeri tahmini bir tutardan ibarettir. Burada tutar ile bir taşınmaz için ödenecek olan para cinsinden ifade edilen fiyat kastedilmektedir. Pazar değeri değerleme tarihinde piyasada makul ölçülerde elde edilebilir en olası fiyat olarak kabul edilir. Bu fiyat satıcı tarafından makul ölçüler çerçevesinde elde edilebilecek en iyi fiyattır ve aynı zamanda alıcının da makul ölçüler çerçevesinde ödeyebileceği en avantajlı fiyattır. Tahmini tutar belirlenirken özel değer veya tipik olmayan, özel durumlar veya şartlar nedeniyle artan veya azalan fiyatlar dikkate alınmamaktadır.[66]

b. Pazar Değerinin Tespitinde Temel Amaç olarak En Verimli ve En İyi Kullanım

Taşınmazlar üzerlerindeki tesislerden farklı olarak kalıcıdırlar ve özgün bir öneme sahiptirler. Taşınmazların kendine özgü özellikleri onların en uygun yararlılığını belirler. Taşınmazların kullanım şekilleri ve onların üzerlerinde yer alan tesisler taşınmazların değerini olumlu veya olumsuz yönde etkiler. İşte bir taşınmazın pazar değeri tespit edilirken bu hususlar da dikkate alınmalı ve mülkün en verimli ve en iyi kullanımı veya en olası kullanımı belirlenmelidir. En verimli ve en iyi kullanım pazar değerine dayalı değerlemelerin temel ve ayrılmaz bir parçası olup, taşınmazın değerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli etkendir. Bu nedenle taşınmaz değerlemelerinde öncelikle taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı veya en olası kullanımı tespit edilmeli, buna göre taşınmazın pazar değeri takdir edilmelidir.[67] Zira bir taşınmazın pazar değeri her zaman

65 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 57 vd.
66 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 56.
67 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 52, 124.

o taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım türüne göre belirlenir.[68] *En verimli ve en iyi kullanım bir taşınmazın mevcut kullanımının devamı niteliğinde olabileceği gibi bir başka alternatif kullanım türü de olabilir.*[69] En verimli ve en iyi kullanım belirlenirken mevcut piyasa koşullarında mümkün olan optimum kullanımı ortaya koyacak ve tamamen gerçekçi olacak şekilde hareket edilmelidir.[70]

En verimli ve en iyi kullanım kavramı, her ne kadar iki veya daha fazla sayıda taşınmaz arasında benzerlikler bulunsa dahi, bu taşınmazlar arasında taşınmazların kullanım şekilleri açısından önemli farklılıklarının olabileceği düşüncesine dayanmaktadır.[71] Bir taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı o taşınmazın fiziksel açıdan mümkün olan, yasal veya yasal açıdan izin verilebilir, finansal açıdan gerçekleştirilebilir ve değerlemesi yapılan mülkün en verimli ve en yüksek değere sahip olmasını sağlayan en makul ve olası kullanımıdır.[72] Bu nedenle bir taşınmaz değerlemesi yapılırken değerleme uzmanı o taşınmazın olası kullanım şekillerini de tespit edecektir. Ancak fiziksel ve finansal açıdan gerçekleştirilmesi mümkün olmayan, yasal olmayan veya yasal açıdan izin verilmesi ihtimal dahilinde bulunmayan kullanım en verimli ve en iyi kullanım olarak kabul edilemeyecektir. Bu bakımdan taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı esas alınarak değerleme yapılırken, değerleme uzmanı bu kullanım şeklinin belirtilen açılardan mümkün olup olmadığını da değerlendirmek durumundadır. ***Taşınmazın fiziksel, yasal ve finansal açılardan mümkün olan kullanım türlerinden hangisi o taşınmazı en yüksek değere ulaştırıyorsa, en verimli ve en iyi kullanım da işte o kullanım türü olacaktır.*** Taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım şekli belirlenirken taşınmazın mevcut durumu ve bu durumda yapılabilecek rehabilitasyon ve yenilemeler de değerleme uzmanı tarafından göz önünde bulundurulur.[73]

---

68 Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 194, Rn. 23a.

69 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 55.

70 Güngör, Gayrimenkul Değerlemesi ve Türkiye'de Sermaye Piyasalarında Gayrimenkul Ekspertiz Şirketlerine Yönelik Düzenlemeler Yapılmasına İlişkin Öneriler, s. 19.

71 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 117.

72 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 58, 111, 117 ve 262. Bu tanım TEGoVA tarafından da benimsenmiştir: TEGoVA, European Valuation Standards, s. 22, 92.

73 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17.

c. Pazar Değerini Tespit Edecek Olan Organ veya Uzmanın Nitelikleri

Değerleme faaliyetine ilişkin organlar öngören 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Yasası çeşitli değer tespit komisyonlarının oluşumunu öngörmüştür. Bu yasalarda öngörülen komisyonların mutlaka değerleme uzmanlarından oluşması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan düzenlemeyle, Değerleme Uzmanı bulunan yerleşim yerlerinde bilirkişi kurullarının değerleme uzmanlarından oluşması zorunluluğu getirilmiştir.[74] Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Değerleme Hizmeti Verecek Şirketlere ve Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, Türkiye'de değerlemeyi bir meslek olarak gören ve değerleme uzmanlarının niteliklerini belirleyen ilk düzenlemedir.[75]

Gayrimenkul Değerleme Şirketi, "*bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki muhtemel değerinin bağımsız ve tarafsız olarak, bu değeri etkileyen gayrimenkulün niteliği, piyasa ve çevre koşullarını analiz ederek uluslararası alanda kabul görmüş değerleme standartları çerçevesinde yazılı olarak raporlayabilecek düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi değerleme uzmanları vasıtasıyla takdir edilmesi konusunda faaliyet gösteren ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda ekspertiz kurumu olarak ifade edilen hizmet şirketi*" olarak tanımlanmıştır.[76] Gayrimenkul Değerleme Şirketlerinin, Anonim Şirket olmaları, esas sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olması, ödenmiş sermayelerini temsil eden hisse senetlerinin tamamının nakit karşılığı çıkarılmış olması, hisse senetlerinin tamamının isme yazılı olması, ödenmiş sermayesinin en az % 75'inin en az iki sorumlu de-

---

74 6.5.2012 tarihinde, 6306 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 2942 sayılı Kanunun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:
"*Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerleme kuruluşlarının isim ve adreslerini belirten listeler, her yıl ocak ayı içinde, ikinci fıkradaki mahkemelere bildirilmek üzere Sermaye Piyasası Kurulunca valiliklere gönderilir. Yeterli sayıda değerleme uzmanı bulunan yerlerde, 10 uncu maddede öngörülen değer tespitleri, bilirkişi sıfatıyla öncelikle Sermaye Piyasası Kurulundan lisanslı değerleme uzmanlarına, taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlara yaptırılır.*"

75 Seri VIII, 35 Nolu Tebliğ(12.08.2001 tarih ve R.G.24491)

76 Seri VIII, 35 Nolu Tebliğ, Madde 3

ğerleme uzmanına ait olması, sorumlu değerleme uzmanları ile birlikte en az beş adet değerleme uzmanını istihdam etmesi, faaliyetlerini sürdürebilmek için yeterli mekan, personel ve donanıma sahip olma niteliklerinin olması gerekmektedir.[77]

Değerleme uzmanı; bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların değerlemesini yapacak, gayrimenkul değerleme şirketleri tarafından istihdam edilen, şirketin faaliyet konusunu yakından ilgilendiren inşaat mühendisliği, harita ve kadastro mühendisliği, işletme, ekonomi, mimarlık ve şehir ve bölge planlaması gibi alanlarda asgari 4 yıllık üniversite mezunu ve gayrimenkul değerlemesi alanında en az 3 yıl tecrübesi olan ve SPK'nun lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kendilerine Değerleme Uzmanlığı Lisansı verilen kişiler şeklinde tanımlanmıştır.

Türkiye'de, Değerleme Uzmanı lisansı alınması için SPK tarafından yapılan sınavda başarılı olunması koşulu bulunmaktadır. UDSK tarafından tanınan bu lisansı alan uzmanların değerleme yetkisi uluslararası alanda kabul edilmektedir. Değerleme uzmanının nitelikleri hakkında bazı bilgiler verilmesi uygun olacaktır. Değerleme uzmanının akademik koşulları yukarda sayılmakla birlikte dürüstlük, gizlilik ilkesine uygun davranma ve tarafsızlık niteliklerine de sahip olması yönünde mesleki kurallar öngörülmüştür.[78] Değerleme uzmanının görevini mutlak bir bağımsızlık ve objektiflik içinde yerine getirmesi, ayrıca önceden belirlenmiş fikirleri ve sonuçları içeren bir görevi kabul etmemesi gerekmektedir.[79]

Kamulaştırma bedelini tespit eden bilirkişinin lisanslı değerleme uzmanı olmasının, uluslararası değerleme standartlarına uygun bir bedelin tespit edilmesini sağlama fonksiyonu bulunmaktadır. Ekonomi, matematik, imar mevzuatı ve UDSK ilkeleri konusunda belirli bir eğitim ve donanımı gerektiren değerleme faaliyetinin özel uzmanlığı olmayan mühendislik alanındakilere yaptırılması pazar değerine ula-

---

77 Ahmet AÇLAR/Hülya DEMİR/Volkan ÇAĞDAŞ, "Taşınmaz Değerleme Uzmanlığı ve Jeodezi-Fotogrametri(Harita) Mühendisliği" HKM Jeodezi, Jeoinformatik ve Arazi Yönetimi Dergisi www.hkmo.org.tr 2002/1 s.4(Erişim Tarihi: 28.08.2011)

78 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 19, 20, TDUB TUGDES Taslak Çalışması s.6-7

79 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 20(4.4.1-4.4.2)

şılmasını engelleyen sonuçlar doğurabilmektedir. Bu çerçevede Türk Kamulaştırma Hukukundaki uygulamanın kısaca değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

IV. TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDAKİ UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamulaştırma işleminin satın alma süreci sonunda uzlaşmayla sonuçlanmaması halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10unci maddesi gereğince, idare tarafından "kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili" davası açılır. Bu dava esas itibariyle, kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığının tespit edildiği yargısal süreçtir. Bu süreç, kamulaştırmaya konu taşınmaz malikine taşınmazının gerçek karşılığının yani pazar değerinin ödenmesi ile sonuçlanmalıdır.

1. Kamulaştırma Bedelini Tespit Eden Organların Değerlendirilmesi

Pazar değerinin kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığı olduğu tespit edildikten sonra, pazar değerinin öncelikle hangi uzmanlarca tespit edilmesi gerektiği ve uygulamadaki durumun nasıl olduğu üzerinde durulmalıdır. Yukarda izah edildiği üzere, uluslararası standartlara ve ilkelere uygun bir değerleme yapılabilmesi için Lisanslı Değerleme Uzmanlarınca bu teknik sürecin yürütülmesi esas olmalıdır. Türk Kamulaştırma Hukukunda, idari bedel tespit sürecinde(satın alma süreci), değerleme faaliyetini yürütenlerin "mühendis" olması koşulu bile bulunmamaktadır.*(2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesi)* Bunun sonucunda tespit edilen kamulaştırma bedellerinin taşınmazların pazar değeri olduğunu söyleyebilmek olanaksız hale gelmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15inci maddesi gereği oluşturulan bilirkişi kurulları konusunda yakın tarihli bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, değerleme uzmanı bulunan yerleşim yerlerinde bilirkişi kurullarının SPK lisanslı değerleme uzmanlarından oluşması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme sorunları çözebilmiş değildir.[80]

[80] 6.5.2012 tarihinde, 6306 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 2942 sayılı Kanunun 15 inci maddesine, bilirkişi kurulunun gayrimenkul değerleme uzmanlarından seçi-

Gayrimenkul değerleme uzmanı bulunmayan yerleşim yerlerinde, değerleme faaliyeti SPK lisansı olmayan mühendisler marifetiyle yürütülmektedir. Kaldı ki, aşağıda da izah edileceği üzere gayrimenkul değerleme uzmanlarının uygulaması gereken uluslararası kabul görmüş ölçütler ve ilkeler yerine, Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesindeki hükümler ve Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. SPK lisanslı değerleme uzmanının uyum sorunu nedeniyle değerlendirmede zorluklarla karşılaşması muhtemeldir. Değerleme konusunda mevzuatın entegrasyonu sağlanabilmiş değildir.

2. Kamulaştırma Kanunu'nun Değerleme İlkelerinin Değerlendirilmesi

UDSK standartları ve ilkeleri ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesindeki değerleme ilkeleri arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Kamulaştırma bedelinin lisanslı değerleme uzmanı tarafından belirlenmesi halinde dahi, uzmanın uygulayacağı mevzuatın sınırları nedeniyle "pazar değeri"nin tespiti güçleşecektir. Herşeyden önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun değerlemeye ilişkin direktifleri Uluslararası değerleme standartlarına aykırılık taşımaktadır. Bu sorunun mevzuatta yapılacak olan düzenlemeyle aşılması gerekmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesinde yer alan değerleme ölçütlerinden bazılarının UDSK standartları ve ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Kamulaştırılan arazinin "olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek" net gelirinin tespitine yönelik sınırlama, Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesinde yer almakta ve arazi maliklerinin gerçek karşılık hakkına ulaşmasını engelleyen bir nitelik taşımaktadır. Bu ölçüt, gerçek karşılık ilkesi açısından en önemli yasal sınırlamalardan biridir. Bu esas uyarınca, kamulaştırılan arazinin değeri, arazinin kamulaştırma tarihinde mevcut kullanım biçimine göre tespit edilecektir. Yargıtay, "arazinin olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri" ölçütünü oldukça kapsamlı bir sınırlama ölçütü olarak kullanmaktadır. Bağ olarak kullanılan bir arazide "yaş üzüm" olarak

leceğine dair hüküm eklenmiştir:

değerleme yapılması gerektiğinden bahisle, "kuru üz**üm" olarak değerleme yapılması** bozma gerekçesi yapılmıştır.[81] Bir başka kararında zeytin ağaçlarının bulunduğu bir arazide, zeytin olarak hesaplama yapılması gerektiği gerekçesiyle, zeytinyağı olarak hesaplama yapılmasını bozma nedeni saymıştır.[82] Ayrıca, Yargıtay başka bir kararında, arazinin mevcut hali itibariyle çakıllı olması durumunda, ıslah edilmesine yönelik masraflar düşülerek ulaşılan değerin yasaya aykırı olacağına hükmetmiştir.[83] Arazinin tarıma elverişli hale gelmesi için masraf yapılmasının, olduğu gibi kullanılma kriterine aykırı olduğu ve çakıllı olan bir taşınmazın bir değer taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır

Yargıtay, bazı kararlarında, arazinin "olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirine" ulaşan bilirkişi raporlarına dayalı mahkeme kararlarını da denetime konu etmektedir. Örneğin "kültür tatlı su balığı" yetiştirilen bir taşınmazın kamulaştırılması üzerine, balığın arazinin doğrudan ürünü olmadığı gerekçesiyle, taşınmazda tarım yapılmamasına rağmen, zeminin tarla olarak değerlendirilmesi yönünde bozma kararı vermiştir.[84] Bu kararıyla zemini balık yetiştirme çiftliği olan yerin tarla olarak değerlendirilmesi yönünde direktif vererek, "olduğu gibi kullanılma" ölçütüyle çelişen bir karar verilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalara göre taşınmazın kum ya da çakıl ocağı olarak nitelenebilmesi ve değerlenebilmesi için işletme ruhsatının olması gerektiğine dair içtihatları da dikkat çekicidir. Yargıtay kararlarında işletme ruhsatı olmayan kumluk ve çakıllık arazilerin, tarım arazisi olarak değerlenmesi yönünde direktif verilmektedir.[85] Bu kararlarda, taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirin tespit edilmesiyle çelişen bir uygulamaya yol açıldığı açıktır.

Arazi niteliğinde sayılan ve şehrin genişleme yönünde yer alan bir kısım taşınmazların, tarla olarak kullanılmamasına rağmen, tarla olarak değerlenmesi sonucunda malik aleyhine değerlere ulaşılabilmektedir. Mülkiyet hakkının kamulaştırma sürecindeki koruma alanı olarak nitelediğimiz "gerçek karşılık" ilkesinin, 2942 sayılı Kamulaş-

81 YARGITAY 18.HD. E.2002/11735, K.2003/99., T.20.1.2003
82 YARGITAY 18..HD., E.2003//2006, K.2003/2292 ve T. 25.3.2003
83 YARGITAY 18.HD. E. 1994/16014.K. 1995/496 ve T. 23.1.1995
84 YARGITAY 18. HD. E.1998/11011, K. 1998/12863 ve 19.11.1998
85 YARGITAY 18.HD. E. 1993/11683. K. 1994/286 ve T. 20.1.1994 ile YARGITAY 18.HD. E.1992/9643. K.1992/10123 ve T.23.10.1992

tırma Kanunu metninde kavram olarak yer almadığına değinilmişti. Kamulaştırma süreci sonucunda, malike ödenmesi amaçlanan gerçek karşılığın belirlendiği yasal esaslar bu açıdan önem kazanmaktadır.

Yasal ilkelerin uygulamaya yansıma biçimi Yargıtay kararları ile gözlendiğinden bazı örnek kararların incelenmesi gerekmiştir. Bu kararlarda, yasal direktiflerin mülkiyet hakkını koruma yönünde yorumlanmadığı ve malik aleyhine yorumlandığı görülmektedir. Özellikle taşınmazın gerçek karşılığı olan pazar değerine ulaştıran *"taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimi"* ölçütü[86] ile *"taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net geliri"* kriteri çelişmektedir. Türk Kamulaştırma Hukuku ve uygulamasında, taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimini esas alan değerleme yöntemi uygulanmadığı gibi, değer arttırıcı niteliği olan bazı taşınmazların olduğu gibi kullanılması kriteri de uygulanmayabilmektedir.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamında birçok ekonomik ve sosyal hakkın yer aldığı belirtilmelidir. Bu ekonomik haklardan biri olan ve "gerçek karşılık hakkı" olarak nitelediğimiz bireysel hakkın karşılaştırmalı hukuk esas alınmak kaydıyla hukuksal çerçevesinin belirlenmesine çalışılmıştır. Kamulaştırma işleminin aynı zamanda bir değerleme faaliyeti olduğu vurgusu yapılarak, gerçek karşılık ve değer ilişkisinin malik açısından oluşturduğu güvencenin tespiti yapılmıştır. Gerçek karşılık hakkının en önemli güvencesinin, taşınmazı kamulaştırılan malike taşınmazının "pazar değeri"nin ödenmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda pazar değerini tespit edecek olan uzmanların niteliği önem arz etmektedir. Türk Kamulaştırma Hukukunda, değerleme faaliyetini yürüten organların kısa bir değerlendirmesi yapılmış ve gerekli yetkinliğe sahip olmayanlarca yürütülen bedel tespit sürecinin malik aleyhine sonuçlar doğurduğu gözlenmiştir. Kamulaştırmanın idari bedel tespit süreci ile adli yargı sürecinde görevlendirilenlerin, SPK lisanslı gayrimenkul değerleme uzmanlarından oluşması gerekmektedir. Bunun sonucunda, değerleme faaliyetinin Uluslararası değerleme standartlarına uygun yürütülmesi sağlanabile-

86 SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 52, 124

cektir. Yargıtay'ın bilirkişi kurullarına yönelttiği yasal dayanağı olmayan ve talimat niteliğindeki direktiflerinin önlenmesi değerleme faaliyetinin yetkin uzmanlarca yürütülmesi halinde mümkün olabilecektir. Yargıtay'ın hukuki değerlendirmeyle sınırlı denetimi dışında, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği (TDUB)un oluşturacağı bir üst kurul tarafından değerleme raporlarının denetlenmesi sağlanabilecektir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesindeki değerleme ölçütlerinin, UDSK standartlarına ve değerleme ilkelerine uyumlu olmadığı gözlenmiştir. Bu kapsamda, SPK lisanslı değerleme uzmanlarının uygulaması gereken ilkeler arasındaki mevzuattan kaynaklanan çelişkilerin giderilmesi gerekmektedir. Yukarda örnek olarak incelenen "taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirinin tespiti" ölçütünün, UDSK'nın pazar değeri kriteri olarak belirlediği "taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimine göre değerinin belirlenmesi" kriteriyle bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca, Kamulaştırma Kanunu'nun 11.inci maddesinde belirlenen, taşınmaza ilişkin "*ilerisi için düşünülen kullanım biçiminin neden olacağı karın dikkate alınmayacağına*" ilişkin hüküm Yargıtay tarafından geniş yorumlanmakta ve pazar değerinin tespitini güçleştirmektedir.[87]

Taşınmaz değerlemesi konusunda farklı yasal düzenlemeler arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi ve belirlenen yasal ölçütlerin UDSK standartlarına uygun olması elzemdir. Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesi farklı mülklerin değerlemesinde kullanılan tek düzenlemedir. Bu madde farklı türlerdeki mülklerin değerlemesinde yetersiz kalmaktadır. Arsa, tarım arazisi, yapı, fabrika ve diğer ticari tesislerin değerlemesinde uygulanacak ilke, yöntem ve ölçütleri ayrıntılı olarak düzenleyecek bir "Değerleme Kanunu" olmalıdır. Bu kanuni düzenlemenin bankacılık, vergi ve kamulaştırma değer tespitlerinin tamamında uygulanacak bir kapsamda olması, denetim ve uygulama birliğini sağlayacaktır. Teknik ve bilimsel yöntemlerin uygulanmasını gerektiren "değerleme faaliyetine" ilişkin bir kanunun bulunmaması

87 Yargıtay, örnek bir kararında; enerji nakil hattı geçirilmek suretiyle irtifak kamulaştırmasına konu olan taşınmazdaki inşaat alanının küçülmesi ve proje değişikliği nedeniyle oluşacak zararı, "ilerisi için düşünülen kullanım biçiminin neden olacağı kar"olarak nitelemiştir. (YARGITAY 5. HD, E.2005/3042 ve K.2005/6303 T.31.5.2005(KAZANCI HUKUK PROGRAMI CD) Benzer kararlar için Bkz. ÖZEL., Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.301-305.

nedeniyle oluşan boşluk, Yargıtay'ca görev ve yetki alanında olmayan konularda "değerleme ölçütleri" geliştirilmek suretiyle doldurulmaktadır. Ne yazık ki, Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler, pazar değeri ilkelerine aykırılıklar taşımaktadır. Yerel mahkemelere ve bilirkişi kurullarına yöneltilen talimat niteliğindeki Yargıtay kararlarının, bilimsel ve teknik açıdan değerleme uzmanını sınırladığı tespiti yapılabilir. Yargıtay kararlarıyla geliştirilen bu sınırlamaların maliklerin gerçek karşılık hakkına ölçülülük ilkesine aykırı şekilde müdahale edilmesi sonucunu doğurduğu gözlenmiştir.

KAYNAKLAR

AÇLAR, Ahmet/DEMİR, Hülya/ÇAĞDAŞ, Çağdaş., «Taşınmaz Değerleme Uzmanlığı ve Jeodezi-Fotogrametri(Harita) Mühendisliği", HKM Jeodezi, Jeoinformatik ve Arazi Yönetimi Dergisi www.hkmo.org.tr 2002/1 s.4(Erişim Tarihi: 28.08.2011)

ALGAN, Bülent., *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yay. Ankara, 2007.

ALLEN, Tom., *The Autonomous Meaning of Possesions under the European Convention on Human Rights* (The Modern Studies in Property Right., v.2., Ed. Elizabeth Cooke., Oxford: Hart 2003)

AUST, Manfred / PASTERNAK, Dieter., *Die Enteignungsentschädigung*, 5. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2002.

AYDOĞDU, Emine., *Teşkilatı Esasiye'den Günümüze Anayasalar*, Palme Yayıncılık, Ankara 2005.

BARTHEL, Carl W., *Unternehmenswert: Die International Valuation Standards*, DStR 2010, s. 2003 - 2007.

CARSS, Frisk - Monica., *Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001.

DIETRICH, Hartmut., Kommentierung zu § 194, in: Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Stand: 1. April 2010.

DİNÇ, Güney., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB Yay. Ankara 2007.

DU PLESSİS, Wilhelmina Jacoba (Elmien)., "Compensation for Expropriation Under the Constitution", Dissertation presented for the degree of Doctor of Law at Stellenboch University, 2009 http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/1078 (Erişim: 13/12/2012)

GEMALMAZ, Burak., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul 2009.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* Turhan Kitabevi Üçüncü Bası, Ankara 2002.

GÜNDAY, Metin., İdare Hukuku, 10.Baskı İmaj Yayınları, Ankara 2011.

GÜNGÖR, Eser., *Gayrimenkul Değerlemesi ve Türkiye'de Sermaye Piyasalarında Gayrimen-*

kul Ekspertiz Şirketlerine Yönelik Düzenlemeler Yapılmasına İlişkin Öneriler, Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999, Yayımlandığı internet adresi: http://www.spk.gov.tr/yayingoster.aspx?yid=470&ct=f&action=displayfile&ext=.pdf

JUNG, Hendrik, § 6. Als Finanzinvestition gehaltene Immobilien, in: Bohl, Werner / Riese, Joachim / Schlüter, Jörg (Hrsg.), Beck'sches IFRS-Handbuch, Kommentierung der IFRS/IAS, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009.

KABOĞLU, İbrahim Özden., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitapevi, İstanbul 2002.

KREBS, Walter, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, De Gruyter Recht, Berlin 2003.

Meyer-Ladewig, Jens., Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006.

ÖZEL, Sadullah, *Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma* (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2013.

PAULİAT, Hélène., "Mülkiyet Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliğ I, TBB Yay., Ankara 2003.

Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS), Wertermittlungsstandarts der RICS, Deutsche Ausgabe, Ausgabe 6, Stand: 1 Januar 2008, Esere şu adresten de ulaşılabilir: http://www.conca-gutachten.ch/fileadmin/pdf/RICS_red_book_deutsch.pdf (08.03.2011).

SARI, H.Gürbüz., *A.İ.H.S. 1.Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, Beta Yay. İstanbul 2006.

SCHÄFFLER, Günter., World Association of Valuation Organisations (WAVO), DS 2004.

Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ, Seri No:VIII, No:45.

STOLKER, C.J.J.M, *In search of the importance of article 1 Protocol No 1 ECHR to Private Law*, Leiden University Press 2000.

The European Group of Valuers' Associations (TEGoVA), http://www.tegova.org/en/ (08.03.2011).

The European Group of Valuers' Associations (TEGoVA): European Valuation Standards, Sixth Edition, Belgium, 2009: http://www.tegova.org/en/p49ccff9f14ad1 (08.03.2011).

TREANOR, William Michael., "The Origins and The Original Significanece of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment", 94 Yale L.J. 694-716 (1985)

Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği(TDUB), "Türkiye Gayrimenkul Değerleme Standartları (TUGDES) Taslak Çalışması" http://www.tdub.org.tr/images/pdf/tugdes_taslak_metni.pdf (Erişim:09.03.2013)

WYMAN, Katrina Miriam., "The Measure of Just Compensation", University of California, Davis (Vol.41:239) 2007.

ZEVKLİLER, Aydın., "Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, AÜHF Yayınları, Ankara 1977.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:EN:HTML

(Erişim:05.04.2013)

http://www.joinricsineurope.eu/ (Erişim:08.03.2013)

ÖRNEK BİR KARAR IŞIĞINDA 6384 SAYILI YASANIN KAPSAMI ve ETKİN SONUÇ SAĞLAYIP SAĞLAYAMAYACAĞI*

IN THE LIHGT OF AN EXEMPLARY VERDICT, CONTENT OF THE LAW NUMBER 6384 AND İS İT GOING TO PROVIDE EFFICIENT RESULT OR NOT?

Sevgi evrensel, kin ise bölgeseldir.
Sevgi içinde ol ve evrenselleş.
Ahmet Erol

Ahmet EROL**

Özet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yetki alanındaki ülke uyruğundaki kişilerin kendi ülkelerindeki iç hukuk yollarını tüketmelerine karşın, haklarını alamadıkları ya da adaletin istenilen etkinlikte çözüme kavuşturulamadığı durumlarda başvurulan uluslararası bir yargı yeri niteliğindedir.

Türkiye Cumhuriyeti, AİHM'deki yüksek dosya sayısını aşağı çekerek Türkiye'nin saygınlığını sağlamak amacıyla 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'u yürürlüğe koymuştur.

6384 sayılı Yasanın 2'nci maddesinde yasanın kapsamı hükme bağlanmıştır. Bu kapsam içinde kararlarını oluşturacak Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan komisyonun etkin sonuç verip vermeyeceği, ***adil yargılama*** ve ***hukuki tatmin ilkelerine*** uygun karar verip veremeyeceği hususları komisyonun vermiş olduğu bir kararın ışığında irdelenecektir.

Anahtar Sözcükler: 6384 sayılı Kanun, AİHM, AİHS, adil yargılama, hukuki tatmin.

Abstract: European Court of Human Rights is an international court which is applied by the citizens in its jurisdiction when they end their internal judgements and they don't take their rights or think results are not satisfying.

---

* Bu yazıda yer alan görüşler tümüyle yazarına ait olup, hiçbir biçimde yazarın görev yaptığı kurumu, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz; yazarın görev yaptığı kurum ve üniversitelerin görüşü olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez. Yazıdaki tüm hata ve eksikliklerden yazarı sorumludur. Bu konularda doğrudan yazarına görüş, öneri ve soru yöneltilebilir. E-mail: ahmeterol@superonline.com

** Doç. Dr., T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi. T.C. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.Öğretim Üyesi, CFE, CPA

Turkish Republic legislated a law number 6384 " About solving the frictions, applied to European Court of Human Rights, by paying compensation" to increase the Turkey's prestige by decreasing the numbers of files in the European Court of Human Rights .

The second article of the Law number 6384 rules the content. This study is going to examine the efficiency, the fair justice and the principle of fair justice in the light of decision given by the commision which is set up in the ministry of justice.

Key Words: Law No:6384, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights.

1. KONU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yetki alanındaki ülke uyruğundaki kişilerin kendi ülkelerindeki iç hukuk yollarını tüketmelerine karşın, haklarını alamadıkları ya da adaletin istenilen etkinlikte çözüme kavuşturulamadığı durumlarda başvurulan uluslararası bir yargı yeri niteliğindedir.

Henüz kesin olmayan verilere göre 2012 yıl sonu itibariyle AİHM'e yapılan başvuru sayısının 136.000 dolaylarındadır. Bu başvuruların ilk sırasında yaklaşık 30.000 (% 22) dosya ile Rusya yer almaktadır. Rusya'yı 18.000 (% 13) başvuru ile Türkiye izlemektedir[1]. Türkiye'de yapılan başvuruların ağırlıklı bölümünü yargılama sürecinin uzunluğuna yönelik davalar ile yargı yerlerinde verilmiş olan hükümlere icra organlarının uymaması oluşturmaktadır[2].

Türkiye Cumhuriyeti, AİHM'deki yüksek dosya sayısını aşağı çekerek Türkiye'nin saygınlığını sağlamak amacıyla 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'u yürürlüğe koymuştur[3].

---

1 http://www.haberlink.com/haber.php?query=81567(Erişim:21.01.2013).

2 EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümü", Lebib Yalkın Dergisi, Mayıs 2013, Sayı 113, ss.9-14.

3 19.01.2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

6384 sayılı Yasa'nın 2 ve 9'uncu maddelerinin çeşitli yollardan Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş[4] ve bu konulara yönelik olarak ana muhalefet partisi CHP de Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu istemi yerinde görmemiş ve geri çevirmiştir[5].

Anılan yasanın 2'nci maddesinde kapsamı hükme bağlanmıştır. Bu kapsam içinde kararlarını oluşturacak komisyonun etkin sonuç verip vermeyeceği, ***adil yargılama*** ve ***hukuki tatmin ilkelerine*** uygun karar verip veremeyeceği hususları irdelenecektir.

2. KONUNUN ANALİZ ve DEĞERLENDİRMESİ

6384 sayılı yasanın 2'nci maddesi aynen şöyledir:

"(1) Bu Kanun;

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı,

b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği,

iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsar.

(2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan haklara ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları doğrultusunda Ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarının yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca teklif edilecek diğer ihlal alanları bakımından da Bakanlar Kurulu kararıyla bu Kanun hükümleri uygulanabilir.

(3) İdari nitelikteki soruşturmalardan kaynaklanan başvurular hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz."

---

4 EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunun Anayasaya Aykırılığı", Lebib Yalkın Dergisi, Temmuz 2013, Sayı 115, ss.19-23.

5 Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013 tarih ve 1013/34 sayılı Kararı.

Yasanın yukarıda tamamı verilen ikinci maddesi, Adalet Bakanlığı nezdinde kurulacak komisyonun karar alanını belirlemektedir. Söz konusu komisyon, yasada belirtilen tarihe kadar (23.09.2012 tarihine) AİHM tarafından kayıt edilmiş bireysel başvuruları kabul edecek ve yasanın 2'nci maddesi çerçevesinde de karara bağlayacaktır.

Komisyonun yetkisine ne yazık ki sadece iki konu girmektedir. Bunlar:

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı,

b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği,

hususlarıdır.

Yasanın etkin sonuç verip vermeyeceğinin, Adalet Bakanlığı nezdinde kurulmuş ve 20.02.2013 tarihinden itibaren çalışmaya başlamış komisyonun adil yargılama ve hukuki tatmin ilkelerine uygun kararlar verip veremeyeceğini sonuçlanmış bir örnek olay ve kararla irdelemekte yarar görmekteyiz. Bu kapsamda T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı'nın 01.07.2013 tarih ve 2013/233 sayılı Kararı ışığında analiz edilecektir.

"Olay ve Olgular

4. Müracaata konu olay ve olgular, dosyada mevcut olan bilgi ve belgelere göre aşağıdaki gibi özetlenebilir:

5. Müracaat eden ……, vekili aracılığıyla 1264 sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun'un 9/1. maddesi gereğince 2001-2002-2003 ve 2004 yıllarına ait kendisine ödenmesi gereken 7764, 75 TL ikramiyenin ödenmemesi nedeniyle 19.10.2004 tarihinde ……. Müsteşarlığına başvurmuş, kurumun 09.11.2004 tarihli cevabi yazıyla talebi reddetmesi üzerine müracaat eden, İstanbul 1. İdare Mahkemesine dava açmıştır.

6. İstanbul 1. İdare Mahkemesi 14.12.2006 tarih ve 2005/… Esas-2006/… Karar sayılı ilamı ile davayı reddetmiş, karara karşı temyiz yoluna gidilmiş, Danıştay 11. Dairesi 30.12.2009 tarih ve 2007/… Esas-

2009/… Karar sayılı ilamı ile temyiz talebinin reddine karar vermiş, karara karşı karar düzeltme yoluna gidilmiş, aynı dairenin talebi reddetmesi üzerine karar, 21.02.2012 tarihinde kesinleşmiştir.

7. Müracaat eden, AİHM önünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesine dayanarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle, yukarıda belirtilen yargılamada, ulusal yargı organları önünde görülmekte olan davasının makul sürede sonuçlandırılmadığından şikâyet etmiştir.

8. Müracaat eden son olarak, Komisyona sunduğu dilekçesinde davasının makul sürede sonuçlandırılmadığından şikâyetçi olmuştur.

Müracaat Edenin Şikâyetine İlişkin Hukuki Değerlendirme

a) Kabul Edilebilirliğe İlişkin Hukuki Değerlendirme

Dosyanın incelenmesinden, müracaat edenin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin şikâyeti AİHS'nin 35. Maddesinde öngörülen kabul edilebilirlik koşullarını karşıladığı saptanmış olup, 6384 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan bir ret sebebinin de bulunmadığı anlaşılarak işin esasına geçilmiştir.

b) Esasa İlişkin Hukuki Değerlendirme10

10. Komisyon, 19.10.2004 tarihinde, müracaat edenin kuruma başvurarak ikramiyesinin ödenmesi talebiyle başlayan idari yargılamanın 21.02.2012 tarihinde kesin olarak sonuçlandığını tespit etmiştir. Dolayısıyla başvuruya konu idari yargılama çift dereceli olarak 7 yıl 4 ay 2 gün sürmüştür.

11. AİHM bir yargılama süresinin makul olup olmadığını değerlendirirken; her olayın kendine özgü koşulları, özellikle davanın karmaşık olup olmadığı, başvurucunun yargılama süresince gösterdiği tavır ve davranışlar, kamu otoritelerinin ve özellikle de yargılama organlarının tutumları, davanın başvurucu açısından taşıdığı önem ve eğer söz konusu yargılama bir ceza yargılaması ise, başvurucunun tutuklu olup olmadığı gibi ölçütleri dikkate alarak karar vermektedir (özellikle bkz. Pélissier ve Sassi/Fransa[BD]ş no.25444/94, 25 Mart 1999, 67; Frydlendler/Fransa[BD], no.30979/96, 27 Haziran 2000, 43; Kalachnikov/Rusya, no.47095/99, 15 Temmuz 2002, 125 ve 132).

12. Bir yargılamanın adil olabilmesi için sadece verilen hükmün isabetli olması değil, aynı zamanda yargılamanın da makul sürede bitirilmesi gerekir. Uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi hakkın gerçek sahibine bir an önce teslimini sağladığı gibi diğer tarafın da mağdur olmasını engeller.

Makul sürede yargılama hakkı, AİHS'nin 6/1. maddesinde "*Herkes davasının … bir mahkeme tarafından …* ***makul süre*** *içerisinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*" İfadesiyle, T.C. Anayasası'nın 141. maddesinde ise "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" Denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir.

Ancak her dava konusu ve her olay için geçerli, her ihtimali kapsayan standart bir "makul süre" belirlemek oldukça zordur. Her olay kendi içinde ele alınıp, makul sürenin somut duruma göre tespit edilmesi gerekmektedir. (Dobertin/Fransa, 25.02.1993, 39.)

13. Müracaata konu iş bu dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında: AİHM'in makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yerleşik içtihatları, olayın kendine özgü koşulları, yargılamanın uzamasında müracaat edene yüklenebilecek herhangi bir kasıt veya kusurun bulunmaması, davanın müracaat eden açısından taşıdığı önem birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu yargılama süresinin makul olmadığı anlaşılmış olup, somut olayda müracaat edenin ***"makul sürede yargılanma hakkı"*** ihlal edilmiştir.

Açıklanan gerekçelerle müracaat edenin talebinin kabul edilerek tazminata hükmedilmesine aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

Karar

Tarafı olduğu idari yargılamanın uzunluğunun makul olmadığı anlaşıldığından ***makul sürede yargılanma hakkı*** ihlal edilen müracaat sahibine;

1. AİHM'in uzun yargılanma konusundaki yerleşik içtihatları göz önüne alınarak, hakkaniyet ölçüsünde ve takdiren **4.150.-TL**'nin 6384 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince **TAZMİNAT OLARAK ÖDENMESİNE**,
2. 6384 SAYILI Kanun'un 2. maddesi gereğince, Komisyonumuz yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması ile mahkeme

kararlarının icra edilmemesine yönelik iddiaları incelemekle yetkili olduğundan, dilekçede yer verilen AİHS'nin bunlar dışındaki maddelerine ilişkin ihlal iddiaları hakkında yetkisizlik nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına,

3. Müracaat edenin iş bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz hakkının bulunduğuna,

4. Hükmedilen tazminat miktarının, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenmesine,

5. Komisyonun kesinleşen kararının bir örneğinin 6384 sayılı Kanun'un 8/1'inci maddesi gereğince müracaata konu işlemin yapıldığı İstanbul 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine,

01.07.2013 tarihinde ***oybirliğiyle*** karar verildi."

Takdir edilen tutar dışında, verilen karar 6384 sayılı Yasanın lafzına uygun; ancak ruhuna uygun değildir. AİHM nezdindeki Türkiye'nin görünümünü düzeltmek amacıyla çıkarılmış bir yasanın kapsamının hukuken gasp edilen hakları kapsamayacak şekilde düzenlenmesi unutmak veya konuyu düşünmemekle izah edilemez. Yasanın lafzına uygun hareket eden komisyonun, dosya kabulü sırasında ve tazminat takdirinde yasanın ruhunu kavrayamadığı açık olarak görünmektedir.

Adalet Bakanlığı nezdinde 6384 sayılı Yasa ile kurulmuş olan komisyonun bu karardaki veya başka kararlardaki hatalı tutumu, tam olarak (kül halinde) yasa kapsamına girmeyen AİHM başvurularının kabul edilmiş olmasıdır. Komisyon, 6384 sayılı Yasa'nın 2'nci maddesindeki kapsam içinde olan dosyaları kabul edip, karara bağlaması gerekirken, 2e3.09.2012 tarihine kadar AİHM'e yapılmış tüm bireysel başvuruları kabul etmiştir. 6384 sayılı Yasa ile 23.09.2012 tarihine kadar AİHM'e bireysel başvuruda bulunanlar 6 ay içinde[6] kurulacak komisyona başvurmak konusunda adeta *icbar* edilmişlerdir. Bu yasa kapsamında başvuruda bulunulmadığı taktirde, AİHM'in iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesi ile *kabul edilmezlik kararı* ve-

[6] 6384 sayılı Yasa'nın 5/2'nci Md.

receğine vurgu yapılmıştır[7]. Böyle bir vurguyu dikkate alan bireyler, sonuç çıkmayacağını bile bile *mecburen* (hak kaybına uğramamak için) 6384 sayılı Yasa kapsamında kurulan komisyona başvuruda bulunmuşlardır. Komisyonun, kendisine gelen dosyaları incelerken 6384 sayılı Yasanın 2/1-a maddesi kapsamında olup olmadığını iyi analiz etmesi; tam olarak bu kapsama girmeyen başvuruları Yasanın 6/1-ç maddesi uyarınca geri çevirmesi gerekirken, yukarıda verilen örnek kararda olduğu gibi kabul etmiş ve ne yazık ki isabetli olmayan, *hukuki tatmin* sağlamayan ve AİHM sürecini asla ortadan kaldırmayacak (6384 sayılı Yasanın getiriliş amacını realize etmeyen) bir karar vererek, lüzumsuz yere hukuki süreci karmaşıklaştırmış ve uzatmıştır[8].

6384 sayılı Yasa ile getirilen sürecine uygun şekilde AİHM'deki başvurusunu Komisyona taşıyan kişinin verilen karar sonucunda hukuki olarak tatmin olmaması, verilen kararın AİHM başvurusunun tamamını kapsamaması (Yukarıdaki kararda olduğu gibi temel olarak gast edilen hakka yönelik olarak yetkisizlik kararı verilmiş olması.) veya Komisyonun bireyin başvurusunu reddetmesi ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin de Komisyon kararını yerinde bulması halinde iç hukuk yolu tüketilmiş olacaktır. Bu noktada Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin vereceği nihai karar olup, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru çerçevesinde götürülmeyecektir[9].

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin diğer başvuru yol-

---

7 6384 sayılı Yasa'nın 5/2'nci Md.

8 EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun İç Hukuku Uzatma Yolu mu?", Lebib Yalkın Dergisi, Ağustos 2013, Sayı 116, ss.19-23.

9 Bu konuda ciddi tereddütler bulunmaktadır. 12 Eylül 2010 tarihinde Anayasa'da 5982 sayılı Yasa halkoylaması ile yürürlüğe konulmuş ve kişilerin iç hukuk yollarına Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru da eklenmiştir. Dolayısıyla, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin olumsuz kararı üzerine AİHM nezdinde başvurusu bulunan kişinin bireysel başvuru hakkı kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunacak mıdır, bulunmayacak mıdır? Bu ciddi anlamda tartışmalıdır. Ancak düşüncemize göre 6384 sayılı Yasa özel nitelikli bir yasadır. Bu nedenle, 6384 sayılı Yasa'nın 7/3'üncü maddesi uyarınca, Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen karar kesindir. Bu hüküm de, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu karardan sonra hukuki tatmin sağlayamayan ve AİHS hükümlerinin ihlali ile ortaya çıkan hak yitimleri hukuken giderilmeyen ve haklarını alamayan kişinin AİHM nezdindeki bireysel başvurusu kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacaktır.

larını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu olarak tanımlanabilir[10].

Bireyler, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden (AİHS) herhangi birinin ihlal edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilirler.

Avrupa Konseyinin çeşitli organları da Sözleşme'nin iç hukukta uygulanmasını sağlamaya yönelik mekanizmaları kurmaları yönünde taraf devletlere yükümlülüklerini anımsatmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiştir[11].

Bu kapsamda 19 Şubat 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Interlaken Deklarasyonu ile taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme'yi uygulayıcı ve temel hak ihlallerini etkin bir şekilde ortadan kaldıracak mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır[12].

Öte yandan, Venedik Komisyonu'nun 85. Genel Kurul toplantısında kabul edilen Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Rapor'un 82. paragrafında bu etkili mekanizmalardan en önemlisinin anayasa mahkemelerine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmaktadır[13].

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, kanunlarda zorunlu idari ve yargısal başvuru yolları öngörülmüşse, bu yolların tamamının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılması gerekir. Bu süreyi aşan başvurular başkaca bir inceleme yapılmaksızın reddedilir.

---

10 EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, "66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf(Erişim:22.04.2013).

11 EKİNCİ, SAĞLAM, age.

12 EKİNCİ, SAĞLAM, age.

13 EKİNCİ, SAĞLAM, age.

Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruların incelenmesi herhangi bir süreye bağlanmamıştır. Bu nedenle bir başvurunun ne kadar sürede sonuçlanacağının önceden bilinmesi olanaklı değildir. Mahkeme önündeki yargılamanın süresi; başvurunun niteliği, tarafların gerekli bilgileri Mahkemeye sunmasındaki özeni ya da duruşmalı olması gibi pek çok etkene bağlı olarak değişebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, henüz yapılan bireysel başvuruların sonuç istatistiklerini yayımlamaya başlamamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin web sitesindeki dava sonuçlarına bakıldığında bugüne kadar (26.04.2013) yapılan başvurulardan görülenlerin hemen hemen tamamının bireyler aleyhine sonuçlandığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli hükümlerinin ihlal edildiği savıyla bireylerin AİHM'e başvurularının önünü kesmek ve Türkiye'nin uluslararası arenada sicilini iyileştirmek amacıyla iç hukuk yollarına eklenen 3684 sayılı Yasa ile kurulan Komisyon ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, AİHM'e başvuru sürecini ciddi anlamda geciktirmek suretiyle yeni hukuki etkinsizlik ve haksızlıklara neden olacak gibi görünmektedir.

Avrupa Birliği kurumlarının (AİHM, Avrupa Parlamentosu vb) birey hak ve özgürlüklerini ihlal etme konusundaki sicili bu kadar kabarık bir ülkeye yeni iç hukuk yolları önermesini anlamak olanaklı değildir.

AİHM'e Türkiye'den yapılan başvurular incelendiğinde çok ciddi bölümünün devlet veya devlet kurumları tarafından bireylere yönelik olarak işlenen hukuki haksızlıkların yargı yerlerinde etkin şekilde hukuki karşılığının bulmamasından kaynaklandığı görülecektir. Devlet veya devlet kurumların birey haklarına ve/veya özgürlüklerine yönelik olarak işledikleri hukuka aykırı eylemler, yargı yerleri tarafından adil yargılama ve hukuki tatmin sağlama ilkelerine uygun şekilde çözümlense, AİHM'e girmeyi gerektiren herhangi bir durum kalmayacaktır. Ancak, yargı yerlerinin bağımsızlığının ciddi anlamda zayıflamış, güçler ayrılığı ilkesinin zedelenmiş olması, yargı yerlerinde görev yapan kişilerin önlerine gelen başvuruları kavrama konusunda yeteri kadar özen göstermemeleri ve kendilerine yansıyan hukuki çekişmeyi var olan yasa hükümleri ile yeteri etkinlikte çakıştırma çabası içinde bulunmamaları Türkiye'nin AİHm nezdindeki bireysel başvuru dosya sayını artırmaktadır.

Örneğin; yukarıya alınmış olan Komisyon kararına dayanak oluşturan ve AİHM'e bireysel başvuruya kadar gidilmiş olay çok basittir. 1264 sayılı Yasanın 9/1'inci maddesinde hükme bağlanmış ve kendisinden önce bu görevlerde bulunmuş tüm kişilere ödenmiş (Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık) olan ikramiye hakları yasaya aykırı şekilde kendisine ödenmemiş kişinin İstanbul 1. İdare Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuru doğru değerlendirilse ve şikâyete konu olay üç mahkeme üyesi tarafından kavranmış olsaydı süreç uzamayacak, birey mağdur olmayacak, yüksek idari yargı yıllarca gereksiz yere meşgul edilmeyecekti. Ancak yüksek idari yargıdaki beş üye de alt mahkemeden gelen dosyayı etkin şekilde değerlendirmediğinden son derece açık ve basit bir konunun Türkiye yargılaması 7 yıl 4 ay 2 gün sürmüş, nihayetinde de AİHM'e AİHS'nin çeşitli hükümlerine aykırılıktan bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Türkiye yargı yerlerindeki etkin ve adil yargılama, hukuki tatmin sağlama konularında iç yargı yerlerini iyileştirmedikçe, yargı organlarının bağımsızlığını sağlamadıkça ve güçler ayrılığı ilkesine saygıyla bağlı olmadıkça 6384 sayılı Yasa tarzı düzenlemelerle AİHM nezdindeki bireysel başvuru dosya sayısını düşürmesi olanaksızdır.

3. SONUÇ

Gerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının ve gerekse 3684 sayılı Yasa ile kurulan Komisyona yapılan başvuruların iyi niyetli sonuçlar doğurması için, buralara başvurularını taşıyan insanların hukuken tatmin olmaları gerekir. Bu sağlanamadığı taktirde, açılmış olan bu iki yol bireylerin uğradıkları hukuki haksızlıklar nedeniyle AİHM'e gitme zamanlarını geciktirmekten ve hukuki haksızlığa uğramış kişiler nezdinde devlete ve hukuka karşı duyulan güveni zedelemekten başka işe yaramayacaktır. Böyle bir sonuç ise, AİHM ve uluslararası hukuki kurumlar nezdinde Türkiye'nin sicilini iyileştirmek yerine, tam tersine güven ilişkisini zedeleyeci sonuç doğuracaktır. Bu yönden, gerek Anayasa Mahkemesi'nin ve gerekse 3684 sayılı Yasa ile kurulmuş olan Komisyonun bireylere hukuki tatmin sağlama yönünde gerçek anlamda yansız ve evrensel hukuku kendilerini şiar edinen bir çalışma ortaya koymaları yaşamsal önemdedir.

KAYNAKLAR

http://www.haberlink.com/haber.php?query=81567(Erişim:21.01.2013).

EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümü", Lebib Yalkın Dergisi, Mayıs 2013, Sayı 113.

EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunun Anayasaya Aykırılığı", Lebib Yalkın Dergisi, Temmuz 2013, Sayı 115.

Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013 tarih ve 1013/34 sayılı Kararı.

EROL, Ahmet, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun İç Hukuku Uzatma Yolu mu?", Lebib Yalkın Dergisi, Ağustos 2013, Sayı 116.

EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, "66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf(Erişim:22.04.2013).

6384 sayılı Kanun.

T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı'nın 01.07.2013 tarih ve 2013/233 sayılı Kararı.

DOÇENTLİK SINAVINDA İDARİ SÜREÇ*

ADMINISTRATIVE PROCESS IN ASSOCIATE PROFESSOR EXAMINATION

M. Yaşar DEMİRCİOĞLU**

Özet: Bilim toplumu olmayı hedefleyen ülkemizde Üniversitelerin sayısı 200 e yaklaşmakta, üniversitelerde istihdam edilen öğretim üyelerinin ve bilim adamlarının sayısı da hızla artmaktadır. Bu gelişmeye paralel olarak; nitelikli bilimsel araştırma konusu ile akademik kariyerlerin elde edilmesinde eşitlik, tarafsızlık, liyakat gibi ilkeler önem kazanmaya başlamıştır. Akademik yaşamda üniversitelerde görevli bilim insanlarının akademik çalışmalarının bir sonucu olarak doçentlik unvanı elde etmeleri çok önemli bir aşama olup ülkemizde doçentlik unvanı; Üniversitelerarası Kurul tarafından yapılan doçentlik sınavı ile elde edilmektedir. Bu sınavda doçent adayları; bilimsel araştırmaları, özgün yayınları, yabancı dil bilgileri, liyakat ve kariyerleri, etik değerleri açısından çok yönlü değerlendirilmekte hem eser inceleme aşamasına hem de sözlü sınav aşamasına tabi tutulmaktadırlar. Bu makalede ülkemizde akademik kariyer ve yükselmelerde önemli bir aşama olan doçentlik sınavına ilişkin Üniversitelerarası Kurul tarafından yürütülen idari süreç, örnek idare mahkemesi ve Danıştay kararları çerçevesinde ele alınıp incelenmiş, uygulamada yaşanan sorunlar hakkında bilgilere yer verilmiştir. Ülkemizin, modern toplumların ulaştığı ileri bilim ve teknoloji düzeyine ulaşması ve bilim toplumunun yetiştirilmesi öncelikle nitelikli bilim insanlarının yetiştirilmesini gerekli kıldığından Üniversitelerde görev alan bilim insanlarının akademik kariyerlerinin belirlenmesinde objektif, tarafsız, liyakate ve başarıya dayanan bir sistemin kurulması zorunluluğu bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Üniversitelerarası Kurul, Doçentlik, Bilim Adamı, Bilimsel Araştırma, Özgün Yayın, Liyakat, Kariyer, Sözlü Sınav, Bilim Dili, Doçentlik Jürisi, Hakemli Dergi, Başlıca Yazar, Etik Değerler.

---

* Bu makalede yer alan idare mahkemesi ve Danıştay kararlarında; kararların esasına müdahale edilmeksizin, konu bütünlüğünü sağlamak amacıyla, (konuyla ilgili olmayan kelime ve cümlelerin metinde yer verilmemesi veya kelime ve cümle çıkarılması nedeniyle oluşan boşluğun tamamlanması ve cümlenin bitirilebilmesine yönelik olarak kelime eklenmesi gibi) şeklî bir takım değişiklikler ile mahkeme kararlarına konu kişilerin kimliklerinin gizlenmesine yönelik değişiklikler yapılmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., İpek Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

Abstract: In our country whose primary target is to be an information society, as the number of universities closes to 200, the number of scientists and lecturers employed in our universities increases with a great pace. Parallel to this development, principles in qualified research subject and equality, impartiality, merit in career development have gained more significance. In academic life, obtaining the associate professor title by the scientists employed in the universities as a result of their academic studies is a crucial stage; in our country, the associate professor title is issued as a result of associate professorship examination conducted by the "Üniversitelerarası Kurul (UAK)" (Interuniversity Board). In examination, candidates for this title are evaluated from various angles based on their scientific studies, unique publications, foreign language skills, merit, career, and ethical values; and additionally they are both incurred oral examination and study evaluation process. This article considered and investigated administrative process, sample decisions of administrative court and council of state regarding assistant professorship examination process conducted by the UAK and which is an essential academic career and promotion stage in our country; and information concerning the problems experienced during the application process was presented. Since raising the society of science requires first of all raising competent and qualified scientists and it is crucial for our country to reach the science and technology level of modern societies, it is required as well that an objective, impartial system which relies on merit and success must be founded in the academic career path of scientists who work for our universities.

Keywords: Interuniversity Board (Üniversitelerarası Kurul), Assistant Professorship, Scientist, Scientific Research, Unique Publication, Merit, Career, Oral Examination, Scientific Language, Assistant Professorship Jury, Refereed Journal, Principal Author, Ethical Values.

Giriş

Nitelikli bilim insanlarının seçilmeleri ve akademik olarak yükselmelerine ilişkin kıstaslar, ülkemiz gelecek nesillerinin yetiştirilmesi açısından yaşamsal öneme sahiptir. Eğitim öğretim hizmetleri bir kamu hizmeti olmasının yanı sıra, gelecek nesillerin şekillendirilmesinde toplumsal yararın/kamu yararının en üst düzeyde şekillendiği temel hizmetler olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelecek nesillere karşı bu sorumluluğun yerine getirilmesi, bu günden nitelikli öğreticilerin seçimini, objektif, hakkaniyete uygun, adil ve eşitlikçi bir akademik sınav, seçme ve *yükseltme sistemini zorunlu kılmaktadır.*

Bu çerçevede nitelikli bilim insanı yetiştirilmesi, sadece bilim insanlarının akademik olarak yükselmeleri, akademik unvanlar elde

etmeleri şeklinde dar yararcı bir bakış açısından ziyade bütün bir toplumu ve gelecek nesilleri ilgilendirmesi çerçevesinde geniş kapsamlı düşünülmesi gereken bir konudur. Topluma yön verece, mevcut ve gelecek nesillerin yetiştirilmesi öncelikle "eğiticilerin yetiştirilmesine, liyakat ve kariyer ilkelerine[1] *göre seçilmelerine ve yükseltilmelerine" bağlıdır*. Toplumda ve idarede eşitlik, hakkaniyet, açıklık (şeffaflık), dürüstlük, çalışkanlık, yarışma ve hak etme, kişinin siyasi ve diğer sübjektif yargılardan arınarak kamu yararının gereklerine uygun çalışması, kayırmacılık ve partizanlığın önlenmesi kariyer ilkesinin sistem içerisinde tesis edilmesi ile mümkün olabilir[2].

Bu makalede bilim insanı seçimi ve akademik yükseltmelerde önemli bir aşama olan doçentlik sınavı ile ilgili olarak ülkemiz uygulaması hakkında idari yargı kararlarına yansımış uyuşmazlıklardan hareketle inceleme ve değerlendirmelerde bulunulmaktadır. Bu inceleme ve değerlendirmeler söz konusu sınav sistemi ve dolayısıyla akademik nitelik ve kalite konusunda öğretim üyelerinin entelektüel kültürleri konusunda da bir fikir verecektir.

Doçentliğe yükseltilme, her biri bir sonrakinin önkoşulu niteliğinde çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Dolayısıyla bu aşamalardan birindeki başarısızlık, süreci kesmekte ve adayın hukuki durumunu olumsuz etkilemektedir. Bu durumda aşamaların birindeki başarısızlığın ayrılabilir işlem kuramı gereği dava konusu yapılabilmesi mümkündür[3]. Doçentlik sınav süreci yaklaşık 1 yıla yaklaşan sürede tamamlanan başlı başına bir idari süreçtir. Doçentlik başvurusu, başvurunun alt komisyonlar tarafından şekli olarak incelenmesi, jüri be-

---

1 Liyakat ve kariyer ilkesi, idare hukuku içerisinde memurluk mesleğinin temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Liyakat; memurluğa girmeyi, sınıflar içerisinde ilerleme ve yükselmeyi ve görevin sona erdirilmesini yetenek esasına dayandırmak ve böylece memurları güvenliğe sahip kılmaktır. Liyakat ilkesi uyarınca mesleğe girme, ilerleme, yükselme gibi aşamalar bireyler bilgi ve yeteneklerine göre belirlenmektedir. Kariyer ilkesi ise; çalışanların yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme şartlarına uygun bir şekilde sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanlarına sahip olmalarını ifade eder. GÜNDAY, s. 514., Bu ilke hakkında daha ayrıntılı bilgi için bknz. UZ/DEMİRCİOĞLU, s. 7 vd., UZ-Liyakat İlkesi, s. 59 vd., Yükseköğretimde öğretim elemanlarının mali hakları, görev, yetki ve sorumlulukları, kadro, derece ve kademe durumları elde ettikleri unvanlara göre belirlenmektedir. Bu unvanların elde edilmesi ise objektif, nesnel, tarafsız bir sınav sisteminin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

2 ATAY, s. 681. Ayrıca bknz. SEZER, s. 155., ERYILMAZ, s. 88.

3 TAN, s. 411.

lirleme aşaması, jürilerin eser inceleme raporu yazma aşaması, etik inceleme süreci, sözlü sınav aşaması gibi her biri diğerinin devamı olan uzun bir idari süreç adaylar hakkında işletilmekte ve tüm bu aşamaların tamamlanmasından sonra doçentlik unvanı elde edilebilmektedir. Doçentlik sınavlarında; başvuru aşamasından, jüri belirleme aşamasına ve daha sonra da sınavın yürütülüşüne ilişkin her aşamaya kadar idari bir süreç işlemekte, dolayısıyla sınavın her aşamasına ilişkin bir idari yargı denetimi söz konusu olmaktadır. Hiç şüphesiz idari yargı denetimi yanında sürecin değişik aşamalarında İYUK 11 çerçevesinde "isteğe bağlı idari başvuru yolunun" kullanılması da söz konusudur[4]. Bu makalede doçentlik sınavına ilişkin idari sürecin çeşitli aşamaları incelenmektedir.

A. Nitelikli Bilim İnsanı Yetiştirilmesinin Önemi

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Amaç" başlığını taşıyan 4.maddesinde yükseköğretimin amaçları sayılırken; *"Yükseköğretim kurumları olarak yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, bilgi ve teknoloji üretmek, bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olmak, yurt içi ve yurt dışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelmek, evrensel ve çağdaş gelişmeye katkıda bulunmak"* hususlarına vurgu yapılmaktadır.

Aynı şekilde Yasanın "Ana İlkeler" başlığını taşıyan 5'inci maddesinde Yükseköğretimin hangi "Ana ilkeler" doğrultusunda planlanacağı, programlanacağı ve düzenleneceği hususu düzenlenirken *"Yükseköğretim kurumlarının geliştirilmesi, verimlerinin artırılması, genişletilmesi ve bütün yurda yaygınlaştırılması amacına yönelik olarak……..* öğretim elemanlarının yurt içinde ve dışında yetiştirilmeleri ve görevlendirilmeleri" hususuna vurgu yapılmaktadır.

Geçmişte doçentlik sınavına ilişkin başvuru koşulları ile doçentlik başvuru alanları zaman zaman Üniversitelerarası Kurul tarafından değiştirilmiştir. Başvuru koşullarında yapılan değişikliklere karşı açılan davalarda Danıştay "Amaç" unsurundan hareketle; *"Üniversitede doçent unvanı ile görev yapacak akademik personelin bilimsel yayın ve eserlerinin belli düzeyde olmasını sağlamak, eğitimin kalitesini yükseltmek ve baş-*

[4] YILDIRIM, s. 191 vd.

vurularda yapılacak olan değerlendirmenin objektif kriterlere göre gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla Yönetmeliğe uygun nitelikte koşullar getirilmesinde hukuka *ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır"* hükmünü vererek **nitelik, eğitim kalitesi, objektiflik** gibi ilkelere önem verdiğini ortaya koymuş bulunmaktadır[5].

Halen yürürlükte olan 2009 tarihli Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde" gerek doçentlik başvuru alanlarını ve gerekse başvuru için aranan koşulları (asgari ölçütleri) belirleme yetkisi **YÖK Genel Kuruluna** verilmiştir. Doçentlik başvuruları için belirlenen asgari ölçütler değiştirildiğinde bu değişiklikler, en erken yayımı tarihini izleyen ikinci dönemde yapılacak doçentlik başvurularında dikkate alınmaktadır.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin "Doçentlik sınavı alanları" başlığını taşıyan 3. Maddesine göre; "*Doçentlik sınavı,* Üniversitelerarası Kurulca belirlenen ve Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından onaylanan alanlarda açılır. Bu alanlar, her yıl Ocak ayında güncellenmiş olarak Yükseköğretim Kurulunun internet sitesinde yayımlanır. Aynı Yönetmeliğin "Başvuru zamanı ve şartları" başlığını taşıyan 4. Maddesine göre; "*Doçentlik unvanının iktisabı için aranan özgün bilimsel çalışmalara ilişkin asgari ölçütler, Üniversitelerarası Kurul tarafından, her bir alan göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir ve her yıl Ocak ayında güncellenmiş olarak Yükseköğretim Kurulunun internet sitesinde yayımlanır. Bu ölçütler, en erken yayımı tarihini izleyen ikinci dönemde yapılacak olan doçentlik başvurularında dikkate alınır."*

Anayasa Mahkemesi kararlarında Üniversiteler tarafından yürütülen hizmet bir kamu hizmeti olarak görülmekte ve üniversitelerin kamu yararına çalıştıkları kabul edilmektedir[6]. Yükseköğretim hizmetinin, kamu hizmeti ve kamu yararı niteliği, bu hizmetin yürütülmesinde kalite, gelecek kuşaklara karşı sorumluluk, bilgi toplumunun oluşturulması, ülkemizin nitelikli bir eğitim düzeyine ulaştırılması gibi sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede yükseköğretimin her aşamasında özel menfaat ve çıkar yerine kamu yararının temel ilke olarak belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu temel ilkelerin hayata geçirilebilmesi yükseköğretimin nitelikli bilim

5 DANIŞTAY 8. DAİRESİ'nin, 2002/693 E., 2003/ 1944 K. Sayılı ilamı.

6 ANAYASA MAHKEMESİ KARARI Esas Sayısı: 1990/2 Karar Sayısı: 1990/10 Karar Günü: 30.5.1990 R.G. Tarih-Sayı :09.02.1991-20781

insanları ile yürütülmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmekte, bu aşamada da yükseköğretimde görev alacak öğretim elemanlarının yükselmeleri ve bilim haysiyetine uygun bir sistem çerçevesinde akademik unvan elde etmelerinde belirleyici etkisi bulunan seçme sınavlarının önemi ortaya çıkmaktadır.

Akademik unvanların belirlenmesi, kadroların dağıtılması ve özellikle de doçentlik sınav sürecinde yaşanan hukuk dışılık, yolsuzluk, kayırmacılık, adam tutma, etnik, mezhepsel mensubiyet ve bağlılıklar, "kamu yararından" ziyade özel çıkarların egemen olduğu, karşılıklı çıkar ve bağımlılığa dayanan ve özel menfaat birlikteliğini esas alan bir fiili durumun doğmasını beraberinde getirmiştir.

Refah düzeyi yüksek ve güçlü bir geleceği planlayan ülkelerin, teknolojiyi üretecek ve geliştirecek bilim insanlarını yetiştirmeleri zorunlu olup bu amaç doğrultusunda bilim insanlarının seçimi, çalışılan ortamın bilim üretmeye elverişli olması ve bilimsel çalışmalara değer verilmesinin büyük önemi bulunmaktadır[7].

Ülkemizde bilim insanlarının seçimi, yükselmeleri, çalışma ortamları gibi konular başta bilim adamları olmak üzere pek çok çevre tarafından ciddi şekilde eleştirilmektedir[8]. Zira günümüzde yüksek öğretimin temel sorunlarından biri de nitelikli bilim adamı sorunudur. Bugün üniversitelerdeki ciddi verimsizliğin temel nedeni bilim adamı yetiştirme ve belirleme yönteminin ciddi ölçütlerinin olmamasından kaynaklanmaktadır. Öğretim üyelerinin kendini aşamaması veya bulunduğu ortamın psikolojik baskısına maruz kalması nedeniyle pasif (çekingen) bir bilim adamlığı oluşmaktadır. Bütün bunların sonucunda bilimin ülkemizde istenilen şekilde yeşerememesinin

---

7 YAMAN, s. 1038.

8 Uluslararası Yükseköğretim Kongresinde nitelikli bilim insanı yetiştirilmesi sorunu bir öğretim üyesi tarafından şu şekilde özetlenmektedir: *"Alınan araştırma görevlileri daha başından itibaren "üst rütbeliler", "yetkili ve yöneticiler" tarafından ezilmeye başlanıyor. iyi araştırma görevlisi olmak hocanın çantasını taşımaktan, her emri harfiyen yerine getirmekten ve özellikle de hiç bir şeye ses çıkarmamaktan ve terbiyeli, uslu çocuk olmaktan geçiyor. Kurulan sistem baş eğmeyi getiriyor ve yaratıcılığı öldürüyor. Kişi daha başından ezilmeye mahkum ediliyor; kişiliğinden kopartılarak, birilerinin istediği kişilikte bir insan olmaya zorlanıyor. Sonra basamaklar sessiz sedasız bazı usuller ve kaideler yerine getirilerek tırmanmaya başlanıyor. Bir ömrün sonunda, Üniversitelerin tozlu odalarında, sesini soluğunu çıkartmadan oturabilenler sonunda Doçentlik, Profesörlük payesine ulaşıyorlar".* ÖZER, s. 459.

temelinde akademisyenlik bilincinin yani bilim felsefesi, bilim kültürü ve tarihi bilinci yetersizliğinin her geçen gün kendini ciddi şekilde hissettirmesidir[9].

Yüksek lisans, doktora, doçentlik gibi "bilim uzmanı" unvanının kazanılmasını sağlayan akademik çalışmalarda yaşanan ve bilimsel dürüstlüğe aykırı sonuçlar doğuran olaylar her geçen gün eğitim sistemimizde artarak yaygınlaşmaktadır. Özgün ve orijinal bilimsel çalışmalardan ziyade kopyacılık, taklitçilik, ezbercilik, tekrarcılık alışkanlığı, gelecek nesillerin yetiştirilmesinde birinci derecede sorumluluk üstlenen "akademik personelin" karşı karşıya kaldığı en önemli hastalıkların başında gelmektedir.

Anlaşılacağı üzere nitelikli bilim insanı yetiştirilmesi hususu Türkiye'nin evrensel ve çağdaş gelişmesine katkı sağlanması yanında ulusal kalkınmaya ve gelişmeye destek olunması bakımından önem taşımaktadır. Ülkemizde; "Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen Veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav İle Giriş Sınavlarına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ile[10] öğretim üyeliğine ve bilim insanı olunmasına yönelik ilk aşamalarda objektif nitelikli bir seçme ve belirleme esasının kabul edildiğini söylemek mümkündür. Bu gün lisans eğitimi sonrasında; lisans not ortalaması, ALES, ÜDS, KPDS sınavlarının belli yüzdelerine göre belirlenen araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi alımları ile kamu hizmetine alınmada keyfiliğin, torpilin ve kayırmacılığın azaltıldığını söylemek mümkün iken akademik yaşamın bundan sonraki aşamalarında doktora yeterlilik, yardımcı doçentlik, doçentlik, profesörlük unvanları ve bu unvanlardan kaynaklanan kadro paylaşımlarında aynı objektifliğin sağlandığını söyleyebilmek mümkün değildir. Özellikle akademik yaşam sürecindeki faaliyetlerin en ayrıntılı inceleme ve değerlendirilmesinin yapıldığı doçentlik sınavı; jüri belirleme, eser inceleme ve değerlendirilmesi, sözlü sınav aşaması gibi sınavın pek çok aşamasında ülkemizde keyfiliğin, kötüniyetin, kayırmacılığın ve hatta ideolojik çekişmelerin en fazla gün yüzüne çıktığı bir sınav sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

9 ORTAŞ, http://strateji.cukurova.edu.tr/EGITIM/pdf/ibrahim_ortas_bilimadami_01.pdf

10 31.07.2008 tarih ve 26953 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Nitelikli bilim insanı seçilememesi ve yetiştirilememesine yönelik yanlış uygulamalar sadece öğretim üyelerinden kaynaklanmamakta bizzat ilgili kurumların etik/hukuk dışı alışkanlık ve uygulamaları da bu niteliksizliğe ve kalitesizliğe zemin hazırlamaktadır. Doçentlik sınavı ile ilgili temel ilke ve kararların alındığı ve bir tanesi Üniversite rektörü olmak üzere her üniversiteden 2 temsilciden oluşan Üniversitelerarası Kurul, Kurul'a bağlı olarak çalışan çeşitli Komisyonlar (Doçentlik Sınav komisyonu, Mevzuat Komisyonu, Eğitim Komisyonu vb.) ile bu Kurulun sekreterya işlemlerini yürüten Genel Sekreterlik tarafından tesis edilen işlemlerdeki tutarsızlıklar, eşitsizlikler, torpil, kayırma ve kötüniyete varan işlem ve uygulamalar bu kurulların tarafsızlıkları ve varlık sebeplerinin sorgulanması sonucunu beraberinde getirmektedir.

B. Doçentlik Jürilerinin Belirlenmesi

Doçentlik sınavı ile ilgili olarak Türk Yükseköğretim sistemindeki en tartışmalı konuların başında "doçentlik jürilerinin belirlenmesi" hususu gelmektedir. Öğretmen atamalarında olduğu gibi elektronik bir jüri belirleme sistemi uygulamasının adil sonuçlar doğuracağı öteden beri YÖK ve ÜAK tarafından tartışılmasına rağmen çeşitli güç dengeleri nedeniyle bu zamana kadar elektronik jüri atama sistemi devreye sokulamamıştır. Doçent adaylarının jüri belirlenmesi işlemi halâ doçentlik sınav komisyonlarınca (bu komisyonların keyfi takdir haklarına göre) belirlenmektedir. Aslında günümüzden 20 yıl öncesinde yürürlükte bulunan mevzuatta doçentlik jürilerinin belirlenmesinde adaletin, hakkaniyetin, eşitliğin sağlanabilmesini teminen **"ad çekme usulü"** ile **"bilgisayar sisteminden yararlanma"** usullerinden bahsedilmesine rağmen[11] özellikle 1997 yılından sonra kimi ideolojik kaygı-

[11] 1 Eylül 2000 tarihli Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin jüri seçimi başlıklı 6.maddesine göre, "Doçentlik Sınav Komisyonu, adayların dilekçelerinde belirttikleri bilim veya sanat dallarına uzmanlık ve araştırma konularına göre ad çekme usulü ile jürilerin asil ve yedek üyelerini gün ve yer belirleyerek seçer ve Üniversitelerarası Kurul›un onayına sunar. Jüriler söz konusu bilim veya sanat dalındaki beş profesörden oluşur. öğretim üyesi sayısı yeterli ise asil üyelerin her biri değişik üniversitelerin veya aynı üniversitenin değişik fakültelerinin öğretim üyeleri arasından seçilir. Her jüri için dört de yedek üye seçilir. Varsa, yedek üyelerden ilk ikisi jüri toplantısının yapılacağı şehirdeki üniversitelerin öğretim üyeleri arasından seçilir. Jürilerin asil ve yedek üyelerin seçiminde bilgisayardan yararlanabilir.

lar ve mücadeleler nedeniyle ad çekme veya bilgisayar yardımından yararlanma usulü devreden çıkarılarak komisyon üyelerinin takdirine göre jüri belirleme sistemine geçilmiş ve bu uygulamadan günümüze kadar da bir türlü vazgeçilememiştir.

Akademik camiada doçentlik jürilerinin taraflı oluşturulduğu, objektif jüri oluşumunun sağlanamadığı, jürilerin belli kişi ve gruplar arasında paylaşıldığına yönelik ciddi eleştiriler doçentlik sınavlarının güvenilirliğine gölge düşürmektedir. Aynı bilim dalından başvuran kişiler arasında bazı adaylar için 3 bazı adaylar için ise 5 kişilik jüri kurulması, jüri ile doçent adayları arasında husumet veya menfaate dayalı ilişkiler bulunması, aynı bilim alanındaki bazı jüri üyesi profesörlere 8-10 adaya ait değerlendirme dosyası gönderilirken bazı profesörlere ise hiç değerlendirme dosyası gönderilmemesi, yardımcı doçentlerin doçentliğe yükseltilmelerinde atanan jüri üyelerinin bu vasıflarını bir nüfuz olarak kullanmaları yıllardan beri Üniversitelerarası Kurul bünyesinde ileri sürülen temel eleştiriler arasında yer almaktadır.

Doçentlik sınavına ilişkin işlemler 2547 sayılı Kanunun ….maddesi uyarınca Üniversitelerarası Kurul Başkanlığının (ÜAK) yetki ve sorumluluğunda yürütülmektedir. Ancak günümüzde oldukça hantal ve karar alamayacak bir yapıya dönüşen[12] ÜAK'ın bu misyonu çoğunlukla Genel Sekreterlik veya ÜAK'a bağlı alt komisyonlar (özellikle Doçentlik Sınav Komisyonu, Jüri Belirleme Alt Komisyonları) tarafından yürütülmektedir. 34 Bilim dalında (Matematik, Biyoloji, Fizik,

[12] Mevzuat gereği ÜAK'a birisi Üniversite Rektörü olmak üzere her üniversiteden 2 kişi tarafından temsil edilmektedir. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği yıllarda Türkiye'deki üniversite sayısının az olduğu düşünüldüğünde ÜAK'ın misyonuna uygun bir şekilde görev ve sorumluluklarını yürütebileceğini kabul etmek mümkündür. Ancak gelinen aşamada ülkemizde halihazırda 170 Üniversite bulunduğu hesaba katıldığında ÜAK günümüzde toplam 340 Üniversite temsilcisi ile GATA, Polis Akademisi ve Kuvvet Komutanlıkları temsilcilerinden oluşan çok kalabalık ve hantal bir yapıdan oluşmaktadır. Akademik kriterler, eşdeğerlilikler, yeni program ve bölüm açma, isim değiştirme işlemleri, akademik personeli ilgilendiren işlemlerde ÜAK'ta sağlıklı bir tartışma ve karar alma süreci işlememekte, alt komisyonlardan gelen kararlar usulen Kurula sunulup kabul veya reddedilmektedir. ÜAK toplantıları, Genel sekreterlik ve Alt Komisyonlar tarafından hazırlanan doçentlik jüri listelerinin usulen onaylandığı bir şekilde yürütülmekte olup zaten jürilerde değişiklik de dahil olmak üzere pek çok yetkiyi Alt Komisyonlara devretmiş durumdadır. Bu nedenle Alt Komisyonlar ve ÜAK işlemlerini yürüten Genel sekreterlik işlemlerinde keyfilikler, çelişkiler, akademik camia ile uygun olmayan işlem ve eylemlere sıklıkla rastlanılmaktadır.

Hukuk, Cerrahi Bilimler, Dahili Bilimler, Temel tıp Bilimleri gibi) 5'er kişiden oluşan Alt Komisyonlar tarafından tesis edilen işlemler öncelikle 20 kişiden oluşan Doçentlik Sınav Komisyonuna gelmekte[13], burada gerekli düzeltme ve onay aşamalarından sonra işlemler 345 kişiyi bulan ÜAK'a sunulmaktadır.

C. Doçentlik Jürileri Kaç Kişiden Oluşmaktadır

Doçentlik jürilerinde görev alacak öğretim üyelerinin sayısı öteden beri ÜAK'ın keyfi ve adaletsiz jüri belirleme işlemlerine sahne olan bir konu durumundadır. Gerek 2547 sayılı Kanun ve gerekse ilgili Yönetmelikteki açık düzenlemeye rağmen ilgili komisyonlar "bazı" adaylar hakkında 3 kişilik jüri belirleme işlemini son yıllara kadar sürdürmüşlerdir.

2547 sayılı Kanun'un; "Doçentlik Sınavı" başlığını taşıyan 24.maddesinin (c) bendine göre; *"Üniversitelerarası Kurul, adayın başvurduğu bilim veya sanat dalından **beş kişilik** bir jüri ve bu jüri için **iki yedek üye** tespit eder. İlgili bilim veya sanat dalında yeterli öğretim üyesinin bulunmaması halinde, jüri* üç üye ile *teşkil edilebilir."*

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin "Sınav Jürisinin Oluşturulması" başlığını taşıyan 5.maddesine göre de; "Üniversitelerarası Kurul, Doçentlik Sınav Komisyonunun önerisi üzerine, doçentlik başvurusunda bulunan adaylardan her biri için ***beş kişilik** bir jüri ve bu jüri **için iki yedek üye** belirler. Jüri için asıl ve yedek üyeler, adayın başvurduğu alan göz önünde bulundurularak belirlenir. Adayın başvurduğu alanda yeterli öğretim üyesinin bulunmaması halinde, istisnai olarak, jüri üç asıl ve iki yedek olmak üzere beş üye ile teşkil edilebilir".*

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere doçentlik sınav jürilerinin 5 asıl 2 yedek üyeden oluşması asıl olup istisnai durum ise; adayın başvurduğu alanda yeterli öğretim üyesi bulun-

---

13 Doçentlik Sınav Komisyonunun yapısı da başlı başına tartışma konusudur. Temsilde adalet ilkesi bu komisyon açısından uygulanmamaktadır. Örneğin her bir dönemde sayıları toplam doçentlik başvurularının % 50'sine ulaşan (Tıp alanında 1.000'e yakın aday doçentlik başvurusu yapmaktadır) tıp alanındaki doçent adayları için Komisyonda sadece 2 profesör bulunmaktadır. Buna karşılık sayıları 50'ye ulaşmayan güzel sanatlar alanından yapılan doçentlik başvuruları için Komisyonda 5 profesör bulunmaktadır.

maması halinde 3 kişilik jüri belirlenebileceği hususudur. Hal böyle iken öteden beri ÜAK uygulamasında aynı bilim dalından başvuruda bulunan adaylardan, (o bilim dalında yüzlerce profesör öğretim üyesi bulunmasına rağmen) bazıları için 3 bazılar için ise 5 kişilik jüriler belirlenebilmektedir ki bu somut uygulamaların yasal dayanağı olmadığı gibi çoğu zaman kötüniyetli ve ayrımcı uygulamaların doğmasına da zemin hazırlanmaktadır. Oysa Danıştay İdari Dava Dairelerinin 1990'lı yıllardan bu zamana kadar uzanan ve artık yerleşmiş içtihatlarında jürinin asıl olarak 5 kişiden kurulması zorunluluğu üzerine vurgu yapılmaktadır[14].

D. Doktora/Uzmanlık Sonrası Yayın Yapılmış Olması Şartı

Bir doçent adayı tarafından doçentlik sınavına başvurulabilmesinin en önemli koşulu, adayın doktora/uzmanlık unvanı sonrasında yayın yapmış olmasıdır. Buna göre adayın yüksek lisans veya doktora eğitimi sırasında veya her halükarda doktora/uzmanlığı bitirdiği

[14] Doçentlik sınav komisyonunu düzenleyen maddede açıkça belirtildiği üzere, jürinin, adayın belirttiği bilim veya sanat dalından seçilen beş profesörden oluşması gerekmektedir. Maddenin devamında aynı bilim veya sanat dalında yeter sayıda üye bulunmadığı veya adayın bilim dalı veya uzmanlık ve araştırma konularının özelliği zorunlu kıldığı takdir de bilim veya sanat dallarından jüri seçimi yapılabileceği hüküm altına alınmakta; Ancak bu halde dahi jürinin beş kişiden oluşması gerekti ği anlaşılmaktadır. Maddenin son fıkrası ise yeterli sayıda bulunmadığı hallerde, yine jüride öncelikle beş asil üye kalmak koşuluyla yedek üye sayısını ikiye düşürme olanağını tanımakta; şayet bu dahi imkansız olursa jüri üyeleri sayısının üçe indirilmesini kabul etmektedir. Maddenin bu düzenleniş biçimi, adayın bilim veya sanat dalı, yoksa en yakın bilim veya sanat dalından seçilen beş profesörden oluşan bir jüriyi öncelikle aramaktadır. Temyize konu kararla ilgili dava dosyasının incelenmesinden; Tarımda Enerji Kullanımı Bilim Dalında doçentlik sınavı yapabilecek profesörlerin isimlerinin Danıştay Sekizinci Dairesince Üniversitelerarası Kurul'a sorulduğu ve idarenin verdiği cevapta, beşi ana daldan ondördü ise yakın bilim dalından almak üzere ondokuz profesörün isimlerinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin, 6.maddesinin 4.fıkrası hükmü uyarınca yakın bilim dalı gözönünde bulundurularak beş kişilik jüri oluşturma imkanı varken, bu yapılmayarak ve 5.fıkranın ilk cümlesindeki hüküm de dikkate alınmadan, jürinin oluşumunda en son çözüm olarak öngörülen üç kişilik jüri belirlenmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir. Ayrıca jürinin oluşumundaki hukuka aykırılığın, davacı tarafından benimsenmesi gibi bir kabule katılma olanağı da bulanmamakta ve bu durumdaki bir işlemin süresi içinde olmak koşuluyla dava konusu halinde incelenmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesi kararının bozulmasına karar verildi. DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ 1993/530 1991 254 … 05.11.1993 TARİH (DAN-DER; SAYI:89)

tarihten önce yapmış olduğu yayınların doçentlik eser inceleme aşamasında neticeye etkili hiçbir katkısının olmaması, bir başka ifade ile doçentliğe başvuruda asgari koşulun sağlandığı yayınlar içerisinde yer almaması gerekmektedir. Buna rağmen günümüzde pek çok doçentlik başvurusunda adayların, doktora/uzmanlık eğitimi sırasında (söz konusu unvanların alınmasından önceki dönemde yani lisansüstü öğrenciliği sırasında) yapmış olduğu yayınlarla doçentlik sınavına başvurdukları ve hatta bu şekildeki başvuruları sonrasında da doçentlik sınavında başarılı oldukları görülmektedir. Doçentlik eser incelemesi ve değerlendirilmesi aşamasında jüri üyeleri tarafından yapılan incelemede de dikkat edilmesi gereken; adayın doktora sonrasında özgün ve bilim adına ortaya katma değer katabilecek bilimsel yayın ve çalışmalarının olup olmadığı hususunda yoğunlaşması gerekmesine rağmen jüri üyeleri tarafından da bu hususa dikkat edilmediği görülmektedir. Aşağıdaki dipnotta bu şekilde doçentlik eser inceleme aşamasında jüri üyeleri tarafından başarılı bulunan bir aday hakkında ÜAK Hukuk Müşavirliği tarafından düzenlenen rapora yer verilmekte ve adayın doktora sonrası yayınları olup olmadığı hususuna özellikle vurgu yapılmaktadır[15].

Bu hukuki mütalaadan da anlaşılacağı üzere doktora/uzmanlık eğitimlerinden sonra doçentlik sınavına başvurulabilmesi için aranılan asgari yayın koşulu sağlanmadığı halde, lisansüstü öğrenciliği sırasında yapılan yayınlarla doçentliğe müracaat edilmekte ve hatta jüri üyeleri tarafından da mevzuat gereği yapılması gereken inceleme

---

15 *Doçent adayı; AZA 2008 yılında doktorayı bitirmiş olup mevzuat gereği doçentlik başvurusunda değerlendirmeye alınacak çalışmalarının doktora sonrası yayımlanmış özgün bilimsel çalışmalar olması gerekmektedir. Adayın doktora mezuniyet tarihi 10.07.2008 tarihidir. Adayın A1 Kodlu yayını 2006 tarihli yani doktora öncesi yayımlanmış bir yayın olup puanlamaya dahil edilmemesi, asgari koşul beyanında gösterilmemesi gerekirken aday tarafından beyan edilmiş ve jüri üyeleri tarafından da puanlamaya tabi tutulmuştur. Doktora öncesi 2006 tarihli bu yayına yapılan atıflar nedeniyle de adaya puan verilmiştir. Adayın A2 Kodlu yayını 2006 tarihli yani doktora öncesi yayımlanmış bir yayın olup puanlamaya dahil edilmemesi, asgari koşul beyanında gösterilmemesi gerekirken aday tarafından beyan edilmiş ve jüri üyeleri tarafından da puanlamaya tabi tutulmuştur.*
Adayın A3 Kodlu yayını 2008 tarihli bir yayın olup doktora mezuniyet tarihinden önce yayımlanmış olup puanlamaya dahil edilmemesi, asgari koşul beyanında gösterilmemesi gerekirken aday tarafından beyan edilmiş ve jüri üyeleri tarafından da puanlamaya tabi tutulmuştur. Adayın, jüriler tarafından incelemeye tabi tutulan A5-A6 kodlu yayınları, ÜAK'ta *bulunan dosyasında özgeçmiş ve eserler listesinde yer almamasına rağmen, jürilere gönderilen dosya içerisinde her nasılsa yer almıştır. Adayın B1-B2 kodlu yayınları doktora öncesidir. Puanlamaya dahil edilmemesi gerekirken dahil edilmiştir.*

yapılmaksızın adaylar hakkında "başarılı" şeklinde raporlar düzenlenmektedir.

ÜAK Doçentlik işlemlerinde en sık rastlanılan ihlallerden bir tanesi de doçentlik başvurusu yapılmasından sonra yapılan bilimsel çalışmaların her nasılsa sonradan dosyaya eklenmesidir. Bu aşamada idari bir suiistimalin olduğunu belirtmek daha uygun olur. Jüri üyeleri ancak doçentlik başvurusu yapıldığı tarihe kadarki yapılmış bilimsel çalışmalara göre aday hakkında bir eser inceleme raporu yazma yetkisine sahiptir. Ancak adaylar doçentlik başvurularını ÜAK Genel Sekreterliğine teslim ettikten sonra, başvuru dosyaları ile ilgili idari süreç devam ederken bu süreç içerisinde yapılan yayınlar da daha sonra getirilip başvuru dosyasına eklenmekte ve bu şekilde dosya adeta "kabartılmaktadır"[16].

E. Doçentliğe Başvuruda Asgari Koşulun Sağlanabilmesi İçin Lisansüstü Tezlerden Üretilmemiş Yayınlarla Başvuru Yapılması Zorunluluğu

Doçentlik başvurularında adaylardan; asgari başvuru koşulunu sağlayan yayınlarının adayın lisansüstü tezlerinden üretilmediği ve ayrıca söz konusu yayınların doktora/uzmanlık/sanatta yeterlilik unvanlarının elde edilmesinden sonraki tarihte yayınlanan özgün bilimsel eserler olduğu yönünde imzalı başvuru evrakları alınmakta, adaylar imzaladıkları bu metinle yayınlarıyle ilgili doçentlik mevzuatında bulunan temel ilke ve kuralları sağladıklarını taahhüt etmektedirler.

---

16 *30 Nisan 2010 tarihinde başvuru dönemi sona ermesine rağmen (aday 22.04.2011 tarihinde başvuru yapmıştır) nasıl olup da 24.11.2010 tarihinde (yani başvuruların sona ermesinden 7 ay sonra) Asgari Koşul Bildirim Formu doldurarak dosyaya eklediği hususu da incelenmesi gereken bir başka konudur. Özgeçmiş ve eserler listesi ile asgari koşul beyanname formu birbiri ile çelişmektedir. Adayın A5 Kodlu yayını 2010 tarihli yani doktora sonrası yayımlanmış bir yayın olup ancak başvuru tarihi olan Nisan 2010 tarihinden sonra yayımlanmıştır. Başvuru tarihinden puanlamaya dahil edilmemesi, asgari koşul beyanında gösterilmemesi gerekirken aday tarafından beyan edilmiş ve jüri üyeleri tarafından da puanlamaya tabi tutulmuştur. Adayın A6 Kodlu yayını 2010 tarihli yani doktora sonrası yayımlanmış bir yayın olup ancak başvuru tarihi olan Nisan 2010 tarihinden sonra yayımlanmıştır. Başvuru tarihinden puanlamaya dahil edilmemesi, asgari koşul beyanında gösterilmemesi gerekirken aday tarafından beyan edilmiş ve jüri üyelerine gönderdiği özgeçmiş ve eserler listesinde de bu yayına yer verilmiştir. Adayın B4-B5-B6 kodlu yayınları, başvuru tarihi süre sonu olan 30.04.2010 tarihi sonrası olup ayrıca* ÜAK'a *verilen özgeçmiş ve eserler listesinde de yer almamakta olup her nasılsa jüri üyelerine gönderilen listede gösterilmiş ve bazı jüri üyelerince de puanlamaya tabi tutulmuştur.*

Bu çerçevede; doçentlik başvurusunun geçerli olabilmesi için başvuruya esas yayınların doktora/uzmanlık/sanatta yeterlilik eğitimlerinden sonra yayımlanan eserler olması ve adayın lisansüstü tezlerinden üretilmemiş olması gerekmekte olup bu ilkeleri sağlamayan yayınlarla yapılan başvurular; jüri üyelerini yanıltmayı amaçlayan ve etik ihlal olarak kabul edilen eylemler arasında kabul edilmektedir[17]. Ancak bu ilkenin uygulanmasında ÜAK tarafından bölümler ve adaylar arasında ayrımcılık yapılmakta olup bu durumun eşitlik ilkesi ile uygun olmadığı kanaatindeyim[18].

Burada lisansüstü tezlerden üretilen yayınların doçentlik başvurularında asgari koşulu sağlayan yayınlar olarak gösterilememesi hususu hem doçent adayının kendi yazmış olduğu lisansüstü tezler hem de üniversite öğretim üyesi ve tez danışmanı olarak yönetmiş olduğu lisansüstü tezlere yönelik olarak uygulanmaktadır. Bu çerçevede bir

---

17 Dava dosyasının incelenmesinden, ……..Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünde yardımcı doçent kadrosunda görev yapan davacının, Matematik Bilim Alanı, Uygulamalı Matematik ve Matematiksel Analiz anahtar sözcüklerinden doçentlik sınavına başvurduğu, eser inceleme aşamasında oluşturulan beş kişilik jüri üyelerinin bazıları tarafından başarılı bulunmakla birlikte doçentlik başvurusunda asgari koşulları sağlamak üzere sunduğu iki yayının doktora tezinden üretilmesi nedeniyle bilimsek etiğe aykırılık bulunduğu tespitinin de yapılması üzerine konunun etik komisyona havale edildiği, etik komisyonca oluşturulan 3 kişilik alt komisyon tarafından davacının yayınları incelenerek hazırlanan ortak raporda söz konusu iki yayının hem konu hem yöntem ve sonuçlar hem de metin yazımı olarak doktora tezinin belirli parçalarıyla birebir örtüştüğü sonucuna varılarak etik ihlalinde bulunulduğunun tespit edildiği ve davacının "doktora tezinden yayın üreterek jüriyi yanıltıcı beyanda bulunmak" şeklindeki etik ihlali nedeniyle doçentlik başvurusunun reddi ile 1 yıl süre ile doçentlik sınavına girememe yaptırımının Üniversitelerarası Kurul'a önerildiği, söz konusu öneri doğrultusunda davaya konu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacı hakkında; "doktora tezinden yayın üreterek jüriyi yanıltıcı beyanda bulunmak" şeklindeki etik ihlali nedeniyle etik kurallarına aymadığı gerekçesi ile doçentlik başvurusunun reddi ile 1 yıl süreyle doçentlik sınavına girememe yaptırımının uygulanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. ANKARA 2. İDARE MAHKEMESİ'nin 2009/999 E., 2010/1773 K. sayılı ilamı.

18 Örneğin Mühendislik temel alanında doçentlik başvurusu yapılabilmesi için makalelerin en az birinin lisansüstü tezlerden üretilmemesi şartı bulunmaktadır. Yani mühendislik temel alanında doçent olabilmek için sadece bir makalenin lisansüstü tezlerden üretilmemesi yeterli olup diğer makaleler lisansüstü tezlerden üretilse bile doçentliğe başvuru için bir engel bulunmamaktadır. Oysa Hukuk, Tıp, Sosyal, Beşeri, İdari Bilimler gibi alanlarda doçentliğe başvuruda asgari koşulu sağlayabilmek için gösterilen makalelerin lisansüstü tezlerden üretilmemesi şartı bulunmaktadır.

doçent adayının, tez danışmanı olarak yönetmiş olduğu lisansüstü tezlerden üretilen yayınlara kendi ismini 1.sırada yazmak suretiyle asgari koşulu sağlayan yayınlar olarak bu yayınlarla doçentlik sınavına müracaat edilmesi durumunda da etik bir kusurun oluştuğu kabul edilmektedir[19].

Yönetmeliğe göre davacının doktora sonrası eserlerinin değerlendirmeye alınacağı açıktır. Davacının ise doktora sonrası niteliğine sahip olmayan yayınlarını bu durumu belirtmeden asgari koşulların sağlandığına ilişkin bildirim formuna yazdığı görülmektedir. Bu durumda her ne kadar davacı tarafından asgari koşulların sağlandığına ilişkin bildirim formuna doktora tezinden üretildiği ileri sürülen eserlerine puan vermediği, bu nedenle etik ihlalinde bulunmadığı iddia edilmiş ise de **davacının doktora sonrası niteliğine sahip olmayan yayınlarını bu durumu belirtmeden asgari koşulların sağlandığına ilişkin bildirim formuna yazdığı ve bu suretle jüriyi yanıltıcı beyanda bulunduğu açık olduğundan** davacının Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 11.maddesi gereğince başvurusunun reddi ile doçentlik sınavına 1 yıl girememe cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır[20].

F. Yayınlarda "Başlıca Yazar Olma" Şartının Yerine Getirilmesi

Günümüzde akademik camiada ortak yazarlı makalelere sıklıkla rastlanılmaktadır. Özellikle bir proje kapsamında yürütülen çalışmaların yayın aşamasına dönüştürülmesinde projede görev alan ve

---

19 Davacının doçentlik dosyasının Etik Komisyona gönderilmesinin ardından dosyanın iletildiği alt komisyon tarafından yapılan incelemede, davacının yüksek lisans tezlerinden üretilmiş makalelerde kendisini birinci yazar olarak göstererek etik ihlalinde bulunduğu saptanmıştır. Dava konusu işleme temel olan etik ihlal iddiası jüri üyelerince tutulan tutanak ve raporda; "davacının bilimsel eserlerinin yönettiği lisansüstü tezlerden üretilmesi" olarak açıkça belirtildiğinden ve jüri üyelerince Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına iletilen yazılarda davacının eserlerinden etik ihlali iddiasına temel olabilecek örneklere de yer verildiğinden, davacının 3.11.2006 tarihinde yapılan sözlü sınavındaki etik ihlal iddialarından farklı olarak, bilimsel eserlerinin yönettiği lisansüstü tezlerden üretildiği konusunda tereddüte düşüldüğünden bahisle doçentlik sınavı dosyasının Etik Komisyona gönderilmesine ilişkin dava konusu işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık görülmemiştir. ANKARA 2. İDARE MAHKEMESİ nin 2010/160 E., 2010/220 K. sayılı ilamı.

20 ANKARA 13.İDARE MAHKEMESİ' nin 2007/2435 E., 2008/1139 K. sayılı ilamı.

çalışmalara katkıda bulunan kişilerin tamamının isminin yayına yazılması gerekmektedir. Özellikle laboratuar çalışmalarının önem kazandığı Mühendislik, Tıp, ziraat, biyoloji fizik, kimya gibi alanlarda ortak yazarlı yayınlara daha fazla rastlanmaktadır. Ancak akademik camiada haksız yazarlık, hayalet yazarlık, hediye yazarlık gibi etik dışı davranışların çok yaygın olduğu da bilinmektedir. **ÜAK kararına göre doçentlik başvurusunda bulunabilmek için "**Başlıca yazar" şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. "Başlıca yazar" kavramından ne anlaşılması gerektiği yine ÜAK kararında sınırlı olarak sayılmış olup buna göre;

1. Tek yazarlı makale
2. Danışmanlığını yaptığı lisansüstü öğrenci(ler) ile birlikte yazılmış makale,

Doçentlik başvurusu yapılabilmesi için adayların "başlıca yazar" şartını sağlayabilecekleri makaleler olarak kabul edilmektedir. Yukarıda belirtildiği şekilde tek yazarlı makalesi veya danışmanlığını yaptığı lisansüstü öğrenci(ler) ile birlikte yazılmış makalesi bulunmayan adayların başvuruları jüri belirleme ve ön inceleme işlemlerini yapan komisyonları tarafından reddedilmektedir[21].

"Başlıca Yazar" kriteri ile ilgili olarak bir diğer sorun doçentliğe başvuran adayın tez danışmanı olarak lisansüstü tez öğrencileri ile

[21] Davacının, doçentliğe yükseltilmesi isteğiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali istenilmektedir. Temel alan danışma komisyonu tarafından belirlenen Temel Alan Tabloları ve Başvuru Koşullarında, Mühendislik Temel alanı içinde yer alan yer bilimleri mühendisliği için doçentlik alanı ile ilgili SCI-Expanded veya SSCI kapsamındaki dergilerde yayımlanmış (editöre mektup, özet ve kitap kritiği hariç) en az 3 özgün makalenin bulunması, bunlardan, adayın yaptığı lisansüstü tezlerden üretilmemiş en az birinin SCI-Expanded kapsamındaki dergilerden birinde "başlıca yazar" olarak yayımlanmış olması gerektiği belirtilmiştir. Mahkememizce yaptırılan bilirkişi incelemesinde davacı tarafından sunulan eserlerin bilimsel içerik yönünden yeterli olduğu ancak davacının SCI-Expanded kapsamındaki dergilerin birinde "başlıca yazar" olarak yayımlanmış en az 1 eserinin bulunmasına ilişkin 91 nolu koşulu taşımadığı yönünde görüş bildirilmiş, rapor mahkememizce yeterli bulunmuştur. Buna göre Doçentlik Yönetmeliğinde temel alan olarak belirlenen alanlarda sınava girecek adayların Temel Alan danışma Komisyonu tarafından belirlenen temel koşulları taşımaları gerektiği açık olup davacının SCI-Expanded kapsamındaki dergilerden birinde "başlıca yazar" olarak yayımlanmış en az bir eserinin bulunmasına ilişkin 91 nolu koşulu taşımadığı anlaşılmakla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır. ANKARA 6. İDARE MAHKEMESİ' nin 2002/985 E., 2004/71 K. Sayılı ilamı.

yayın yapması durumunda **"birinci veya ikinci tez danışmanı olmasının"**, başlıca yazar kriterinin belirlenmesinde bir etkisinin olup olmadığı hususudur. Doçentlik başvurusunda asgari koşulu sağlayan yayın olarak gösterilen makalenin ikinci tez danışmanı olarak yazılan bir makale olduğu gerekçesiyle doçentlik başvurusu reddedilen bir aday tarafından açılan iptal davasında idare mahkemesi tarafından verilen bir kararda; "ÜAK tarafından birinci danışman ve ikinci danışman konusunda bir ayrım yapılmadığı ayrıca Lisansüstü eğitim Öğretim Yönetmeliğinin 20/A maddesinde tez çalışmasının niteliğine göre ikinci tez danışmanının atanabileceği" hususlarına vurgu yapılarak doçent adayının ikinci tez danışmanı olarak doktora öğrencisi ile birlikte yaptığı çalışma sonucunda üretilen yayında "başlıca yazar" şartının yerine getirilmiş olduğuna karar vermiştir[22].

G. Yayınların "Özgün Olması" Şartı ve Özgünlüğü Belirlemede Yetki

Özgün veya orijinal kavramı, yeni benzersiz, farklı, değişik, kendine özgü bir niteliği çağrıştırmaktadır[23]. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da "özgün" kelimesine yer verilmektedir. (Bknz. m.8, 17, 45, 80). Ancak kanaatimce "özgün" kavramı ile iki farklı anlam kastedilmekte olup Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde kastedilen; "orijinal, benzersiz, farklı, değişik, kendine özgü, daha önce çalışılmamış" olmak şeklindedir. Buna karşılık 5846 sayılı Kanunda her iki anlam da kastedilmekte olup hem "orijinal, tek, benzersiz olma" hem de "sahibine ait anlatım yöntemi ve anlatım gücü" kastedilmektedir[24]. Bu çerçevede daha önce ortaya konulmuş bir eserin (örneğin bir müzik eserinin) yorumlanma şekli ve yorumlanma yöntemi de o esere özgünlük kazandırabilecektir.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4' üncü maddesinin 2'inci paragrafının c bendinde; "Doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik unvanı iktisap edildikten sonra, doçentlik başvurusunda bulunulacak olan anabilim dalında **özgün** bilimsel yayın ve çalışmaların yapılmış olması, şarttır" hükmü yer almaktadır. Doçentlik eser inceleme aşamasında

22 Ankara 5.İdare Mahkemesinin 2009/1690 E., 2010/382 K. Sayılı ilamı.
23 BAYTAN, s. 10.
24 Bknz. Aynı fikirde BAYTAN, s. 10.

jüri üyeleri tarafından doçent adaylarının eserleri hakkında yapılan değerlendirmelerde üzerinde önemle durulan konulardan bir tanesi de "yayınların özgün olması" koşuludur. Ancak "özgün" kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalı olup bu aşamada jüri üyelerinin takdir yetkisi devreye girmekte çoğu zaman da bu yetki keyfi ve kötüniyetli kullanılabilmektedir. Özgünlük kavramına yüklenen mana jüri üyeleri arasında farklı değerlendirilebildiği gibi zamana göre de farklı anlamlar kazanabilen bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. jüri üyeleri doçent adaylarının eserlerinin özgün olmadığı yönünde eleştiriler ileri sürerken buna gerekçe olarak ; "zaten daha önce defalarca çalışılmış ve yayın haline getirilmiş, bilim dünyasına herhangi bir katkısı olmayan, yeni ve farklı bir fikri yansıtmayan" yayınlar olarak doçent adaylarının eserlerini nitelendirmektedir. Bununla birlikte doçentlik başvuruları ile ilgili olarak eserlerin özgün olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisi jüri üyelerine ait olup, başvuruları ön incelemeye tabi tutan ve jüri belirleme işlemini yapan komisyonların, özgünlük değerlendirmesi yapması mümkün değildir[25].

H. Ulusal/Uluslararası Hakemli Dergi Kavramı

Doçentlik başvuru ve eser incelemesi aşamasında ortaya çıkan sorunlardan bir tanesi de adayların yayınlarının yayımlandığı dergilerin ulusal veya uluslararası hakemli dergi olup olmadığı hususundan kaynaklanmaktadır. Esasında Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin hiçbir yerinde doçentliğe başvurabilmek için ulusal veya uluslararası hakemli dergilerde yayın yapılması zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen bu zorunluluk ÜAK kararlarından kaynaklanmaktadır.

---

25 Davalı idarece yapılan değerlendirme sonucunda (davacının) başvurusunda belirttiği A3 A4 A5 nolu yayınların SCI-Expanded kapsamındaki dergilerde başlıca yazar olarak yayımlanmış özgün makale olmadığı anlaşıldığından bahisle Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4.maddesi uyarınca davacının başvurusunun iptal edildiği, anılan işlemin iptali istemi ile bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davalı idarece başvuru aşamasında yayınların özgün olup olmadığı yönünden değerlendirme yapılmasının eser inceleme aşamasında geçerli olan bir husus olduğu, başvuru aşamasında davacının yayınlarının içeriğine yönelik bir değerlendirme yapılmasının mümkün bulunmadığı açık olup başvuru koşullarını yayınların içeriği yönünden de değerlendirme yaparak genişletme suretiyle tesis olunan davacının doçentlik başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir. ANKARA 9.İDARE MAHKEMESİ' nin 2009/1570 E., 2010/995 K. sayılı ilamı.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin "Başvuru zamanı ve şartları" başlığını taşıyan 4'üncü maddesinin 2'inci paragrafının (c) bendinde; doçentlik başvurusu için; "Doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik unvanı iktisap edildikten sonra, doçentlik başvurusunda bulunulacak olan anabilim dalında özgün bilimsel yayın ve çalışmaların yapılmış olması" şartı düzenlenmiştir.

ÜAK tarafından yapılan tanıma göre "Ulusal Hakemli Dergi"; Editörü ve en az beş değişik üniversitenin öğretim üyelerinden oluşmuş danışmanlar grubu olan, bilimsel/sanatsal özgün araştırma makaleleri yayınlayan, yılda en az iki kez yayımlanan ve son beş yılda düzenli olarak basılıp dağıtımı yapılmış, üniversite kütüphanelerinde erişilebilir olan dergiyi ifade etmektedir.

Uygulamada jüri üyeleri tarafından adayların yayınlarının incelenmesi aşamasında, eserlerin yayınlandığı dergilerin ulusal veya uluslararası hakemli dergi olmadığı yönünde raporlar tanzim edilmekte ve dolayısıyla adayların bu yayınları değerlendirmeye alınmayarak puan verilmemektedir. Çoğu zaman bu iddiaların hukuki dayanağı bulunmamakta olup idari yargı organlarınca da gerek ilgili dergi nezdinde yapılan inceleme ve araştırma ve gerekse TÜBİTAK ve YÖK verileri esas alınarak dava konusu edilmeleri halinde bu şekildeki değerlendirme raporları ve sonuç olarak adayların "başarısız" olduklarına yönelik işlem iptal edilmektedir[26]. Aşağıda ÜAK tarafından bazı

[26] Davacının 2009 yılı Nisan Ayı doçentlik başvurusunun iptal edilmesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istenilmektedir. Uyuşmazlık; "MJES Mediterranean Journal of Education Studies" adlı derginin SSCI, SCI-Expanded, AHCI veya eğitimle ilgili uluslararası alan indeksleri kapsamında özelde, uluslararası alan indekslerinden olan "British Education Index" de yer alıp almadığından kaynaklanmaktadır. Dosyada mevcut MJES Mediterranean Journal of Education Studiesadlı derginin editörü Prof. Ronal G.Sultana'dan alınan yazıda; derginin British Education Index tarafından tarandığı, British Education Index'in müdürü Phil Sheffield'den alınan yazıda da MJES Mediterranean Journal of Education Studies" adlı derginin içeriğini, derginin yayına başladığı 1996 yılından itibaren kapsadığı ve davacının makalesinin British Education Index içerisinde tarandığı belirtilmiş bulunmaktadır. Bu durumda davacının 2009 yılı Nisan ayı doçentlik başvuru döneminde Eğitim Bilimleri ve Öğretmen Yetiştirme Temel alanı Asgari Başvuru Koşullarını sağladığına ilişkin beyannamede belirttiği A3 numaralı yayının yayınlandığı MJES Mediterranean Journal of Education Studies" adlı derginin eğitimle ilgili uluslararası alan indeksleri kapsamında olan British Education Index'de yer aldığı görüldüğünden, aksi gerekçe ile tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. ANKARA 13. İDARE MAHKEMESİ'nin 2010/31 E., 2010/1058 K. Sayılı ilamı.

jüri raporları ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelere yer verilmekte olup bu değerlendirmelerde özellikle ulusal/uluslararası hakemli dergi kavramının jüri üyeleri tarafından suiistimal edilebildiği ve doçent adaylarının mağdur edildiği görülmektedir.

Doçentlik başvurusunda bulunan Osmaniye Korkutata Üniversitesi öğretim üyesi MFÇ ile ilgili olarak; adayın jüri üyelerinin bir tanesi hariç tamamı adayın çalışmalarını başarılı bulmuş ve asgari 6 puanın üzerinde bir puanla çalışmalarını değerlendirmişler olup ancak bir jüri üyesi adaya 1, 8 puan vermiştir. Jüri üyesi adayın çalışmalarının yayınlandığı Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisini Uluslararası Hakemli dergilerden saymamakta, gerekçe olarak da; "Bir derginin uluslararası veri tabanlarında taranıyor olması o derginin uluslar arası olduğunu göstermez, derginin hakemlerinin de dünyanın çeşitli ülkelerinden olması gerektiğini" belirtmekte olup bu değerlendirmeler TÜBİTAK'ın verileriyle ve değerlendirmeleriyle bağdaşmamakta ve kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

Doçentlik başvurusunda bulunan Akdeniz Üniversitesi Öğretim Üyesi AB ile ilgili olarak; adayın jüri üyelerinin bir tanesi adayı başarısız bulmuş diğer üye asgari koşulları sağlamadığını (AF-Kocaeli Ünv.*) beyan etmekte olup diğer 3 üye ise Başarılı raporu düzenlemiştir. Başvuru koşulunu sağlamadığını beyan eden jüri üyesi adayın* A2 ve A4 nolu yayınlarının kendi kanaatine göre uluslararası endekslerde taranmadığını beyan etmekle birlikte bu ifadesinin haklı gerekçesi bulunmamakta, Ulakbim ve YÖK sisteminde endekslerde tarandığı anlaşılmaktadır. *Aday hakkındaki bu tespitin geçerliliği bulunmamaktadır.*

Doçentlik başvurusunda bulunan Anadolu Üniversitesi öğretim Üyesi FB ile ilgili olarak; adayın jüri üyelerinin bir tanesi Başarısız, bir tanesi başvuru koşullarının sağlanmadığı yönünde rapor düzenlemiş olup bu raporu düzenleyen jüri üyesi adayın, Ulakbim tarafından sosyal bilimler endeksinde taranan Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi ve İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi dergisinde yayımlanan iki makalesini değerlendirme dışı bırakmakta olup adaya bu makalelerden dolayı 0 puan vermiştir. Bu işlemin hukuki bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yayınların içeriklerine olan eleştiriler, bu yayınların ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanan makale olmasını engellememektedir. Jüri üyesinin bu değerlendirmeleri TÜBİTAK'ın verileriyle ve değerlendirmeleriyle bağdaşmamakta ve kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

Doçentlik başvurusunda bulunan İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi MKSÖ ile ilgili olarak adayın jüri üyelerinin bir tanesi başvuru koşullarının sağlanmadığı yönünde rapor düzenlemiş olup bu raporu düzenleyen jüri üyesi adayın, Ulakbim tarafından sosyal bilimler endeksinde taranan ; Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi ve Uludağ Üniversitesi İİBF dergisinde yayımlanan toplam 4 makalesini değerlendirme dışı bırakmakta olup adaya bu makalelerden dolayı 0 puan vermiştir. Bu işlemin hukuki bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yayınların içeriklerine olan eleştiriler, bu yayınların ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanan makale olmasını engellememektedir. Jüri üyesinin bu değerlendirmeleri TÜBİTAK'ın verileriyle ve değerlendirmeleriyle bağdaşmamakta ve kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

I. Doçentlik Başvurusunda Adayların Uluslar Arası Bilim Dillerinden Birini Bildiğini Belgelemesi Şartı

Doçentlik başvurularında idari olarak tamamlanması gereken şartlardan bir tanesi de adayların; "uluslararası bilim dillerinden birini bildiğini belgelemesi" şartıdır. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinin 2'inci paragrafının (b) bendine göre; doçentlik başvurusu için *"Merkezi yabancı dil sınavında başarılı olunması"* gerektiği hüküm altına alınmaktadır.

Aynı maddenin 4'üncü paragrafında ise; "*Doçentlik başvurusunda bulunabilmek için adayın, Türkiye'de* yükseköğretim kurumlarında dört yıllık lisans programında *yabancı dil olarak öğretilen, kendi alanında akademik bakımdan ilerlemesini sağlayan ve uluslararası geçerliliği bulunan dillerden birini bildiğini, ÖSYM tarafından yapılan merkezi yabancı dil seviye belirleme sınavından en az altmışbeş puan alarak, belgelemesi gerekir. Anabilim veya bilim dalı belli bir dille ilgili olanlar, bu sınavı başka bir yabancı dilde vermekle yükümlüdürler"* ifadelerine yer verilmektedir.

Bu hükümlerin değerlendirilmesinden; adayların yabancı dil bilgisine ilişkin temel amaç ve gerekçenin; adayın "*kendi alanında akademik bakımdan ilerlemesini sağlaması"* olarak belirlendiği görülmektedir. Doçent adaylarının dil bilgilerine ilişkin yaşanan uyuşmazlıklarda idare mahkemesi kararlarında mevzuatta belirtilen bu amaca vurgu yapılmaktadır. İdare Mahkemesi kararlarında vurgu yapıldığı üzere; "Akademik kariyerin önemli bir basamağı olan doçentlik için belli dillerde yabancı dil koşulu aranmasında, tüm dünyada yaygın olan temel

diller kullanılmak suretiyle evrensel bilgiye daha rahat ulaşılması ve öğretim üyelerinin daha iyi yetişmesinin amaçlandığını söylemek de mümkündür[27].

Yönetmelikte vurgu yapılan *"merkezi yabancı dil sınavı"* hususunda da zaman zaman değişiklikler yaşanmaktadır. Önceki uygulamalarda KPDS ve ÜDS olarak bilinen uygulamadan vazgeçilerek sınav türü teke indirilerek bu sınavlar yerine Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı (YDS) adıyla tek bir sınav sistemine geçilmiştir[28]. Bu günkü uygulamada; geçerlilik süresine ilişkin herhangi bir sınırlama olmaksızın ÜDS, KPDS, YDS sınavlarından 65 ve üzeri puan alınması durumunda doçentlik sınavına başvuru için gerekli şart sağlanmış olmaktadır[29].

Doçentlik sınavı ile ilgili olarak tartışmalı bir diğer konu dillerin türüne ilişkin uygulamadır. Önceki uygulamada doçentlik başvurusu için sadece İngilizce, Fransızca ve Almanca dilleri "bilim dili" olarak kabul edilmiş ve bu diller dışındaki dil belgeleri doçentlik başvuruları için kabul edilmemiştir[30]. Ancak daha sonra ÜAK tarafından alınan

---

27 Karşı oy gerekçesinden alınmıştır. Karşı oy gerekçesinde; idari işlemin gerekçesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu kabul edilmekle birlikte (Davacının Yugoslavya'da doğup büyümesi ve orada Üniversiteyi bitirmesi nedeniyle Sırpçayı biliyor olması, Sırpça dilinden verdiği KPDS belgesinin kabul edilmemesine gerekçe olamayacağı tartışmasızdır) mevzuat gereğince İngilizce, Almanca, Fransızca dillerinden veya Üniversitelerarası Kurul tarafından doçentlik başvurularında kabul edileceği belirtilen dillerden KPDS belgesi getirilmesi zorunluluğu karşısında Sırpça'nın bu dillerden olmadığı ve davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. ANKARA 9. İDARE MAHKEMESİ'nin 2004/2547 E., 2007/1382 K. sayılı ilamı.

28 Bknz. 04.01.2013 Tarih ve 28518 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yabancı Dil Bilgisi Seviye Belirleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

29 http://www.uak.gov.tr/kilavuzlar/Kılavuz_YabancıDil%20Kararları.pdf

30 Uyuşmazlık, …Üniversitesi Fen edebiyat Fakültesi Kimya Bölümünde yardımcı doçent olan davacının doçentlik sınavına girebilmesi için gerekli olan yabancı dil koşulunu sağlamaya yönelik olarak Arapça dilinden KPDS sınavından almış olduğu 73 puana ilişkin sonuç belgesinin geçerli kabul edilmesi isteminin Üniversitelerarası kurul Başkanlığınca reddedilmesinden kaynaklanmaktadır. Yasa ve Yönetmelik hükümleri ile getirilen yabancı dil koşulu ile amaçlanan, Doçentlik kadrosuna atanacak akademik personelin yabancı dilde yayınları takip edebilmesi, bilimsel gelişmeye katkıda bulunabilmesi, ve bunu öğretim faaliyetlerine de yansıtabilmesi olduğu, bu açıdan öncelikle belirlenen İngilizce, Almanca, Fransızca dilleri dışındaki bir yabancı dilin eşdeğer kabul edilmesinin Üniversitelerarası Kurul kararı ile mümkün bulunduğu ancak Kurulun bu belirlemeyi yaparken anılan amaç doğrultusunda ilgili olunan bilim dalını da dikkate alması gerektiği tabidir. Bu durumda Kimya Bölümünde yardımcı doçent olan davacının ilgili olduğu bilim dalı ve yabancı dil koşulunun getirilme amacı birlikte gözetilerek

karar gereği; Ekim 2011 döneminden itibaren doçentlik sınavı başvurularında bütün alanlar için İngilizce, Almanca, Fransızca, İtalyanca, İspanyolca, Rusça, Arapça, Çince, Japonca ve Farsça dillerinden başvuru yapılabileceği kararlaştırılmıştır[31]. Oysa Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde; "*Türkiye'de yükseköğretim kurumlarında dört yıllık lisans programında yabancı dil olarak öğretilen*" bir dilden puan alınması gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmü yabancı dil bilgisine ilişkin şartları oldukça geniş tutmasına ve ÖSYM uygulamasında, dillerle ilgili yapılan merkezi sınav türleri ÜAK tarafından belirlenen dil türlerine göre oldukça çeşitli olmasına rağmen ÜAK tarafından alınan kararla dil türü sayısı 10 dil olarak belirlenmiştir[32]. ÖSYM tarafından 23 dilde (Almanca, Arapça, Bulgarca, Çince, Danimarkaca, Ermenice, Farsça, Fransızca, Gürcüce, Hollandaca, İngilizce, İspanyolca, İtalyanca, Japonca, Korece, Lehçe, Macarca, Portekizce, Rumence, Rusça, Sırpça, Ukraynaca, Yunanca) YDS sınavı yapılmaktadır. Aynı şekilde istikrarlı olmasa da bazı idari yargı kararlarında, ÜAK tarafından belirlenen diller dışındaki diller de (örneğin Sırpça) doçentlik başvurusu yapılabilmesi için kabul edilebilmektedir[33]. Anlaşılacağı üzere ÜAK, Doçentlik Sınav Yönetmeliği ile belirlenen ve ÖSYM tarafından da fiilen uygulanan çerçeveyi oldukça daraltmakta ve 10 dille sınırlı tutmaktadır.

Doçentlik başvurularında dil koşulu ile ilgili olarak "eşdeğerlik" konusu da önem taşımaktadır. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinin 5'inci paragrafında; "*Uluslararası düzeyde yapılan yabancı*

Arapça dili ile ilgili KPDS sınavında alınan sonucun Üniversitelerarası Kurul tarafından kabul edilmemesinde hizmet gerekleri ve kamu yararı yönlerinden hukuka aykırılık görülmemiştir. ANKARA 3. İDARE MAHKEMESİ' nin 2007/251 E., 2008/347 K. sayılı ilamı. Arapça ile ilgili olarak aynı yönde bir başka karar için bknz. ANKARA 4. İDARE MAHKEMESİ' nin 2005/1161 E., 2006/1386 K. sayılı İlamı.

31 Bu dillerin belirlenmesinde; "coğrafi alan olarak en fazla kullanılan diller kriterinin" esas alındığı belirtilmektedir.

32 http://www.osym.gov.tr/dosya/1-69071/h/2013-yds-ilkbahar-donemi-sayisalbilgiler.pdf

33 Örneğin doçentlik sınavına başvuruda Sırpça'yı bilim dili olarak kabul eden idari yargı makamları Yunanca'yı bilim dili olarak kabul etmemektedir. *Yardımcı Doçent olarak görev yapan davacının, doçentlik bilim sınavına girmek için bildiği yabancı dil olarak belirttiği* ***Yunanca'nın uluslar arası bilim dilleri olarak bilinen diller arasında yer almadığı,*** *davalı idarece belirtildiği üzere genel bilim platformu olarak kullanılan dillerden biri olmadığı anlaşıldığından doçentlik bilim sınavına yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.* ANKARA 16.İDARE MAHKEMESİ' nin 2010/712 E., 2010/1694 K. sayılı ilamı.

dil seviye tespit sınavlarındaki başarı notunun doçentlik başvurusu için aranan merkezi yabancı dil sınavındaki başarı şartını karşılayıp karşılamadığına ***Yükseköğretim Yürütme Kurulu*** *tarafından karar verilir"* hükmüne yer verilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde eşdeğerlik konusunda yetki YÖK Yürütme Kurulu tarafından kullanılmış ve uluslararası düzeyde yapılan yabancı dil eşdeğerlik tabloları düzenlenmiştir. Ancak yönetmelikten daha sonra yürürlüğe giren 6114 sayılı ÖSYM Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile bu yetki ÖSYM Yönetim Kuruluna verilmiştir.

Söz konusu Kanun'un 7'nci maddesinin 6' ncı fıkrasında; "*Başkanlık tarafından farklı zamanlarda yapılan sıralama veya seviye tespit sınavlarının eşdeğerliği, her bir sınav sonucunun geçerlilik süresi ile Başkanlığın yaptığı yabancı dil sınavlarının uluslararası yabancı dil sınavlarıyla eşdeğerliği, ilgili uzman raporlarına dayalı olarak, Yönetim Kurulu kararı ile belirlenir."*

hükmüne yer verilmiş olup bu çerçevede doçentlik başvurularında, uluslararası düzeyde yapılan yabancı dil seviye tespit sınavlarının eşdeğerliği ve geçerlik süresi konusunda ÖSYM Yürütme Kurulu tarafından belirlenen çizelge esas alınmaktadır.

Doçentlik sınav başvurularında dil şartının yerine getirilmesinde bir diğer önemli husus; "*Bir dil ile ilgili anabilim/bilim dallarında"* dil şartının nasıl yerine getirileceği hususudur. Doçentlik Sınav Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 4' üncü paragrafının son cümlesinde; "*.. Anabilim veya bilim dalı belli bir dille ilgili olanlar, bu sınavı başka bir yabancı dilde vermekle yükümlüdürler*." hükmü düzenlenmiştir. Bu çerçevede örneğin anabilim/bilim dalı, İngilizce, Almanca, Fransızca, Arapça, Bulgarca vb. olan doçent adaylarının bir başka yabancı dilden 65 puan almaları gerektiği düzenlenmektedir. Aynı şekilde ÜAK'ta alınan karar gereğince; "mesleği dilbilim olanların Türkçe öğrenim görseler bile ikinci bir dilden yabancı dil sınavına girmeleri gerektiğine", "Karşılaştırmalı Edebiyat Bilim Alanından başvuran adayların ikinci bir dilden yabancı dil sınavına girmeleri" gerektiğine karar verilmiştir[34].

Üniversitelerarası Kurul'un, doçent adaylarının dil belgelerinin kabul veya reddinde, mevzuatta öngörülen yasal gerekçelerin dışına çıkarak bazı durumlarda hukuken hiçbir anlam taşımayan gerekçeler

[34] http://www.uak.gov.tr/kilavuzlar/Kılavuz_YabancıDil%20Kararları.pdf

ortaya koyduğu ve bu tür başvuruları reddettiği de görülmektedir. Örneğin doçentlik sınavına başvuran kişinin, başvurusuna esas teşkil eden dilin konuşulduğu ülkede doğup büyümesi ve üniversiteyi de bu ülkede bitirmesi nedeniyle o ülkenin diline ilişkin belgeyi ve dolayısıyla başvuru işlemini reddeden Kurul'un almış olduğu karar idare mahkemesince iptal edilmiştir[35]. Ancak idare mahkemesince dil belgelerine ilişkin karar verilmesi aşamasında idari işlemin "amaç" unsurundan hareket etmek olmalıdır. Asıl temel alınması gereken unsur "uluslar arası bilim dili" olma, yabancı dilde yayınları takip edebilme, bilimsel gelişmeye katkıda bulunabilme ve bunu öğretim faaliyetlerine de yansıtabilme, bilim dünyasına duyurabilme olmalıdır. Eğitim öğretim kamu hizmetinin gerekleri ve bu kıstasın getirilmesindeki kamu yararı da bu şekildeki bir amacı hedeflemektedir.

J. Jürinin Nesnelliği/Tarafsızlığı Doçent Adayı İle Jüri Üyesi Arasındaki Menfaat Veya Husumet

Doçentlik Sınav Yönetmeliği'nin "Sınav jürisinin oluşturulması" başlığını taşıyan 5. maddesinin son cümlesinde; "Doçentlik sınav komisyonundaki asıl ve yedek üyelikler, …….. öğretim üyeleri arasında objektif ölçütlere göre ve eşit olarak dağıtılır"**.** Hükmüne yer verilerek jürilerin oluşturulmasında ve dolayısıyla tesis edilecek idari işlemde nesnellik, eşitlik, tarafsızlık ve objektifliği güvence altına alacak düzenlemelere yer verilmiştir. Bu yasal düzenlemelerin bir sonucu olarak Doçentlik Eser İnceleme Raporlarının ön yüzünde; *"Adayla ilgili herhangi bir tez çalışmasında danışmanlık ilişkiniz veya doçentlik sınavını objektif olarak yapmanıza engel olacak herhangi bir neden var ise (hısım, da-*

35 Dava dosyasının incelenmesinden Bulgar Dili ve edebiyatı Anabilim Dalında öğretim görevlisi olarak görev yapan davacının doçentlik sınavına girmek için Sırpça KPDS belgesiyle yaptığı başvurusunun kabul edilmemesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Olayda davalı idarece işlemin gerekçesi olarak davacının Yugoslavya'da doğup büyüdüğü, üniversiteyi bu ülkede bitirmesi nedeniyle Sırpçayı bilmesinin gayet normal olduğu ileri sürülmüş ise de davacının Bulgar Dili ve Edebiyatı bölümünde öğretim görevlisi olarak görev yaptığı ve KPDS belgesinin de ilgili bilim alanı Bulgarca dışında farklı bir dil olan Sırpça yabancı dilinden alındığı görülmektedir. Bu durumda davacının Yugoslavya'da doğup büyümesinin ve Sırpça dilini biliyor olmasının Sırpça dilinden vermiş olduğu KPDS belgesinin kabul edilmemesi sonucunu doğurmayacağından doçentlik başvurusunda Sırpça'dan vermiş olduğu KPDS belgesinin kabul edilmemesi yolundaki dava konusu işlem hukuka aykırıdır. ANKARA 9. İDARE MAHKEMESİ'nin 2004/2547 E., 2007/1382 K. sayılı ilamı.

valı/davacı, karşılıklı disiplin soruşturması, menfaat ilişkisi) değerlendirme yapmayınız. Lüften iade ediniz". şeklinde bir uyarı notuna da yer verilerek jüri üyelerinin tarafsız eser incelemesi ve değerlendirmesi yapabilmesine yönelik bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. Buna rağmen doçent adayının tez danışmanlarının veya çalıştığı üniversitesindeki bölüm başkanı/profesör öğretim üyelerinin jüri üyesi olarak belirlendiği ve yukarıda yer verilen uyarı notuna rağmen jüri üyelerinin bu görevlerinden çekilmedikleri, uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlar arasında yer almaktadır.

Doçentlik jürilerinin seçimi ve sınavların yapılmasında jürinin nesnelliği ve tarafsızlığının sağlaması Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen "eşitlik ilkesi" nin ve hukuk devleti olmanın bir gereğidir[36]. Anayasanın 10'uncu maddesi herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit ve devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğunu açıklayarak "kanun önünde eşitlik ilkesini" temel bir kural olarak benimsemiştir. 70'inci maddesinde ise, her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip bulunduğu, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemeyeceği açıklaması ile "kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi" vurgulanmıştır[37].

Bu ilkeleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olmasının yanında, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın 11. maddesi hükmünün doğal sonucudur. Anayasanın 70. maddesinde öngörülen "görevin gerektirdiği niteliklerin" hiç kuşkusuz subjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurallarla belirlenmesi gerekir[38].

Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı,

---

36 Memurluğa girişte Anayasal ilkeler ve eşitlik ilkesinin önemi hususunda bknz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 554.

37 GÖZLER, s. 615.

38 DANIŞTAY 5. DAİRESİ' nin 2001/5253 E., 2003/796 K. Sayılı ilamı, Ayrıca bknz. GÖZLER, s. 614-615.

aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır[39].

Jüri üyeleri seçilirken, atamayı gerçekleştiren idare, başvuran adaylar ile belirlenen jüri üyelerinin ilişkileri konusunda azami dikkat göstermelidir[40]. Danıştay, aralarında karşılıklı şikayetler nedeniyle oluşan husumetten dolayı daha önce doktora tez danışmanlığından azledilen kişinin, adayın doçentlik jürisine atanmasının "tarafsız, bilimsel, objektif değerlendirme yapılması ilkelerini zedeleyeceğine" karar vermiştir[41]. Bir başka kararda ise idare mahkemesi; doçent adayına atanan profesör jüri üyesinin yakın arkadaşlarıyla mahkemelik olunması ve bu kişilerle iş/bilimsel ilişki içerisinde bulunulması nedeniyle jüri üyesini olumsuz etkileyebilecekleri yönündeki iddiaya ise itibar etmemiştir[42].

---

39 DANIŞTAY 2. DAİRESİ' nin 2004/7942 E., 2005/4297 K. Sayılı ilamı.

40 TEKİNSOY/MISIR, s. 371.

41 Olayda davacı ile jüri üyesi olarak belirlenen Prof.Dr. ……arasında karşılıklı pek çok şikayet dilekçeleri verildiği ve husumet nedeniyle anılan kişinin davacının doktora tez danışmanlığından azledildiği anlaşıldığından, davacı ile aralarında sürtüşme bulunan bir öğretim üyesinin davacının sınavına jüri üyesi olarak katılması ile tarafsız, bilimsel, objektif değerlendirme yapılması ilkeleri zedeleneceğinden, davacının doçentlik sınav jürisinde görevlendirilmesinde ve bu işleme yapılan itirazın reddine dayanak olan Üniversitelerarası Kurul'un 15-16 Ekim 1998 tarihli toplantısında alınan kararlarda hukuka uyarlık bulunmamaktadır. DANIŞTAY 8. DAİRESİ'nin 2002/576 E., 2003/5915 K. sayılı ilamı.

42 Davacı tarafından her ne kadar yeni oluşturulan jüri üyelerine yönelik olarak, daha önce mahkemelik olduğu kişilerin iş arkadaşları olduğu, hakkında olumsuz yönlendirilme ihtimali olan kişilerden oluştuğu gerekçesiyle sözlü sınavda tarafsız davranmalarının mümkün olmadığı ileri sürülmekte ise de aynı anabilim dalında uzman olan kişilerin birbirlerini iş ve bilimsel çalışmaları nedeniyle tanımalarının doğal olduğu, ortada somut bir durum yokken jüri üyelerinin salt davacının daha önce mahkemelik olduğu kişilerle iş arkadaşlığının bulunmasının onların nesnel ve tarafsız olmaması anlamına gelemeyeceği, ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca sözlü sınavın tüm öğretim üyelerine açık olduğu ve jüri üyelerinin her birinin farklı üniversitelerin öğretim üyesi olduğu da dikkate alındığında davacının söz konusu iddialarının yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının, jüri üyelerinin tarafsız olamayacağına ilişkin savının somut ve hukuken kabul edilebilir bilgi ve belgelere dayanmaması nedeniyle jüri üyelerinin atanmasına ve bildirilmesine ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. ANKARA 1. İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/1308 E., 2009/970 K. sayılı ilamı.

Buna karşılık Danıştay; beş kişilik jüride yer alan iki jüri üyesinin, kadroya atanan kişi ile birlikte birçok ortak makale ve tebliğ çalışması yapmasını, jürinin usule aykırı oluşturulduğuna ve jüri değerlendirmelerinin objektifliğine gölge düşüreceğine dair esaslı bir karine saymıştır[43]. Bir başka kararda ise yüksek mahkeme; doçentlik sınav jürisinin asil üyelerini oluşturan 3 kişiden 2 sinin aynı üniversitenin aynı fakültesinde çalıştıkları ve evli olduklarının dosyadan anlaşıldığını, aynı yerde çalışan ve evli olan 2 kişinin, 3 kişiden oluşan sınav jürisinde jüri üyesi olarak yer almalarının sakınca yaratabileceğinin kuşkusuz olduğunu belirterek sınav jürisinin oluşumundaki usulsüzlük nedeniyle işlemi iptal etmiştir[44].

K. Doçentlik Sözlü Sınavı

Doçentlik sözlü sınavı yasal dayanağını 2547 sayılı Kanun'un 24' ncü maddesinden almaktadır. Madde hükmüne göre;

"Eser incelemesinde başarılı bulunan aday, doçentlik sınav jürisi tarafından, sözlü sınava tabi tutulur. Jüri üyeleri, yapılan sözlü sınavın denetlenebilirliğini sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Sözlü sınavda başarılı olması halinde, adaya ilgili bilim dalında doçentlik unvanı verilir".

Doçentlik sözlü sınavlarındaki en tartışmalı aşamalardan bir tanesi de, eser inceleme aşamasında başarılı olan adaylarla ilgili olarak yapılan sözlü sınav aşamasıdır. Özellikle sözlü sınav aşamasında bu sınavların nesnelliği, tarafsızlığı akademisyenler arasında ciddi tartışmalara neden olmakta, bu sınavın güvenilirliğine her zaman kuşkuyla bakılmaktadır. Siyasi, mezhepsel, etnik, dinsel, bölgesel mensubiyetlerin, mesleki dayanışma, kişisel menfaatler veya düşmanlıkların sözlü sınav aşamalarında etkili olduğuna yönelik yaygın bir inanış bulunmaktadır. Ortaya çıkan uygulamalardan ve şikâyetlerden anlaşıldığı üzere yükseköğretim sisteminde sözlü sınav yapılmasındaki temel amaçtan sapılmakta, bu sınav liyakatli insanların seçiminden çok kayırmacılığın ön plana çıktığı bir aşama olarak uygulanmaktadır.

---

43 DANIŞTAY 8.DAİRESİ'nin 2004/6289 E., 2006/735 K. Sayılı ilamı. (Akt. TEKİNSOY/MISIR, s. 371.).

44 DANIŞTAY 8. DAİRESİ'nin 1991/2026 E., 1992/1122 sayılkı kararı. (Akt. TAN, s. 416.).

Mülâkat; bireyin belli bir statü için liyakat sahibi olup olmadığını değerlendirmek amacıyla kullanılan önemli bir ölçme değerlendirme tekniği olarak mevcudiyetini sürdürmektedir. Bireyin kendisini ve bilgisini yazılı ve sözlü olarak ifade etme yeteneği her zaman eşit düzeyde olmadığına ve sözlü ifade yeteneği liyakat belirlemede önemli bir unsur olduğuna göre, kamuya personel alımında mülâkat sınavı yapılması **"kamu yararına uygun"** bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın herhangi bir maddesinin kamu personeli alımında, mülâkat sınavı yapılmasını engelleyen bir içeriğe sahip olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle kamu personeli alımı söz konusu olduğunda mülâkat sınavı aşamasının mevcudiyeti kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir[45].

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir[46]. Bu zorunluluk hiç şüphesiz idare tarafından (ÜAK) doçent adaylarının seçimi ve doçentlik unvanının verilmesi aşamalarında da uygulama kabiliyetine sahiptir.

Danıştay tarafından önceki yıllarda verilen kararlarda sözlü sınav aşamasının denetlenebilirliği konusunda açılan iptal davaları esas yönünden reddedilmiştir. Bu yıllarda mülakat sınavlarının esasına yönelik bir inceleme yapılmamasına rağmen mülakat sınavlarındaki şeklî ve usulî eksiklikler yönünden iptal kararı verilebildiği görülmektedir[47]. Daha sonraki yıllarda sözlü sınav aşamasının iptal davasına

45 YILMAZ, s. 37.

46 ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı : 2008/54 Karar Sayısı : 2011/45 Karar Günü : 10.3.2011 R.G. Tarih-Sayı : 21.10.2011-28091

47 Dava dilekçesine ekli bulunan ve dava konusu işlemin davacıya tebliğine ilişkin olan 4.12.1996 günlü yazıdan, anılan mülakat sınavının 23.9.1996 tarihi ile 3.10.1996 tarihleri arasında yapıldığı açık olmasına karşın; dosyada bulunan davacının mülakat sınavına ilişkin tutanağın 18.10.1996 tarihini taşıdığı görülmekte olup; yukarıda belirtilen Yönetmelik maddeleri uyarınca mülakat sınavının yapıldığı gün düzenlenmiş olması gereken bu tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirmenin sözkonusu Yönetmelik maddelerinde öngörülen usule uygun olarak yapılmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, mülakat

konu edilebilmesi ve denetlenebilirliği konusunda çok önemli içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir[48].

Fransız Ulusal Meclisinin 26 Ağustos 1789 tarihinde açıkladığı İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 6'ncı maddesindeki, "Tüm yurttaşlar yasa önünde eşit olduklarından, yeteneklerine göre her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiine eşit olarak kabul edilirler; bu konuda yurttaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözetilmez." ilkesi, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin ve kamu yönetimi anlayışının temelini oluşturmuştur. Anayasamızın 2 nci maddesinde hukuk devleti ve 10 uncu maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenirken; 70 inci maddesinde ise; "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." denilmiştir. Sosyal hukuk Devleti, fırsat eşitliğine dayanan Devlettir ve hukuk Devletinde yasaların amacı, hukuk güvenliğini ve kamu yararını gerçekleştirmektir[49].

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerine girişte mülakat sınavı yapılmasının temel amacının o görevi en iyi şekilde yapacak liyakatli adayların belirlenmesini sağlamak olduğuna karar vermiş ve bu çerçevede sözlü sınavlarda kişilerin sözel ifade yeteneklerinin, muhakeme güçlerinin, temsil niteliklerinin, genel ve fiziki görünümlerinin, ikna

---

sınavının usule aykırı olarak yapıldığının belirlenmesi nedeniyle, idarece yeniden ve usulüne uygun şekilde mülakat sınavı yapılmasının gerekli olması karşısında, davacının mülakat sınavında başarısız sayılması istemine yapmış olduğu itirazın reddine ilişkin 4.12.1996 günlü, 69801 sayılı işlemin İdare Mahkemesince iptaline hükmedilmesi gerekirken, davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. DANIŞTAY 5. DAİRESİ' nin 1998/850 E., 2001/2530 K. Sayılı ilamı.

48 Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır. DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 1989/302 E., 1989/671 K. Sayılı ilamı.

Sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceği açıktır. DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 2004/341 E., 2004/3332 K. Sayılı ilamı.

Mülâkatta sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için mülâkatın idari yargı denetimine tâbi tutulması mümkün değildir. Kaldı ki davacı mülâkatta başarılı olduğuna dair iddiasını her hangi bir şekilde ispatlayamamaktadır. DANIŞTAY, 5. DAİRESİ' nin 1982/1421 E., 1985/1858 K. Sayılı ilamı.

49 ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, 2011/113 E., 2012/108 K. Sayılı kararındaki "Dava Dilekçesinin Gerekçe" bölümünden alınmıştır.

kabiliyetlerinin, genel yetenek ve genel kültürlerinin değerlendirilebilmesi amacının esas olduğuna hükmetmiştir [50].

Danıştay İdari Dava Daireleri de sözlü sınavların amacı ve ne şekilde yapılması gerektiği konusunda oldukça ayrıntılı ve yol gösterici bir karara imza atmıştır. Verilen kararda; sözlü sınavın, yazılı sınavın tamamlayıcısı niteliğinde olduğu, sözlü sınav öncesi sorulacak sorular ve cevapların hazırlanması gerektiği, sözlü sınavın sesli ve görüntülü ortamda kaydedilmesi ve sınavı yapan üyelerin takdir ettikleri notu gerekçeleriyle ortaya koymaları gerektiği hususları özellikle hüküm altına alınmıştır[51].

İdari yargı organları, doçentlik sözlü sınavının denetlenebilirliği ile ilgili olarak; "hukuk devleti", "kamu gücünün sınırsız, ölçüsüz, keyfi kullanılmaması", "sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılmasın esas olduğu" hususlarına vurgu yapmaktadır[52].

---

50 ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, 2011/113 E., 2012/108 K. Sayılı kararı. Karar Günü : 18.7.2012 R.G. Tarih-Sayı : 01.01.2013-28515

51 "Mesleğe girişte yapılacak yarışma sınavına katılan adaylara salt yazılı sınav yapılabileceği gibi, adayların mesleki bilgisi ile beraber mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadığının belirlenmesi açısından yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav da yapılması mümkündür. Sözlü sınavın, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın ….. mesleğine uygun yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. ….Aday adaylarının yarıştırıldığı bir sınavda sözlü sınava çağrılacak aday sayısı saptanırken yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmaması, mesleğe olabildiğince yazılı sınavda en başarılı olanların alınmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olması önlenebilir, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir belirleme gerçekleştirilebilir. Sözlü sınav öncesinde adaylara sorulacak soruların ve yanıtlarının sınav komisyonunca belirlenmesi, böylece sözlü sınav öncesinde adaylara yöneltilebilecek soruların ve yanıtlarının hazırlanmış olması gerekmektedir. Sınav sırasında, adaylara hazırlanmış olan bu sorulardan kura yöntemiyle belirlenenlerin sorulacağı tabiidir. Davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır". DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU, 13.11.2008 tarih ve 2008/744 E. Sayılı Yürütmeyi Durdurma Kararı.

52 Davacının 15.10.2008 tarihinde yapılan doçentlik sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin davalı idare işleminin; sınavın, kapısı kapalı bir odada yapıldığı,

Bir başka kararında idare mahkemesi, sözlü sınav tutanağında yeterli gerekçeye yer verilmemesini; "sözlü sınavda davacının bilimsel yeterliliğinin tespitinde objektif değerlendirme ölçülerine uyulmamış olması" olarak değerlendirerek sözlü sınav aşamasının iptaline karar vermiştir[53]. Son yıllardaki idari yargı kararlarında, sorulara verilen ya-

sözlü sınavda sorulan soruların farklı cevapları ve tanımları yapılabilen sorulardan oluştuğu, soruların her birinin kaç puan olduğu ve ayrıca alanın hangi kısmından kaçar soru sorulacağının bir esasa bağlanmadığı, sınavın objektif olarak yapılmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir. T.C. Anayasasının 2.maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel niteliklerinden olan "hukuk devleti" ilkesi, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçüsüz, keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında Anayasanın 8.maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; Anayasanın 125.maddesinde de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir. Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılmasın esas olmalıdır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği açıktır. Dolayısıyla sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. İşlemin hukuka uygunluk denetiminin Anayasanın 125.maddesinde ve 2577 sayılı İYUK'un 2.maddesinde belirlenen hukuki sınırlar içinde yapılabilmesi için davalı idarece tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtların neler olduğunun açıkça ortaya konulmadığı, ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanılarak kayıt altına alınmadığı (elektronik ortamda sesli ve görüntülü kayıt gibi) anlaşılmıştır. Bu durumda davacının doçentlik sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin yargısal denetiminin yapılabilmesi için gerekli olan, tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtların neler olduğunun ortaya konulmamış olması, ayrıca sözlü sınavda teknolojik imkânlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedeniyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan bu kararın, davacının sözlü sınavı kazandığı sonucunu doğurmayacağı, karar üzerine davacının yeniden sözlü sınava alınacağı tabiidir. ANKARA 11. İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/2418 E., 2009/1225 K. sayılı ilamı.

53 Davacının başvurduğu temel alandaki bilgisinin derinliğini, genişliğini ve güncelliğini sınamak amacıyla yapılan sözlü sınavda davalı idarece jüri tarafından davacıya yöneltilen sorulara verilen cevapların yeterli bulunmayarak başarısızlığına karar verildiği belirtilmekte ise de 09.06.2008 tarihli sınav tutanağının "gerekçe" kısmında; "adayın bilgi düzeyi doçentlik unvanını taşıyabilecek yeterlik ve nitelikte bulunmamıştır" şerhinin bulunduğu, davacının bilgisini ölçmeye yönelik olarak hangi soruların sorulduğu ve bunlara ne şekilde yanıt verildiği, verilen yanıtların objektif olarak değerlendirmesinin her bir jüri üyesi tarafından

nıtların teknolojik imkânlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmamış olmasını iptal sebebi olarak kabul etmektedir[54]. Tüm bu hususlar yanında sözlü sınav aşamasında da sınavın nesnelliği konusunda tüm şüphelerden uzak bir jüri oluşturulması, adayla husumeti/çekişmesi bulunan kişilerin sözlü sınav aşamasında görevlendirilmemeleri gerektiği de Danıştay tarafından hüküm altına alınmıştır[55].

Sonuç

Bu makalede Doçentlik Sınavı Başvuruları ile Doçentlik sınavının yürütülmesi aşamasına ilişkin idari süreç örnek idari yargı kararları ile incelenmeye çalışılmıştır. Doçentlik sınav başvuruları hiç şüphesiz idari bir başvuru niteliğindedir ve sınavın yürütülmesine ilişkin; do-

---

nasıl yapıldığı hususlarının söz konusu tutanakta belirtilmediği görülmektedir. Bu durumda anılan sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde; sözlü sınavda davacının bilimsel yeterliliğinin tespitinde objektif değerlendirme ölçülerine uyulmamış olması nedeniyle hukuka uyarlık olmadığı sonucuna varılmıştır. ANKARA 1.İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/1308 E., 2009/970 K. sayılı ilamı.

54 Her ne kadar mülakat sınavına katılan komisyon üyelerince davacıya yöneltilen sorular karşısında davacının başarısız sayılma gerekçelerinin bir tutanağa bağlandığı anlaşılmış ise de bu tutanakta ilgilinin sözlü sınav aşamasında doçentlik unvanını almaya bilimsel açıdan yeterli olmadığının ortaya konulamadığı, ayrıca sözlü sınavda sorulara verilen yanıtların teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınması ve bu suretle sözlü sınavda komisyon üyeleri tarafından takdir edilen notların gerekçeleriyle birlikte ortaya konulması zorunlu olup davacının katıldığı doçentlik sınavında sorulara verilen yanıtların teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmamış olması nedeniyle ilgilinin sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. ANKARA 14. İDARE MAHKEMESİ' nin 2010/296 E., 2010/999 K. sayılı ilamı.

55 Olayda, davacının gerek ilk kez, gerekse ikinci kez katıldığı sözlü sınavlarda aynı jüri üyelerinin görevlendirildiği, kendi okulunun Anabilim Dalı Başkanı olan .....'ın da bu jüride bulunduğu, davacının adı geçen bu jüri üyesiyle arasının sözlü sınavdan önce de açık olduğu, jüri üyesinin davacıya karşı davranışlarından soruşturma geçirdiği ve tanık beyanlarından da jüri üyesi olarak tarafsızlığı hususunda kuşkular oluştuğu, anlaşılmaktadır. Aktarılan bu durum karşısında, davacıyla
ilgili olarak yürütülen sınavın nesnelliği konusunda duraksama ve kuşku duyulabileceği açıktır. İlgilisinin bilimsel geleceğini belirleyecek olan sınav aşamalarının olumsuz değerlendirme ve yaklaşımlarından uzak bir görünüm taşıması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu gelişim ve bilimsel gereklilikler karşısında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin de katılımıyla jüri oluşturularak yapılan sözlü sınavda hukuka ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmamaktadır." DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 1999/526 E., 2000/8502 K. Sayılı ilamı. Danıştay Dergisi, S.105, s.462.

çentlik başvurularına ilişkin ön inceleme, sınav jürilerinin belirlenmesi, jüri eser inceleme raporları, etik inceleme süreci, sözlü sınav süreci gibi sınavın her aşamasında; Üniversitelerarası Kurul tarafından idari işlemler tesis edilmektedir. Yılda 2 defa yapılmakta olan doçentlik sınavına her bir başvuru döneminde 2500'e yakın doçent adayı tarafından başvuru yapılmakta ve her bir başvuru için yoğun idari süreç yürütülmektedir.

Liyakat ve kariyer ilkeleri, nitelikli bilim insanlarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken çok önemli ilkelerdir. Yükseköğretim hizmetinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve yalnızca günümüzdeki nesilleri değil gelecek nesilleri de ilgilendirmesi, nitelikli, entelektüel öğretim elemanlarının belirlenmesini ve hakkaniyete uygun, eşitlikçi bir sınav *sürecinin yürütülmesini zorunlu kılmakta, bu zorunluluk da doçentlik sınavının idari sürecini yürüten Üniversitelerarası Kurul Genel Sekreterliğine büyük sorumluluklar yüklemektedir.*

Doçentlik sınavının yürütülmesinde gerek Komisyonların ve gerekse jüri üyelerinin mevzuata aykırı olarak takdir yetkilerini kötüye kullandıkları hatta takdir yetkilerinin olmadığı aşamalarda dahi bu yetkiyi kullanmaya çalıştıkları görülmektedir. Mevzuattaki açık düzenleme ile birlikte Danıştay tarafından verilmiş kararlara rağmen bazı adaylar için 5 kişilik bazı adaylar içinse 3 kişilik jüri belirleme işlemleri, doçent adayının husumeti veya menfaati olan jüri üyeleri ile eşleştirilmesi işlemleri, sözlü sınav sürecindeki belirsizlikler ve keyfilikler, jüri üyelerinin; "hakemli dergi", "özgün eser", "puanlama", "asgari koşulun sağlanması" ile ilgili hukuka aykırı değerlendirmeleri doçentlik sınav sürecinde karşılaşılan başlıca hukuksuzluklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Akademik camiaya ait bir sorun olmanın ötesinde eğitim öğretim hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve kamu yararını ilgilendirmesi nedeniyle akademik unvanların elde edilmesine yönelik sınav sürecinin eşitlik, hakkaniyet, açıklık (şeffaflık), dürüstlük ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi buna karşılık kayırmacılığın, siyasi/mezhepsel mensubiyetlerin, partizanlığın sınavın yürütülmesi aşamasında idari sürece etki etmemesi ülkemizin bilimsel kalkınmasının sağlanmasında *çok önemli sonuçları beraberinde getirecektir.*

KAYNAKLAR

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara 2006.

BAYTAN, Dilek Karakuzu: Fikir Mülkiyeti Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

ERYILMAZ, Bilal: Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler, Amme İdaresi Dergisi, Y.1993, C.26, S.4.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul 2008.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin yayınları, Bursa 2006.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2003.

ORTAŞ, İbrahim : Öğretim Üyesi ya da Bilim İnsanı Kimdir?. *PİVOLKA, 3*(12), 11-16.

http://strateji.cukurova.edu.tr/EGITIM/pdf/ibrahim_ortas_bilimadami_01.pdf

ÖZER, Ahmet:Yükseköğretimde Temel Bir Sorun Olarak Yönetsel Özerklik ve Bilimsel Özgürlük Üzerine Bir Tartışma, Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar (UYK-2011) 27-29 Mayıs 2011, İstanbul; 1. Cilt / Bölüm VI / Sayfa 459-467

SEZER, Yasin: Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dergisi, Y. 2003., C.11, S.3-4,

SEZER, Yasin / BİLGİN, Hüseyin : Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 86, s. 168-187.

TAN, Turgut : Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Oral Sander'e Armağan, C. 51, s. 409-423.

TEKİNSOY, Ayhan/MISIR, Mustafa Bayram: Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı Ek Koşullar ve Jüri Raporları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi Y. 2012, C. 61 s. 351-382.

UZ, Abdullah: Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C.2, S.1

UZ, Abdullah / DEMİRCİOĞLU, M. Yaşar: Sözlü Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetim, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

YAMAN, Mehmet:Yükseköğretimde Mesleki ve Yapısal Yeterliklere Akademisyen Seçimi ve Araştırma Ortamının Etkisi Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar (UYK-2011) 27-29 Mayıs 2011, İstanbul; 2. Cilt / Bölüm IX / Sayfa 1038-1043

YILDIRIM, Ramazan: İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya 2006.

YILMAZ Halit: Hâkim Ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar TBB Dergisi Y. 2011 C. 93, s. 35-52.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI Esas Sayısı: 1990/2 Karar Sayısı: 1990/10 Karar Günü: 30.5.1990 R.G. Tarih-Sayı :09.02.1991-20781

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI Esas Sayısı : 2008/54 Karar Sayısı : 2011/45 Karar Günü : 10.3.2011 R.G. Tarih-Sayı : 21.10.2011-28091

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI Esas Sayısı : 2011/113 Karar Sayısı : 2012/108 Karar Günü : 18.7.2012 R.G. Tarih-Sayı : 01.01.2013-28515

ANKARA 1. İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/1308 E., 2009/970 K. sayılı ilamı.

ANKARA 1.İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/1308 E., 2009/970 K. sayılı ilamı.
ANKARA 2. İDARE MAHKEMESİ'nin 2009/999 E., 2010/1773 K. sayılı ilamı.
ANKARA 2. İDARE MAHKEMESİnin 2010/160 E., 2010/220 K. sayılı ilamı.
ANKARA 3. İDARE MAHKEMESİ' nin 2007/251 E., 2008/347 K. sayılı ilamı.
ANKARA 4. İDARE MAHKEMESİ' nin 2005/1161 E., 2006/1386 K. sayılı İlamı.
ANKARA 6. İDARE MAHKEMESİ' nin 2002/985 E., 2004/71 K. Sayılı ilamı.
ANKARA 9.İDARE MAHKEMESİ' nin 2009/1570 E., 2010/995 K. sayılı ilamı.
ANKARA 9. İDARE MAHKEMESİ'nin 2004/2547 E., 2007/1382 K. sayılı ilamı.
ANKARA 9. İDARE MAHKEMESİ'nin 2004/2547 E., 2007/1382 K. sayılı ilamı.
ANKARA 11. İDARE MAHKEMESİ' nin 2008/2418 E., 2009/1225 K. sayılı ilamı.
ANKARA 13. İDARE MAHKEMESİ'nin 2010/31 E., 2010/1058 K. Sayılı ilamı.
ANKARA 13.İDARE MAHKEMESİ' nin 2007/2435 E., 2008/1139 K. sayılı ilamı.
ANKARA 14. İDARE MAHKEMESİ' nin 2010/296 E., 2010/999 K. sayılı ilamı.
ANKARA 16.İDARE MAHKEMESİ' nin 2010/712 E., 2010/1694 K. sayılı ilamı.
DANIŞTAY 2.DAİRESİ' nin 2004/7942 E. 2005/4297 K., sayılı ilamı.
DANIŞTAY 5.DAİRESİ' nin 2001/5253 E., 2003/796 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY 5. DAİRESİ' nin 1998/850 E., 2001/2530 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY, 5. DAİRESİ' nin 1982/1421 E., 1985/1858 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY 8. DAİRESİ'nin 2002/576 E., 2003/5915 K. sayılı ilamı.
DANIŞTAY 8.DAİRESİ'nin 2004/6289 E., 2006/735 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY 8. DAİRESİ'nin 1991/2026 E., 1992/1122 sayılı kararı.
DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 1989/302 E., 1989/671 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 2004/341 E., 2004/3332 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY 8. DAİRESİ' nin 2002/576 E., 2003/5915 K. sayılı ilamı.
DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU' nun 1991/254 E., 1993/530 K. Sayılı ilamı.
DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU' nun 13.11.2008 tarih ve 2008/744 E. Sayılı Yürütmeyi Durdurma Kararı.

ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞUNA BİR İTİRAZ OLARAK "EGEMENLİK"

AS AN OBJECTION TO THE SOVEREIGNTY OF LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW

Ferhat USLU*

Özet: Egemenlik, anayasa yargısının meşruluğuna bir itiraz olarak öne sürülmektedir. Egemenlik kavramının klasik anlamı büyük ölçüde bu itirazı haklı kılmaktadır. Ancak egemenlik kavramının çağdaş anlamı değerlendirildiğinde, onun anayasa yargısının meşruluğu bakımından bir sakınca oluşturmadığı kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısının Meşruluğu, Egemenlik, Egemenlik Kavramının Çağdaş Anlamı, Kuvvetler Ayrılığı

Abstract: Sovereignty has been asserted as an objection of legitimacy of judicial rewiev. Classic definition of the concept of sovereignty has justified this objection highly. However sovereignty should not have accepted as an objection of legitimacy of judicial when evaluated of the contemporary meaning of the concept of sovereignty.

Keywords: Judicial Review, Legitimacy of Judicial Review, Sovereignty, Contemporary Meaning of the Concept of Sovereignty, Separation of Powers.

GİRİŞ

Bilindiği gibi anayasa yargısı ve anayasa yargısı organları, genel olarak devlet iktirarının, özelde ise siyasi iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesi işlevini yerine getirmektedirler. Meşruluğunu doğrudan halkın iradesinden alan ve halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının üzerinde, atama ile oluşmuş bir kurul tarafından yapılan yargısal denetimin demokrasi ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu, anayasa yargısının bulunduğu devletlerin tamamında çözümlenmesi gereken bir sorun olarak gündemde bulunmaktadır[1]. Kuşkusuz bu

* Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hu-

konu doğrudan anayasa yargısının meşruluğu ile ilgilidir. Bu kapsamda anayasa yargısının biri hukuki ve diğeri de demokratik meşruluğu olmak üzere iki tür meşruluğundan söz edilebilir.

Anayasa yargısının hukuki meşruluğu, anayasanın üstünlüğü ilkesi bağlamında açıklanabilir ve temellendirilebilirken, aynı ilke onun demokratik meşruluğunu açıklamak için yeterli görülmeyebilir. Kuşkusuz anayasa yargısının demokratik meşruluğu başta bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi olmak üzere işlevleriyle doğrudan ilişkilidir. Ancak anayasa yargısının meşruluğu konusu değerlendirilirken karşılaşılan en büyük sorunlardan birisi, anayasa yargısı organlarının kuruluşlarında, yasama organının oluşumunun tersine halk iradesinin hemen hiç rol oynamamasıdır. Gerçekten de, demokratik ilkelere uygun olarak yapılan seçimlerle oluşmuş ve bundan dolayısı meşruluğu doğrudan doğruya hakın iradesine dayanan yasama organı tarafından belirli bir süreç takip edilerek yapılan bir kanunun, üyelerinin tamamı atanmış kişilerden oluşan bir kurul tarafından geçersiz kılınabilmesinin, açıklanması gereklidir[2].

Diğer taraftan anayasa hâkimleri, yasama organı üyeleri gibi doğrudan bireyler tarafından seçilmiş temsilciler değildir. Dolayısıyla anayasallık denetimi yapan kurulun "temsilî" niteliği ya hiç bulunmamakta ya da yasama organı ile karşılaştırıldığında temsili niteliği oldukça düşük ölçüde kalmaktadır. Esasında anayasallık denetimine hukuk sistemlerinde yer veren devletlerden hiç birinde[3], bu denetimi yerine getiren kurulun üyeleri doğrudan seçmen çoğunluğu tarafından belirlenmemektedir. Anayasallık denetimi yapmakla görevli kurulun üyelerinin belirlenme tarzına ilişkin kurallar her devlette farklılık arz etmekle birlikte, genellikle anılan üyeler devlet başkanı, yasama organı ve diğer yüksek mahkemeler tarafından çeşitli yöntemlerle belirlenmektedir[4].

---

kuku, (Son Değişikliklere Göre), 12. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 469.

2 Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005, s. 31.

3 Birleşik Krallık, Hollanda, Libya ve Lesotho Krallığı dışında diğer devletlerin hukuk sistemlerinde anayasa yargısına yer verilmiştir. Bkz.: Constitutional-Judicial Review, http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng =en&stat=1&prt=0&srt=0, 3 Eylül 2013.

4 Türkiye'de, 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişikliğinden önce AYM üyelerini kesin olarak belirleme yetkisi tamamen Cumhurbaşkanına ait bulunmaktaydı (Any. md. 146/2). Ayrıca 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun md. 5 ile değiştirilmeden önce Any. md. 102/1'ye göre Cumhurbaşkanı, doğrudan genel oyla halk tarafından seçilmeyip TBMM tarafından seçil-

Bu noktada dikkat çeken konu, demokratik bir sistemde en temsili nitelikteki erklerden birisi olan yasama organına karşı, çoğunlukla demokratik ilkeler gözetilmeden oluşmuş bir kurumun müdahalesidir. Esasında bu yaklaşım, anayasallık denetimi yapan bir kurulun, faaliyetiyle, yasama ve yürütme erklerinin "üzerinde konumlanarak", birkaç kişinin çoğunluğun iradesini geçersiz kılarak ona egemen olacağı savına dayanmaktadır[5].

Şu halde anayasa yargısının ve anayasa yargısı organlarının meşrulukları tartışılırken ortaya atılan itirazların erkler ayrılığı ile ilgilidir. Ancak erkler ayrılığı ilkesi egemenliğin kullanılması ya da devlet içerisindeki egemenliğin dağılımını ifade etmesi nedeniyle, anılan konunun son tahlilde egemenlik kavramı ile ilgili olduğu gözlenmektedir[6]. Yine anayasa yargısının meşruluğu ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda eksen kavram olan "egemenlik kavramının" anlamlandırılması da konu bakımından önem arzetmektedir.

Esasında, anayasa yargısının meşruluktan yoksun olduğuna ilişkin az önce sözü edilen itirazlar, büyük ölçüde egemenliğin klasik anlaşılış biçiminden kaynaklanmaktadır. Bireylerin temsilcilerinden oluşan yasama organı üzerinde, atama ile oluşmuş bir kurul tarafından yapılan yargısal denetimin demokrasi ile nasıl bağdaştığı sorusuna verilecek cevap, doğrudan egemenlik kavramının anlamı ve onun kullanıması ile ilgilidir. Bu makalede egemenlik kavramının klasik ve çağ-

---

mekteydi. Dolayısıyla Cumhurbaşkanın kimin olacağı konusunda halk iradesinin belirleyiciliği oldukça düşüktü. Ancak 5678 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından genel oyla seçilmesi esası benimsenmiştir (Any. md. 102/2). Bu durum, AYM üyelerinin belirlenmesi işindeki "demokratik zincir"i kısaltmıştır. Diğer taraftan 5982 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliği ile AYM'nin oluşumunda bir reform yapılmıştır. Bu reform kapsamında on yedi anayasa hâkiminden üçünün dolaylı da olsa TBMM tarafından belirlenmesi kabul edilmiştir (Any. md. 146/2). Anılan her iki anayasa değişikliği ile hem AYM üyelerinin belirlenmesinde demokratik temsile dayalı yeni bir sistem getirilmiş, hem de anayasa hâkimlerinin az da olsa temsilî nitelik kazanmaları sağlanmıştır.

5 Arslan, a.g.e., s. 31.

6 Göztepe bu itirazları şöyle dile getirmektedir: "1- Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, hiçbir organ diğerinin etkinliğine karışamaz, diğerine müdahale edemez. Dolayısıyla yargının yasama üzerindeki denetimi, bu ayrılmış işlevleri birbirine karıştırmaktadır. 2- Demokrasi, halkın seçtiği temsilciler eliyle devletin yönetilmesiyse, halk tarafından seçilmeyen yargıçların yasama meclisinin yaptığı işlemleri denetlemesi, iptal etmesi demokratik ilkelerle bağdaşmaz." Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ankara, AÜHFY, Yayın No. 530, 1998, s. 7.

daş anlamı üzerinde durularak, anılan kavramın günümüz şartlarında büründüğü anlamın anayasa yargısının meşruluğu üzerinde herhangi bir olumsuz etkisi olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. EGEMENLİK KAVRAMI

Egemenlik kavramı sözlükte, "milletin ve onun tüzel kişiliği olan devletin yetkilerinin hepsi, hükümranlık, hâkimiyet[7]" olarak ifade edilmektedir. Ancak egemenlik kavramının siyaset ve iktidar olgularıyla olan yakın ilişkisi[8], onun siyaset bilimi ve özellikle kamu hukukunda daha derinlikli anlamlara sahip olmasına neden olmuştur. Ayrıca egemenlik kavramı günümüze değin birçok yazar tarafından ele alınmış bir kavram olmasına karşın, anlamı üzerinde tam bir görüş birliğinin olduğu da söylenemez[9]. Ancak bir yetki olarak nitelendirilen egemenlik[10] kavramı için bir tanımlamada bulunmak gerekirse, anılan kavramı, bir devlette var olan asli ve en üstün hukuki iktidar[11] ya da en yüksek emir ve kumanda ehliyeti olarak tanımlamak mümkündür[12].

Çalışmalarında egemenlikle ilgili görüşlere yer veren yazarlar genellikle şu dört özellik üzerinde durmuşlardır:

---

7 TürkDilKurumu,GüncelTürkçeSözlük(Çevrimiçi)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50b7423953bd50.88946446, 15 Ağustos 2013.

8 Mümtaz Soysal, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 171.

9 Egemenlik konusunda görüşlerin çok çeşitli olması, özellikle devlet egemenliğinin sınırlandırılabilirliği ya da ne ölçüde sınırlandırılabileceğine ilişkin tartışmalar büyük ölçüde, egemenlik kavramının çağdaş anlamda tartışılmaya başlandığı on altıncı yüzyıldaki feodal, aristokratik ve monarşik yapı zemininden günümüzde ulaşılan demokratik yapı ve cumhuriyet sistemlerine geçilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Feodal ve aristokratik yönetim biçimlerinin yoğunlukta olduğu dönemdeki egemenlik konusundaki çıkarımların, günümüzdeki yönetim biçimleri ve özellikle de demokrasi karşısında ne denli tutarlı ve/veya tutarsız olacağı kolayca anlaşılabilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz.: Baron Sergei Aleksandrovich Korff, "The Problem of Sovereignty", American Political Science Review, Vol. 17, No. 3, August 1923, pp. 404-414.

10 İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş 6. Basım, İstanbul, Legal Yayınları, 2010, s. 80

11 Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 140.

12 Attila Özer, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları karşısındaki Durumu", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 187.

"Egemenlik hukukî bir iktidardır: egemenlik basit bir güç olayı değildir. Onu kullanan iktidar; bir hukuk düşüncesine dayanır ve bireyler tarafından da hukuk kuralları koymaya yetkili olarak kabul edilir.

Egemenlik aslî bir iktidardır: Egemen devlet, egemenliğini başka bir otoriteden almaz. Oysa, bir devletteki başkaca kuruluşların iktidarı asli değil, devletten alınmış, aktarılmıştır (muktebestir).

Egemenlik en yüce bir iktidardır: En yüce olması, aslî olmasının bir sonucudur. Devlet, egemenliğini kullanırken, kendisinden daha üstün başka bir otoriteye bağımlı değildir.

Egemenlik kayıtsız - koşulsuz bir iktidardır: Bu egemenliğin aidiyetini ifade eder. Çünkü, dışardan ve daha önceden var olan hiçbir normdan kaynaklanmamaktadır. Fakat kullanılması, demokratik bir devlette hukukla kayıtlı ve şartlıdır.[13]"

Egemenlik kavramı ile ilgili görüşlerden söz ederken eski Yunan'dan başlamak gerekirse de, anılan kavramın günümüzde anlaşılış tarzı ve yine günümüze etkileriyle ilgili yapılacak tartışmalar bağlamında Fransız düşünür Jean Bodin'in (1530-1596) görüşlerinden başlamanın daha yerinde olacağı değerlendirilmiştir.

Jean Bodin egemenlik konusundaki görüşlerini "Devlet Üzerine Altı Kitap" adlı eserinde ortaya koymuştur (Les Six Livres De La République-1576[14]). Jean Bodin'e **göre egemenlik, "yurttaşlar ve uyruklar üzerindeki en yüksek, mutlak ve en sürekli güçtür.**[15]" Egemenlik, belirli bir süre için özel çıkarlar amacıyla kullanılmamak üzere verilmiş mutlak bir erki ifade eder. Egemenliğin sürekli erk olma niteliği, onun bir ya da daha fazla kişiye belirli bir süre verilebilmesini engellemez[16]. Egemenliğin s**ürekliliği onun, değişen siyasi** iktidarlarla hiçbir ilişiğinin olmamasını ve zaman içinde sürekli aynı kalmasını ifade eder[17]. Kanun yapmak, savaş ve barışa karar vermek, yükümlü-

13 Teziç, a.g.e., s. 140. Ayrıca bkz.: Kaboğlu, a.g.e., s. 79 ve 80.
14 Eserin İngilizcesi için bkz.: Jean Bodin, Six Books of the Commonwealth, Trans. by Michael John Tooley, Oxford, The Alden Press, 1955.
15 Jean Bodin, "Devlet Üstüne Altı Kitap'tan Seçmeler", Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yeniçağ, C. 2, Haz. Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 183.
16 A.e., s. 183.
17 Murat Sarıca, Siyasi Düşünce Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1973, s. 78.

lük ve vergiler koymak devlet egemenliğinin bir parçasını oluşturur[18]. Egemen bütün bu yetkileri tek başına kullanır ve koyduğu kanunlar ile gelenek ve görenekleri bile değiştirebilir ya da ortadan kaldırabilir[19].

Bodin, devletin ailelerden meydana geldiğini ve bir ailede "babanın egemenliğinin" sınırsız olduğu çıkarımlarından sonra, aile ile egemen erk arasındaki bağlantıdan, egemen erkin egemenliğinin de "sınırsız, mutlak ve sürekli" olduğu sonucuna varmıştır[20].

Egemenlik konusunda görüş belirten yazarlardın diğeri, on yedinci yüzyılda yaşamış Thomas Hobbes'tur. Devletin kuruluşunu, ardılı olan Jean Jacques Rousseau gibi "sözleşme" ile açıklayan düşünürlerden olan Hobbes'e göre devlet, insanları diğer insanların verecekleri zararlardan koruyan ve onları yeryüzünde mutlu bir biçimde yaşayabilmelerini sağlayan erktir[21]. Görüldüğü gibi, güvenlik ihtiyacı Hobbes'un devletinin kuruluşunda temel belirleyicidir. Sözleşme sonucu ortaya çıkan egemen genel kabule dayanmakta ve topluluğu oluşturan bireylerin güvenliğini ve düzenini sağlamak için kendisinin uygun göreceği şekilde topluluğun sahip olduğu erki kullanmaktadır[22]. Ancak bu noktada uyrukların yetkileri oldukça sınırlıdır. Devleti kuran ve egemenin işlem ve kararlar**ına (sözleşmenin gereği) uymak** zorunda olan uyruklar, egemenin kabulü olmaksızın herhangi bir konuda tâbi olmak üzere başka bir egemen **için** sözleşme yapamazlar[23].

Hobbes'un egemeni ile devlet, sözleşmenin başında özdeş gibi gözükse de, egemenlik daha sonra monark ile birlikte vücut bulabilmektedir[24]. Hobbes'un egemeninin meşruluğu, kendisinin sözleşmeden kaynaklanması nedeniyle yeryüzündeki görünür erklere dayanmaktadır ve büyük ölçüde laiktir denilebilir. Ancak onun özellikle doğal hakların tanımlanması konusunu tanrı düşüncesinden ayrı olarak ele alması, düşüncelerinin din dışı olduğunu da göstermez. Hobbes, bir toplumda egemenin yanında ona eş bir kamusal erk olarak kilisenin

---

18 Bodin, "Devlet Üstüne Altı Kitap'tan Seçmeler", s. 187.
19 Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent, Köker, Kral - Devlet Ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 26.
20 Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 20.
21 Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, 3. Basım, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 129 ve 130.
22 A.e., s. 130.
23 A.e., s. 131-136.
24 Cemal Bali Akal, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 2003, s. 97.

varlığına karşı çıkmıştır[25]. Son olarak, Hobbes'un düşüncesinde uyuşmazlıkları çözmek, yargılama yapmak, savaş ve barışa karar vermek gibi yetkiler egemenliğin kapsamında olan yetkilerdir[26].

Hobbes'tan sonra egemenlik konusunda yorum yapan sosyal sözleşmeci düşünürlerden diğeri, on sekizinci yüzyıl Fransız düşünürlerinden Jean Jacques Rousseau'dur. Halk egemenliği anlayışının da öncüsü olan Rousseau'ya göre yasama organı genel iradeyi temsil etmektedir. Bu anlayışta yasama organı, yasama yetkisinin bütün kötülüklerin kaynağı olan monarktan alınarak halkın temsilcilerine verildiği yer olduğu kadar, aynı zamanda onun iradesi bölünmez, yanılmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikleri haizdi[27]. Egemenliğin devredilmezliği, sosyal sözleşme ile ortaya çıkan genel iradenin devlette egemenliğin sahibi olmasından ve egemenliğin kullanılmasının halk oyunun yürütülmesi anlamına gelmesinden kaynaklanmaktaydı[28].

Rousseau'nun düşüncesindeki siyasi sistemde, toplumdaki her bireyin egemenliğin bir parçasına sahip olduğu ön kabulü bulunmaktadır. Dolayısıyla toplumdaki egemen güç, toplumu oluşturan bireylerin toplamını ifade eder. Devletin on bin bireyden oluştuğunu varsayarsak, Rousseau'ya göre, egemen varlığın uyruğa oranı on binin bire oranı gibidir. Eş anlamla, devletin her üyesinin payına, egemen gücün on binde biri düşmektedir. Ancak bu noktada her üyenin, egemen gücün otoritesine tamamen boyun eğdiği unutulmamalıdır. Ayrıca karar alma ile de doğrudan ilgili önemli bir kavram olarak genel iradenin, ortak irade ve özel ya da bireysel iradeden farklı olduğu göz ardı edilmemelidir. Genel irade, genelin çıkarını ve mutluluğunu amaçlarken; ortak irade, sadece özel çıkarlarla ilgilidir ve bu özel iradelerin toplamıyla ortaya çıkar. Genel irade, bireylerin özel çıkarlarına göre genel refah için çaba gösteren vatandaş çoğunluğunun iradesi olduğu için, her vatandaşın özel iradelerinin toplamı olan ortak iradeden farklıdır. Bu açılardan bakıldığında, Rousseau, çoğunluğun iradesi olan genel

---

25 Cemal Bali Akal, Sivil Toplumun Tanrısı, Afa Yayınları, İstanbul, 1990, s. 103-106 ve 116-117.

26 Hobbes, a.g.e., s. 137.

27 Mehmet Tevfik Gülsoy, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 168.

28 Can Akdoğan, "Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma ve Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Harekâtları ile Egemenlik." Askeri Adalet Dergisi, Ankara, Genelkurmay Basımevi, Y. 31, S. 117, Mayıs 2003, s. 24.

iradenin her zaman kamunun iyiliğine yönelik kararlar alacağını ve hiçbir zaman yanılmayacağını kabul etmiştir. Bundan dolayı, çoğunluğun isteklerini sınırlandıracak ve çoğunluğun dışında kalan yanılmış kitleyi oluşturan azınlığın haklarını koruyacak düzeneklere ve kurumlara gerek bulunmamaktadır. Esasında çoğunluğun iradesinin sınırız, mutlak, bölünmez, devredilemez ve temsil edilemez nitelikleri de, onun her zaman kamunun iyiliğine yönelecek olmasından gelir. Kuşkusuz böyle çoğunlukçu demokrasi anlayışının hâkim olduğu bir sistemde, erkler ayrılığı ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi hem çoğunluğun iradesini sınırlandırma sonucunu doğuran hem de azınlık haklarını koruyucu işlev gören araçlara yer verilemez[29].

Rousseau, egemenliğin mutlak iktidarı kullanan monarktan alınıp bireylere verilmeye çalışıldığı 1789 Fransız İhtilâli öncesinin ortamında, toplumun bütününü egemen sayarak, bireyler ile genel iradenin ifadesi olan "kanun" arasında bir irade bütünlüğünün bulunduğunu ortaya koymuştu[30]. Yine, İngiliz yazar ve düşünürlerden Albert Venn Dicey (4 Şubat 1835-7 Nisan 1922) egemenliği hukuksal ve siyasi olmak üzere ikiye ayırmıştır. Yazara göre, Birleşik Krallık'da hukuksal egemenlik yasama organına; siyasi egemenlik seçmenlere aitti. Yasama organı hukuku "yaratırken", seçmen hukukun yaratılması sürecinde etkin rol oynamaktadır[31].

Devlet, Rousseau ile birlikte kendi kendini yöneten bir topluluğun organı haline gelmiş ve topluluğun üzerinde belirleyici erk olmaktan çıkmaya başlamış olmakla birlikte[32], Rousseau, genel irade adına çoğunluğun iradesini neredeyse kutsallaştırması[33] nedeniyle "totaliterizmin öncülerinden" biri olarak kabul edilmektedir[34].

---

29 Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ahmet Şensılay, Ankara, Anahtar Yayınları, 2010, s. 67-73.

30 Soysal, a.g.m., s. 172.

31 Mehmet Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 218 ve 219.

32 Mithat Sancar, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal düzen", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 159 ve 160.

33 Necmi Yüzbaşıoğlu, "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", İnsan Hakları, Haz. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 398.

34 Atilla Yayla, "Rousseau'nun Zihniyet Dünyası", Zaman Gazetesi, 5 Ekim 2012, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/yorum/rousseaunun-zihniyet-dunya-

Devletin belirli sınırlar içerisinde yerleşmiş insan topluluğunun kurumsallaşmış bir siyasi örgüt olarak ortaya çıkması on altıncı yüzyıla rastlaması[35] ve egemenlik konusundaki çalışmaların da ilk kez on altıncı yüzyılda yapılması, egemenliğin devletle birlikte ele alınmasına ve incelenmesene neden olmuştur. Yine bu dönemde egemenliğin devletin temel bir özelliği olarak kabul edilerek devletin üstün ve sınırsız bir otoriteye sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz bunda, egemenliğin var olduğu kabul edilen klasik anlamındaki nitelikleri belirleyici olmuştur[36].

Ancak bu noktada klasik egemenlik anlayışı, egemenliğin devletin ve devlet iktidarının vazgeçilmez bir unsuru olup olmadığı ve egemenliğin devlet içindeki iktidar odaklarından hangisine ait olduğu ya da olması gerektiği gibi bir takım sorunları beraberinde getirmiştir. Bu sorular bağlamında yapılan tartışmalar, ulus egemenliği ve halk egemenliği kavramlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur[37]. İki egemenlik anlayışından ulusal egemenlik kavramı, temsili demokrasi anlayışı ve uygulamasını beraberinde getirirken; halk egemenliği kavramı ise, (eski Yunan'dan binlerce yıl sonra tekrar) doğrudan demokrasi anlayışının tartışılmasına neden olmuştur[38].

Bütün bu anlatılanlardan, egemenlik kavramının zaman içerisindeki değişim ve dünüşüm sonucu aldığı çağdaş anlamının değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

II. EGEMENLİK KAVRAMININ ÇAĞDAŞ ANLAMI

Egemenlik devletin varlığına ve onun eylem ve işlemlerine meşruiyet zemini yaratan bir kavramdır. Sezer'in de belirttiği gibi[39], meşruiyet, "gerçek anlayışı" gerektirir. Eylemleri ve ortaya çıkacak

si/1354384.html, 5 Ekim 2012. Ayrıca Rousseau ile ilgili bir değerlendirme için bkz.: Max Hocutt, "Compassion Without Charity, Freedom Without Liberty: The Political Fantasies of Jean- Jacques Rousseau", The Independent Review, Vol. 8, No. 2, Fall 2003, pp. 165-191.

35 Teziç, a.g.e., s. 127.

36 Turhan, a.g.m., s. 215.

37 A.e., s. 218.

38 Kaboğlu, a.g.e., s. 81 ve 177-182.

39 Ali Osman Sezer, "Bir Meşruiyet Kaynağı Olarak Emek", Star, 23 Mart 2013, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/bir-mesruiyet-kaynagi-olarak-emek/haber-738683, 23 Mart 2013.

değerleri belirleme işlevini görecek bu anlayış biçimi, bütün bir sistemin kurallarını üretecek ölçü birimi olarak "dokunulmaz", "tartışılmaz" ve dolayısıyla da "kutsal" niteliğine sahiptir. Ünlü Alman düşünür Carl Schmitt'in sözleriyle, çağdaş devlet kuramının hemen bütün temel kavramları aslında birer dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Her şeye gücü yeten Tanrı, her şeye gücü yeten kanun koyucuya dönüştürülmüştür. Görüldüğü üzere anlayış biçimi değişse de "kutsal miras" dünyevileşerek çağdaşlığa (!) aktarılmıştır[40]. Böylelikle siyasi değişimler tarihi, var olan kutsallık inancına dayanan değerlere karşı yeni bir kutsallık inancıyla ve fakat bu tipe yönelik bir anlayış biçimi değişikliği girişimleri olarak kabul edilebilir. Esasında "anlamdan" söz edebilmek için temel bir ölçü ve değer gerekir. Bu değer ve ölçünün adı ne olursa olsun, bunlar, bütün değerleri anlamlandıran olarak kutsallık kazanacaktır. Yine herhangi bir toplumdaki meşruiyet anlayışını belirleyen yöntemlerin kaynağı ile kutsallığın kaynağı ve bu kaynağa ulaşan yöntemler özdeştir. Geçmişe bakıldığında anılan kaynağa dayandırılan birçok yöntemin ortaya konulduğu kolaylıkla gözlemlenebilir. Bir soyun, sınıfın ya da öğretinin dokunulmazlığı etrafında somutlaşmışlık, meşruiyet kaynaklarından bir kaçını oluşturur. Bu üç yönteme yakından bakıldığında onların ortak yönünün, kutsal olana ancak kutsal olanların yaklaşabileceği, halkınsa bu aracılara boyun eğerek meşruiyetin gerçekleştirilebileceği inancının olduğudur. Egemenlik anlayışının ister önceki dönemlerdeki biçimi olsun ister ilerleyen sayfalarda anlatılacak biçimi olsun her ikisinde de, az önceki üç yöntemin ortak yönlerinden farklı bir durumla karşılaşılmaz.

On yedinci yüzyıldan beri merkezî krallıkların, on dokuzuncu yüzyıldan beri de ulus devletlerin olmazsa olmaz bir parçası sayılan ulusal egemenlik kavramı, içe ve dışa dönük olmak üzere iki farklı anlamı ifade etmektedir[41]. On yedinci yüzyılda, ulusal egemenliğin, devlet içerisinde uygunan iktidarı ifade eden içe dönük olanına pek

---

40 "Günümüzde devlet egemenliği Tanrısal gücün laikleştirilmiş, dünyevileştirilmiş biçimidir, bu anlamıyla katı bir modernizmin ürünüdür." Uğur Kömeçoğlu, "Kürt Sorununda Egemenlik Kavramı veya Efendileri Çoğaltmak (1)", Zaman, 15 Mart 2013, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/yorum_kurt-sorununda-egemenlik-kavrami-veya-efendileri-cogaltmak-1_2065342.html, 16 Mart 2013.

41 Baskın Oran, "Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 61.

önem verilmemişti. Ulus egemenliğinin dışa dönük anlamını ifade eden devletin bağımsızlığı ve dünya siyasetindeki belirleyiciliğinin ölçüsüne daha fazla önem verilmekteydi. Bu noktada bağımsızlık ile özgürlük kavramları arasındaki ilişkinin özellikle birey eksenli olarak irdelenmesi gerekmektedir.

Yayla'nın belirttiği gibi[42], bireysel açıdan bakıldığında bağımsızlık ve özgürlük birbiriyle yakından ilişkilidir. Bağımsız birey kendi kararlarını kendisi alabilen bireyi ifade eder. Özgür birey ise, kendisiyle ilgili kararlarında ve kendi tercihlerinde başta devletin engellemeleri olmak üzere diğer insanların ve insan gruplarının keyfi engellemeleriyle karşılaşmayan bireydir. Ancak, sınıf, cemaat, ulus ve ümmet gibi gruplar açısından olaya bakıldığında bağımsızlık ile özgürlük arasındaki ilişki gözlemlenemez. Diğer bir deyişle, bir grubun bağımsızlığıyla o grubun üyelerinin özgürlüğü tam olarak örtüşmez. Dolayısıyla bir grubun bağımsız olması onun üyelerinin özgür olması sonucunu vermez ya da çoğunlukla vermeyebilir. Esasında "özgür devlet" ve "özgür toplum" ifadeleri ile asıl belirtilmek istenen, "özgürlükçü devlet" ve "özgürlükçü toplum"dur. Özgürlükçü devletlerde, bireyler "negatif karakterli bireysel özgürlüğe" sahip olmakla birlikte, her bağımsız devlet de bireyler özgür değildir. Tarihe kısaca bakıldığında ileri sürülen düşünceyi ispatlayacak fazlaca örneğe rastlanabilir. Sözgelimi yirminci yüzyılda birçok devletin bağımsızlık mücadelesi sonucu bağımsızlığını kazandığı herkesçe bilinir. Ancak bu devletlerden hepsi özgürlükçü olamamıştır. Bağımsızlık, müstakil bir grubun genel yönetim işini, o grubun üyeleri olan aynı din, dil, etnisite, kültür, tarih vs. den gelen bireylerce gerçekleştirilmesi işidir. Kuşkusuz bu yapı, o grubun sömürge olmasından daha iyi bir durumu ifade eder. Ancak bu yargı, bağımsızlığına kavuşup aynı zamanda özgürlükçü olan devletler için geçerlidir. Yoksa bağımsızlığını elde ettiği halde özgürlükçü olamayan devletlerde, bağımsızlık bireyler için hiçbir anlam ifade etmez. Sözgelimi bağımsız bir devlet olan Kuzey Kore'de halk için özgürlüksüz bir bağımsızlığın ne yararı olabilir ki? Bağımsızlığını elde edip de özgürleşememe olgusuna maruz kalan devletler Kuzey Kore'yle sınırlı değildir. Dünyanın değişik yerlerindeki devletlerden

42 Atilla Yayla, "Bağımsız Türkiye Eşittir Özgür(lükçü) Türkiye midir?", Hürfikirler, 25 Mayıs 2012, (Çevrimiçi) http://www.hurfikirler.com/yazi2538/bagimsiz-turkiye-esittir-ozgurlukcu-turkiye-midir.php, 25 Mayıs 2012.

örnekler verilebilir. Bunlardan kimileri sömürge döneminde bulunan özgürlüklerinin dahi gerisinde kalmıştır. Kimileri de sömürge yönetimi altında kalmalarına karşın, oldukça geniş özgürlüklere sahip oldumuşlardır. Birincilere örnek Sovyet Rusya, Azerbaycan ve Küba'yı; ikincilere örnek Hong Kong verilebilir. Hong Kong, Birleşik Krallık tarafından Çin'e devredilene kadar, Londra'dan atanan bir vali tarafından yönetiliyordu. Dolayısıyla da siyasi olarak bağımsızlığa sahip değildi. Ancak Hong Kong'da yaşayan insanlar din, dil, ifade, seyahat özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına sahip bulunuyorlardı. İşte verilen örnekte olduğu gibi kimi durumlarda bağımsızlık mücadelesinin bağımsızlık lehine fakat özgürlük aleyhine sonuçlanması mümkün olabilmektedir. Grup bağımsızlığını bireysel özgürlüğün aracı yapmayan bir siyasi felsefe, kaçınılmaz olarak diktatörlükle sonuçlanmaktadır. Böyle bir durumda sadece "hegemonyanın sahibi" değişmiş olmaktadır. Özgürlük açısından bakıldığında hegemonya sahibinin yerli ya da yabancı olması arasında pek fazla bir fark bulunmaz. Üstelik yerli hegemonya sahipleri yabancı hegemonya sahiplerinin cesaret edemeyeceği ölçüde müdahalelere de kalkışabilir. Yabancı hegemonik güçler ne kadar az müdahale ederse o kadar az sorunla karşılaşacağını bilir. Yerli hegemonya sahipleri ise kendisi için bu tür düşünceleri dert etmez. Var gücüyle ve en şedit acımasızlığı ile geniş halk kitleleri üzerinde her türlü şiddeti uygulamaktan çekinmez. Herhalde bu durumun en yakın tarihli örneğini, Suriye oluşturmaktadır.

Bütün bu nedenlerden dolayı, yirmi birinci yüzyılda dış açıdan egemenlik artık iç açıdan egemenliğe bağlı hale gelmiştir[43]. İç egemenlik bakımından, devletin her alanda topluma müdahalesinin giderek daha azaldığı, bireysel hak ve özgürlüklerin daha da genişlediği; dış egemenlik bakımından ise, uluslararası hukukun ve uluslararası kurumların geçerlik alanının giderek daha da genişlediği bir süreç yaşanmaktadır[44]. Bu durumda artık iç işlerinin kalmadığı bir dünyada, hukukun da evrenselliği tartışılmaktadır[45].

---

43 Oran, a.g.m., s. 63.

44 Taha Akyol, "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliği Çağdaş Kayıt ve Şartları", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 102.

45 Murat Belge, "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşüm ve Ulusal Egemenliğin Geleceği", Anayasa Yargısı. S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 43.

Klasik anlamda egemenliğin mutlak, bölünmez, devredilmez nitelikleri ve tek oluşu, son iki yüz yıllık bir zaman dilimine yayılan anayasacılık hareketlerinin sonucu ortaya çıkan ve devleti sınırlandırma ve onu hukuka bağlı kılmayı amaçlayan ilkelerle bağdaşmamaktadır. Sözgelimi erkler ayrılığı ilkesi, klasik egemenliğin bölünmezliği niteliğiyle bağdaşabilir değildir[46]. Aynı şekilde demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri de egemenliğin klasik anlaşılış biçiminde "aşınmaya" neden olmuştur. Hak ve özgürlükler rejimi, federal devletlerin iç yapılarındaki kimi sınırlar ve devletler hukukunun getirdiği sınırlar, egemenliği sınırlandırmaktadır[47].

Diğer taraftan kökleri on dokuzuncu yüzyıl Batı Avrupa'sına uzanan ulusal egemenlik kavramı hukukun değil, daha çok siyasetin belirlediği bir kavram olduğu[48] kadar, aynı zamanda çokça eleştirilen bir kavramdır. Bu eleştiriler şöyle özetlenebilir: Ulus egemenliği söylemi,

- halkı, egemenliğinden yoksun kılmaktadır,
- "sınırlı oy" ile halkın, temsilcileri belirlemesini önlemektedir,
- "hukuki temsili" dışlayarak, vekil ile seçmen arasındaki bağı koparmıştır. Bütün bu eleştiriler, ulusal egemenlik anlayışının demokrasi dışı niteliklerine vurgu yapmaktadır.

Ayrıca seçmenler açısından seçimlerin, yerine getirilmesi zorunlu bir görev olması, "bireysel seçim hakkı"nın gündeme gelmesini engelliyordu. O halde, ulusal egemenlik kavramının, "demokrasinin müsaderesi";demokrasiyi, "siyasi sınıfın", son tahlilde burjuvanın çıkarlarına hizmet eden bir araç haline getirmekten öte fazla bir işlevi bulunmuyordu[49].

Egemenliğin salt siyaset-iktidar alanında tutulması ya da hep bu alana çekilmek istenmesi ve bu alanın kanunilikleri ile açıklanma yoğunluğu, daha çok hukuksal bir kavram olarak onun insanlık dışı eylemler için kötüye kullanılmasına çok uygun bir ortam hazırlamaktadır[50]. Bir devlet ulusal egemenlik kavramını kötüye kullana-

46 Turhan, a.g.m., s. 224.
47 A.e., s. 219.
48 Belge, a.g.m., s. 41.
49 Kaboğlu, a.g.e., s. 181.
50 Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Kültürünün Yapısını 'Nomos-Physis' (Toplum-Kül-

rak bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal ediyor, onlara kötü davranıyorsa, kötülük gören halkın isyan ederek bu rejimi yıkması en doğal hakkıdır. Ulusal egemenlik kavramı, ulus devlet tarafından toplumun özgürlüğünü sınırlandırmak için kullanılıyorsa, insan haklarını değil, devletin ayrıcalıklarını güvenceliyor demektir. Bunun, kanuni dayanağının olup olmaması da önemli değildir[51]. Çünkü çoğunluğun iradesini yansıtan kanunlar da baskıcı olabilir ve sırf devletin menfaatlerini gözetmek için yapılmış olabilir.

İşte bu noktada bireylerin direnme hakkından söz edilebilir[52]. Egemenlik süreci, insanın direnme hakkı ile hukuksal bir söyleme bürünmekte ve bu hak ile egemenlik hukuksal bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır Çağdaş hukuk devleti toplumlarında bu ilişki "sivil itaatsizlik hakkı" tartışması ile anayasal boyuta taşınmakta ve anayasa hâkimlerine egemenliğin yorumlanmasında farklı bir bilinç sağlamaktadır[53].

---

tür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi", Anayasa Yargısı. S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 119.

51 Belge, a.g.m., s. 40 ve 41.

52 Direnme hakkına kimi uluslararası ve ulusal belgelerde açıkça yer verilmiş ya da bu haktan söz edilmiştir. Sözgelimi, 1776 Virginia Haklar Bildirisi (The Virginia Declaration of Rights) Bölüm 3'te, "….herhangi bir yönetim, bu göreve lâyık olmadığını gösterir ya da bu görevi savsarsa, toplumun çoğunluğunu, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde iyileştirmeye gitmek, yapısını değiştirmek veya ilga etmek hakkı doğar. Bu hak vazgeçilemez, devderilemez, iptal edilemez niteliktedir." denilmiştir. The Constitution Society, "The Virginia Declaration of Rights", (Çevrimiçi) http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm, 10 Ağustos 2013. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi md. 2, "Her siyasi topluluğun gayesi insanın tabiî ve müruru zamana uğramaz haklarının muhafazasıdır. Bu haklar hürriyet, mülkiyet, emniyet ve cebir ve tahakküme mukavemettir." düzenlemesini içermektedir. Burhan Kuzu, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 853. 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Başlangıç par. 3 ve par. son, "…İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalmaması için insan haklarının bir hukuk düzeni ile korunmasının temel bir zorunluluk olmasına…Birleşmiş Milletler Genel Kurulu …İnsan Hakları Evrensel Bildirisini ilan eder." A.e., s. 855. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası md. 20/4' e göre, "Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.", Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, "Federal Almaya Cumhuriyeti Anayasası", (Çevrimiçi) http://www.adalet.gov.tr /duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA %20209-276.pdf, 7 Ocak 2013. Türkiye 1961 Anayasası Başlangıç, par. 2 ve par. son, "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimi'ni yapan Türk Milleti …bu Anayasayı kabul ve ilan ve onu …hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder." Kuzu, a.g.e., s. 353.

53 Ökçesiz, a.g.m., s. 129.

Bireyin en doğal haklarından birisi olan direnme hakkı, ancak meşru yolun sonuna gelindiği, hukuk yolu ile yapılacak hiçbir şeyin kalmadığı durumlarda başvurulacak bir yoldur[54]. Demokratik yöntemlerle siyasî iktidarı değiştirme yolunun açık olduğu ve anayasal düzen dışına çıktığı iddia edilen kurumların hukuk çerçevesinde durdurulması mümkün ise, direnme hakkınının kullanılmasının meşruiyetinden söz edilemez. Anılan şartlarda yapılacak eylemler, direnme hakkının kullanılması değil, daha çok bir suç olan başkaldırı niteliği taşır[55]. Ne var ki, Türmen'in de belirttiği gibi[56], "…seçim ile iktidarın değiştirilmesi yolunun açık olması demokrasi açısından yeterli olmayabilir. Basın özgürlüğünün ihlali nedeniyle halkın bilgi edinme hakkının sınırlandığı, yargının bağımsız olmaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin güvencesiz kaldığı, baskı ve korkunun egemen olduğu bir ülkede sadece seçimlerin serbest olması demokrasi açısından fazla bir anlam taşımaz. Bu koşullarda en son çare olarak direnme hakkının kullanılması kaçınılmaz olabilir."

Diğer taraftan, direnme hakkının kullanılmasında mutlaka şiddete başvurulması gerekmez. Sözgelimi şiddetin söz konusu olmadığı sivil itaatsizlik yöntemleri de direnme hakkının bir biçimi olarak görülebilir[57]. Ökçesiz'in de belirttiği gibi[58], sivil itaatsizlik anayasal egemenlik mekanizmasını tahrip etmek değil, onun çerçevesinde kalarak, bir düzeltmeyi gerçekleştirmek veya bu yapıda görülen bir yozlaşmayı engellemek isteyen, bu sırada 'sivil egemen'in emirlerine karşı gelen bir birey eylemidir. 'Birey' sözcüğünün içerdiği siyasal anlam her ne ise, onun adına 'direnme hakkı'nın (sisteme içkin bir içerikle ve şiddetten arınmış olarak pozitif hukukun ihlali tarzında) kullanıldığı bir eylem olarak sivil itaatsizlik, 'birey egemenliği'nin algılanma tarzlarından

54 Metin Şenbil, "Direnme Hakkıyla Demokrat Türkiye", Milliyet Gazetesi, 25 Nisan 2013, (Çevrimiçi) http://gundem.milliyet.com.tr/direnme-hakkiyla-demokrat-turkiye/gundem/gundemya zardetay/25.04.2013/1698055/default.htm, 26 Nisan 2013.

55 Adnan Küçük, "Direnme hakkında frekans karışıklığı", Hürfikirler, 17 Şubat 2011, http://www.hurfikirler.com/yazi1072/direnme-hakkinda-frekans-karisikligi.php, 22 Haziran 2012.

56 Rıza Türmen, "'Direnme Hakkı' Anayasa ve Anarşi", Milliyet Gazetesi, 18 Nisan 2013, (Çevrimiçi) http://gundem.milliyet.com.tr/-direnme-hakki-anayasa-ve-anarsi/gundem/gundemya zardetay/18.04.2013/1695048/default.htm, 18 Nisan 2013.

57 A.e.

58 Ökçesiz, a.g.m., s. 129 ve 130.

ve değişen egemenlik sürecinde, bu değişimi gerçek kılan önemli etkenlerden birisidir. Sivil itaatsizlik bir hukuk devletinde, hukuk devletinin açıklama şemasının krize sürüklendiği bir evrede, bir düzeltim istek ve çabası olarak bireyler tarafından, 'devlet egemenliği'nin 'ulusal egemenlik' kaynağına yeniden bağlanması düşüncesi demektir. Direnme hakkı çerçevesindeki sivil itaatsizlik sadece bireylerce değil ve fakat bireyleri temsilen sivil organlar tarafından da kullanılabilir. Böyle bir durumda anayasallık denetimi ile görevli yargı organları, insan haklarını koruma işlevleri bağlamında "direnme hakkının kullanıldı bir odak" işlevini görebilirler.

Esasında günümüzde "anakronik" bir durum haline gelen klasik egemenlik anlayışı[59], insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Yirminci yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme, bireyin uluslararası hukukun bir öznesi olarak kabul edilmesidir. İkinci Dünya Savaşı öncesinde Almanya'da ortaya çıkan Nazizim; İtalya'da ortaya çıkan Faşizim kitlelere devleti ve onun egemenliğini yüceltici propagandalar yapmışlardı[60]. Bütün bu yanıltıcı propagandalar ise İkinci Dünya Savaşı'nın doğurduğu acı sonuçlara neden olmuştur. İnsanın, insan olmaktan kaynaklanan değerini reddeden ve insanlar arasında eşitliği kabul etmeyen anılan görüşlerin yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunluluğu anlaşılmıştır[61]. Bu zorunluluk ise, hak ve özgürlüklerin uluslararasılaşması ve egemenliğin uluslararasılaşması olgularını ortaya çıkarmıştır[62]. İnsan haklarının uluslararasılaşması ile halk egemenliği ilkesi güçlendi-

59 Teziç, a.g.e., s. 141.

60 "…yeni yeni millî birliğini kurmaya çalışan ülkelerde yabancı aleyhtarlığının gelişmesi de önemli bir olaydır. Memleketin düşman bir âlemle çevrilmiş olduğu, milletin hakkının yendiği yolunda yapılan telkinler, dış düşmanların devamlı komplo hazırladığı, millete haksızlık edildiği şeklinde durmadan tekrarlanan propaganda, memleket içinde yoğun bir milliyetçilik duygusunun canlanmasına yardım etmektedir. Tarihin son dönemlerinde uğranılan yenilgiler, maruz kalınan sıkıntılar, katlanılan fedakârlıklar, halkta durmadan "aşağılık duygusunu kamçılayan" bir propagandaya, malzeme olarak kullanılmaktadır. … Hitler ve Mussolini'nin batılı ülkelere karşı, Alman ve İtalyan milletlerinde uyandırdıkları nefret hissi, bu ülkelerde kurulacak diktatörlük rejimleri için hazırlık olmuştur. Hitler'in durmadan "Versay Diktası"ndan söz edişi, İtalya'da Mussolini ve D'Anunzio'nun "İtalya'nın hakkından" söz edişi tesadüfi değildir." Aydın Yalçın, "Faşizmin Doğuşu", Liberal Düşünce Dergisi, S. 35, Ankara, Liberte Yayınları, Yaz 2004, s. 15.

61 Turhan, a.g.m., s. 225.

62 Arslan, a.g.e., s. 33.

rilmiş; buna karşılık klasik mutlak egemenlik anlayışı, diğer deyişle "baskıcı emretme iktidarı" sınırlandırılmıştır[63]. Genel iradenin yanılmazlığı, egemenliğin bölünmezliği, parçalanamazlığı ve paylaşılamazlığı düşüncesi, yerini sınırlı egemenlik anlayışına bırakmıştır[64]. "Egemenlik; doğa, toplum ve kültür öğeleriyle vurgulanan bir 'çevre'de, iktidar, hukuk ve öznenin köşelerini oluşturduğu bir üçgenin siyasal bağlamda ve büyük ölçüde kamusal alan içerisine yerleşmesiyle, çoğunlukçuluğu aşarak çoğulculuğa bürünmektedir"[65].

Özellikle insan hakları konusunda bireyin uluslararası hukuk alanında öne çıktığı, uluslararası yargı organlarının ulusal devleti aşarak etki alanlarını genişlettiği, ekonomik birleşmelerin siyasi birleşmelere dönüşerek ulusal devletler üzerinde yeni egemenlikler kurduğu kolayca gözlemlenmektedir[66]. Günümüzde insan hakları, uluslararası düzenin yeniden yapılandırılması için çok önemli beş unsurdan birisi olarak kabul edilmektedir[67].

Küreselleşmenin[68] dinamiklerini oluşturan, çok sayıda uluslararası örgütün fiilen ulusal egemenlik alanları içerisinde faaliyet göstermesi, uluslararası hukukun karmaşıklaşması ve çeşitlenmesi, ulusal-üstü ve ulusal-altı yapıların öneminin artması ve bölgesel bütünleşmeler, ulusal egemenlik kavramını değiştirmekte ve dönüşüme uğratmaktadır[69]. Kuşkusuz bütün bu etkenler egemenlik-devlet ilişkisinde de büyük değişim ve dönüşüme neden olmuştur. Dahası, egemenliğin dev-

63 Sancar, a.g.m., s. 165.
64 Arslan, a.g.e., s. 33.
65 Ökçesiz, a.g.m., s. 126.
66 Soysal, a.g.m., s. 174.
67 Diğer dört unsur: Ticaret düzeni, finansal düzen, denizcilik düzeni ve silahsızlanma düzenidir. Bkz.: Daniel M. Kliman and Richard Fontaine, Global Swing States: Brazil, India, Indonesia, Turkey, and the Future of International Order, November 27, 2012, (Çevrimiçi) http://www.gmfus.org/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1353953219CNAS_GlobalSwingStates_Klim anFontaine.pdf, 25 Ağustos 2013, p. 8.
68 Küreselleşme, "Ülkelerarası karşılıklı bağımlılığın artması ve ulusal sınırları aşan evrensel bir kamuoyunun oluşması sürecidir. Beşeri meselelerde ülke ve mekân kavramının önemini yitirmeye başlaması(dır)." Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 9. Basım, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2012, s. 363.
69 Ahmet Davutoğlu, "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 52. Anılan değişim ve dönüşümle ilgili bkz.: Kemal Derviş and Ceren Özer, A Better Globalization, Legitimacy, Governance, and Reform, Brookings Institution Press, Washington, 2005, pp. 200-225.

let için, bir nitelik olma özelliği ortadan kalkmıştır. Esasında, devletin anayasayla kendisine tanınmış ya da sınırlanmış olanlardan başka, "egemenlik" adıyla anılmayı hak eden herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır[70].

Diğer taraftan küreselleşme, ulus devletlerin egemenlik alanlarını daratlmadığı gibi bu alanda güçlendirici bir etkide de bulunmamıştır. Ancak, ulus devletlerin egemenlik alanlarına yeni nitelikler kazandırmıştır. Bu meyanda üye devletlerin tamamı tarafından kabul edilmediği için henüz yürürlüğe girmemiş AB Anayasası'ndan söz edilebilir. Özellikle AB Anayasası'nın karmaşık yetki paylaşımı sistemi (md. I-12), üye devletlerin egemenliklerinden koparılan payları, birliğin başkenti Brüksel'deki bürokrasiye toplayıp merkezileştiren bir sistem öngörmektedir. Bu durumun üye devletlerin ulusal egemenliklerinde eksilmeye ve "Avrupa Süper Devleti"nin gücüne güç katacak olması açıktır[71].

Küreselleşme sürecinde, özellikle ulus devletlerin egemenliklerini belirleyen en önemli unsurlardan birisi, katılım-denetim ilişkisinin yönüdür. Uluslararası örgütler, bir taraftan katılımı teşvik etmekte; diğer taraftan da, ciddi bir denetim mekanizması oluşturmaktadırlar. Anılan denetim mekanizması çoğu zaman ulus devlet yapılarının zayıflamasına ve çözülmesine neden olmaktadır. Ulus devletler, katılım ile denetim arasında denge kuramadıkları zaman, egemenlik alanlarının daraldığını hissetmektedir. Çünkü katılım egemenlik alanını artırmakta; denetim ise, sınırlandırmaktadır. Katılım gücü arttıkça denetim üzerindeki egemenlik alanı da genişlemektedir[72]. Yine de, sonuçta dış egemenlik anlayışının, uluslararası hukuk ve uluslararası kurumlar lehine değiştiği de bir gerçektir[73]. Günümüzde, uluslararası hukukun uygulayıcısı ve uygulatıcısı olan uluslararası kuruluşların etkileri eskisinden daha fazla hissedilmektedir.

Türkiye'de siyasi partilere ilişkin hem mevzuata yönelik iyileştirmeler hem de AYM kararlarındaki seyir ve Devlet Güvenlik Mahke-

---

70 Mustafa Erdoğan, "Yeni Anayasa: Yol Haritası', Liberal Düşünce Dergisi, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 25

71 Bkz.: Mustafa Erdoğan, "Avrupa Birliği Perspektifi", Hukuk Dünyası, Y. 15, S. 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 12 ve 13.

72 Davutoğlu, a.g.m., s. 53 ve 54.

73 Akyol, a.g.m., s. 99.

meleri (DGM) ile ilgili düzenlemeler İHAM kararları gereğince gerçekleşmiştir. Böylelikle, egemenlik yetkisine sahip bir devlet olarak Türkiye'nin anılan yetkisinin kullanılmasında, ulusal-üstü bir kuruluşun müdahalesi söz konusu olmaktadır[74].

Gerçekten de, İHAM'ın İncal-Türkiye ve Çıraklar-Türkiye davalarında verdiği İHAS md. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının[75] ihlâli yönündeki kararlar üzerine önce 18 Haziran 1999 tarih ve 4388 sayılı Kanun ile DGM'lerde görev yapan askeri hâkimler işten el çektirilerek, yerlerini sivil hâkimlere bırakmaları sağlanmıştır. Daha sonra da, 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile DGM'ler Anayasa'dan çıkarılarak (Any. md. 143), 1961 Anayasası döneminde Türkiye hukuk hayatına giren DGM'lerin varlıklarına son verilmiştir[76].

---

74 Kaboğlu, a.g.e., s. 84.

75 Adil yargılanma hakkını düzenleyen İHAS md. 6 şöyledir; "1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir. Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya millî güvenliğin veya ahlâkın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet dâvanın devamınca tamamen veya kısmen Basın mensupları ve halk hakkında tahdid edilebilir. 2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Her sanık ezcümle: a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek, b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak, c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafi tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek, d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir." Kuzu, a.g.e., s. 890 ve 891.

76 İHAM, 9 Haziran 1998, Başvuru No: 22678/93, Karar Sıra No: 785 (İncal-Türkiye Davası); İHAM, 28 Ekim 1998, Başvuru No: 19601, Karar Sıra No: 828 (Çıraklar-Türkiye Davası). İHAM Çıraklar-Türkiye Davası'nda sonunda kısaca; "Başvurucu İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki üç yargıçtan birinin askeri yargıç olması nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre bir yargı yerinin "bağımsız" olup olmadığını tespit edebilmek için başka unsurlarla birlikte, mahkeme üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine, dış Basımlara karşı teminatlarının bulunup bulunmadığına ve mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakılır. "Tarafsızlık" koşulu için ise, iki tür ölçüt uygulanır: İlk olarak belirli bir davada bir hâkimin kişisel kanaatleri

Türkiye açısından uluslararası hukukun ulusal hukuka etkileriyle ilgili söz edilebilecek düzenlemelerden diğerini 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun oluşturmaktadır. 3 Ağustos 2002'de kabul edilen ve 9 Ağustos 2002'de R.G.'de yayınlanan 4771 sayılı Kanun md. 6 ve md. 7 ile İHAM'ın Türkiye aleyhine hükmedilen ve tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılan kararlarının, hukuk ve ceza yargılamalarında yargılamanın yenilenmesine olanak tanınmıştır. Bu amacı gerçekleştirmek için 1086 sayılı

belirlenmeye çalışılır; ikinci olarak, hâkimin tarafsızlığı konusunda meşru kabul edilebilecek kaygıları giderebilecek yeterli güvencelere sahip olup olmadığı tespite çalışılır. Bu dava ikinci ölçütle ilgilidir; yani, ana hukuki sorun yargılama heyetinde yer alan üyelerin kişisel tutumlarından ayrı olarak, mahkeme heyetinin tarafsızlık konusunda kuşku doğuran bir görünüm sunup sunmadığıdır. Bağımsızlık konusunda ise görünüm de bir dereceye kadar önemlidir; bundan çıkan sonuca göre belirli davada belirli bir mahkeme heyetinin tarafsızlığından kuşkulanmak için meşru sebepler bulunup bulunmadığına karar verilirken, tarafsız olunmadığı iddiasında bulunanların görüşü önemlidir; ancak belirleyici değildir; belirleyici olan bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir. Mahkeme olayda bu ölçüleri uygulayarak başvurucunun bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır." şeklinde karar vermiştir. T.C. Yargıtay Başkanlığı, "AİHM Karar Sorgu", (Çevrimiçi) http://www.yargitay.gov.tr /aihm/upload/70_1997_854_1061.pdf, 25 Haziran 2012, par. 38-40. Her iki İHAM kararı ile ilgili değerlendirmeler ve bu konuyla ilgili diğer İHAM kararları için bkz.: Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s. 176-187. Diğer taraftan askeri yargılama hukuk devletinin gerçekleşmesine de engel oluşturmaktadır. Askerî hâkimlerin, bağımsız ve güvenceli olmaması, onların subay üniforması ve dolayısı ile hiyerarşik bir yapılanma içinde görev yapmaları bunun başlıca nedenlerindendir. Ayrıca askeri hâkimler biri mesleki, diğeri kıta amirlerinden aldıkları subay sicili olmak üzere iki tür sicil almakta ve bu sicillerin ortalamasına göre askeri hâkimler terfi etmekteydiler. Kuşkusuz bu durum askeri hâkimlerin idarenin bir noktada emrinde olduğunun da göstergesidir. İHAM'ın ihlal kararları da eklenince Türkiye askeri hâkimleri DGM'lerden çıkarmak zorunda kalmıştır. Bkz. Gültekin Avcı, Genelkurmay Cumhuriyeti, Ordunun Devleti mi Devletin Ordusu mu?, İstanbul, Metropol Yayınları, 2008, s. 100. AYM, askeri hakimlere, bağlı oldukları komutanlar veya askeri kurum amirleriyle kıdemli hakimler tarafından "subay sicili" verilmesini düzenleyen 26 Ekim 1963 tarih, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 17 Temmuz 1972 tarih, 1611 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin, ilk paragrafının "… Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; …" bölümünü ve (1) numaralı alt bendinin "Kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; …" bölümünü anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Karar ve gerekçesi için bkz.: AYM, K.T. 8.10.2009, E. 2006/105, K. 2009/142, R.G. 8.1.2010, S. 27456, (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_ karar&ref=show&action=karar&id=2762&content=, 26 Şubat 2013.

mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK) md. 445\A ve 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na (CMUK) md. 327\a eklenmiştir[77]. Bu düzenlemelerin 1982 Anayasası'ndaki egemenlik anlayışına uygun olmadığı belirtilmiştir.[78] Ancak AYM, bu düzenlemelerin iptali istemiyle açılan davanın reddi yönünde karar vermiştir[79].

---

77 HUMK md. 445\A: "Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler. Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."
CMUK, md. 327/a: "Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler. Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."

78 Özer, a.g.m., s. 191.

79 "4771 sayılı Kanun'nun md. 6 ve md. 7'nin, karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde, bu tür hükümlerin, Avrupa Birliğine üye ülkelerin sadece bazılarının hukuk sistemlerinde yer aldığı, İHAM'ın Türkiye hakkında vermiş olduğu kararların bir kısmında, hukukilik niteliğinin ötesinde, siyasi değerlendirme sonucunda karar verildiği, 1982 Anayasası'nın Başlangıç Kısmında ve md. 6'da millet iradesinin mutlak üstünlüğünden ve egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğundan söz edildiği, egemenlik denen güç ise yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırıldığı, egemenliğin bir kullanım şekli olan yargı yetkisinin Anayasa md. 9 uyarınca, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabileceği, söz konusu maddelerin, egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin, İHAM'ne kısmen devredildiği ve bu böylece bağımsız Türk mahkemelerinin ve yüksek mahkemelerinin üzerinde bir yargı mercii ihdas edildiği, Anayasada, uluslararası sözleşmelerden veya yükümlülüklerden doğan istisnaların saklı olacağı yönünde bir hükme açıkça yer verilmediği sürece, bu tür uluslararası veya ulusalüstü mercilerin milli yargı mercileri üzerinde ve bağlayıcı nitelikte karar verebi-

Son olarak, kamuoyunda "Dördüncü Yargı Paketi" olarak bilinen, 30 Nisan 2013 tarihinde R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan söz edilebilir. Anılan kanunun gerekçesinde, İHAS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen çeşitli kanun hükümlerinde değişiklik yapılması ve İHAM tarafından verilebilecek olası ihlal kararlarının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir[80].

SONUÇ

Egemenliğin çağdaş anlamının tartışıldığı önceki başlık altında yer verilen bilgiler değerlendirildiğinde, "egemenlik" kavramının anayasa yargısının demokratik meşruiyetini olumsuzlayacak bir etkisinin olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan hemen sonra büyük bir ivme kazanan küreselleşme olgusu devlet ege-

---

leceklerinin kabul edilmesinin Anayasa'nın Başlangıç Kısmı, md. 2, md. 4, md. 6, md. 9'a ve ayrıca mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen md. 138/1-2'ye aykırı olduğu nedeniyle AYM'ne açılan iptal davasında AYM iptal talebini oybirliği ile reddetmiştir. AYM iptal talebini reddetmesinin sebepleri olarak, kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan ve olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili kanunlarda sayılarak belirlenmiş olduğu, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İHAS veya Eki protokollerine aykırı olarak verildiğinin, İHAM'nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanmasının, bu sebepler arasına eklenmiş olduğu, buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin kanuna uygun olarak yapıldığının Yargıtay'ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanarak yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görüldüğünde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecek olması, yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da olasılıklar içinde olduğu, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kurala yer verilmediği, davaya bakan hâkimlerin, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani görüşlerine göre karar vereceklerinden, iç hukukun yargılama yöntemine müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durumun söz konusu olmadığını göstermiştir." AYM, K.T., 27.12.2002, E. 146, K. 201, R.G. 11.12.2003 S. 25282, (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1751&content=, 25 Aralık 2012.

80 TBMM, "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı", 7 Mart 2013, (Çevrimiçi) http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0748.pdf, 1 Mayıs 2013, s. 4. Ayrıca bkz.: Avrupa Birliği Bakanı ve Başmüzakereci Egemen Bağış, "4. Yargı Paketi Türkiye'nin Elini Güçlendirecek", Zaman Gazetesi, 19 Nisan 2013, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/yorum_yorum-egemen-bagis-4-yargi-paketi-turkiyenin-elini-guclendirece k_2080070.html, 19 Nisan 2013.

menliğini büyük ölçüde gölgelemiştir. Esasında Sarıbay'ın da belirttiği gibi[81], küreselleşme süreci devleti dışlamamakla birlikte, devletin işlevini değiştirmekte, ona ulusal sınırlar dışında yüklenebileceği bir takım rolleri dayatmaktadır. Dolayısıyla bu süreç devletin rolünü ve niteliğini değiştirmekte ve duruma göre onu "by-pass" edebilecek biçimde işleyebilmektedir. O halde, Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası siyasi ve ekonomik düzeni sağlayan hakem kuruluşlara[82] üye olup bu kuruluşların aldığı kararlara uyma zorunlulunun olduğu bir düzende nasıl ki, egemenlik tartışmaları çok arkaik bir nitelik arzediyorsa, anayasa yargısının meşruluğu tartışmalarında egemenlik kavramının öne sürülmesinin de aynı nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan Göztepe'nin de belirttiği gibi[83], yasama organının her türlü denetimden bağımsızlığının gerekçesi olarak gösterilen erkler ayrılığı ilkesi, tarihin hiçbir döneminde saf haliyle mevcut olmamıştır. Esasında demokratik yönetimlerdeki biçiminin fikir babası olan Montesquieu'nün de amacı "yalıtılmış bir işlevler düzeni" yaratmak değildir. Devlet iktidarının ortaya çıkma biçimleri olan organlar, tamamen birbirinden yalıtılmış değildir ve bunların arasında yalnızca işlevselleştirilmiş bir işbölümünün olduğu kabul edilmektedir[84]. Her üç organ (yasama, yürütme, yargı), kendi işlevlerini yerine getirmenin yanısıra, bütünün (iktidarın) amaç ve değerlerini korumak ve geliştirmekle de görevli olduklarından, bütüne ilişkin böyle bir amaç içinde yasama organıyla yürütme ya da yargı organları karşıt kutuplar olarak nitelendirilemez.

Ayrıca klasik anayasa teorisinde genel iradenin ifadesi olarak kabul edilen kanun, çağdaş demokratik sistemlerde birden çok kısmi or-

---

81 Ali Yaşar Sarıbay, "Millet, Milliyetçilik, Demokrasi", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/millet-milliyetcilik-demokrasi/haber-705040, 17 Kasım 2012.

82 Erol Katırcıoğlu, "Hakem Kuruluşlar mı Hakim Kuruluşlar mı?", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/hakem-kuruluslar-mi-hakim-kuruluslar-mi/haber-705052, 17 Kasım 2012.

83 Göztepe, a.g.e., s. 10.

84 Nitekim bu durum 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında, "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda bulunduğu.…" sözleriyle ifade edilmiştir.

ganca yapılmakta ve bu organların ifade ettiği iradenin, genel iradeyi oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu kısmi organlar, çoğu kez bir siyasi blok meydana getiren, yasama organı ve hükûmet ikilisi, anayasal sisteme bağlı olarak bazı durumlarda devlet başkanı ve anayasa yargısı organının meydana getirdiği bütündür[85].

Bundan dolayı, yaşanılan son yüzyılda bütün devletlerin en temel ortak değerlerinden insan hakları ile kayıtlanmış ve sınırlandırılmış egemenlik, en önemli işlevlerinden birisi insan hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek olan anayasa yargısı ve anayasa yargısı organlarının meşruiyeti bakımından herhangi bir sakınca oluşturmamaktadır.

KAYNAKLAR

Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent, Köker, Kral - Devlet Ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

Akal, Cemal Bali: Sivil Toplumun Tanrısı, Afa Yayınları, İstanbul, 1990,

Akal, Cemal Bali: İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 2003.

Akdoğan, Can: "Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma ve Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Harekatları ile Egemenlik", Askeri Adalet Dergisi, Y. 31, S. 117, Mayıs 2003, s. 19-63.

Akyol, Taha: "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 95-103.

Arslan, Zühtü: Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005.

Avcı, Gültekin: Genelkurmay Cumhuriyeti, Ordunun Devleti mi Devletin Ordusu mu?, İstanbul, Metropol Yayınları, 2008.

Belge, Murat: "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Geleceği". Anayasa Yargısı. S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 37-44.

Bodin, Jean: Six Books of the Commonwealth, Trans. by Michael John Tooley, Oxford, The Alden Press, 1955.

Bodin, Jean: "Devlet Üstüne Altı Kitap'tan Seçmeler", Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yeniçağ, C. 2, Haz. Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 181-199.

Constitutional-Judicial Review, http://www.concourts.net/tab/tab1 .php?lng =en&stat=1&prt=0&srt=0, 3 Eylül 2013.

Çağlar, Bakır: "'Hukuk'la Kavranan 'Demokrasi' ya da 'Anayasal Demokrasi'", Anayasa Yargısı, S. 10, Ankara, AYM Yayınları, 1993, s. 233-276.

85 Bakır Çağlar, "'Hukuk'la Kavranan 'Demokrasi' ya da 'Anayasal Demokrasi'", Anayasa Yargısı, S. 10, Ankara, AYM Yayınları, 1993, s. 257.

Davutoğlu, Ahmet: "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 46-58.

Derviş, Kemal and Ceren Özer: A Better Globalization, Legitimacy, Governance, and Reform, Brookings Institution Press, Washington, 2005.

Erdoğan, Mustafa: "Avrupa Birliği Perspektifi", Hukuk Dünyası, Y. 15, S. 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 9-15.

Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 9. Basım, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2012.

Erdoğan, Mustafa: "Yeni Anayasa: Yol Haritası", Liberal Düşünce Dergisi, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 23-30.

Göztepe, Ece: Anayasa Şikayeti, Ankara, AÜHFY, Yayın No. 530, 1998.

Gülsoy, Mehmet Tevfik: Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Hobbes, Thomas: Leviathan, Çev. Semih Lim, 3. Basım, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001.

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.

Kaboğlu, İbrahim Özden: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş 6. Basım, İstanbul, Legal Yayınları, 2010.

Katırcıoğlu, Erol: "Hakem Kuruluşlar mı Hakim Kuruluşlar mı?", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/hakem-kuruluslar-mi-hakim-kuruluslar-mi/haber-705052, 17 Kasım 2012.

Kliman, Daniel M. and Richard Fontaine: Global Swing States: Brazil, India, Indonesia, Turkey, and the Future of International Order, November 27, 2012, (Çevrimiçi) http://www.gmfus.org/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1353953 219CNAS_ GlobalSwingStates_Klim anFontaine.pdf, 25 Ağustos 2013.

Korff, Baron Sergei Aleksandrovich: "The Problem of Sovereignty", American Political Science Review, Vol. 17, N. 3, August 1923, pp. 404-414.

Kömeçoğlu, Uğur: "Kürt Sorununda Egemenlik Kavramı veya Efendileri Çoğaltmak (1)", Zaman Gazetesi, 15 Mart 2013, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/yorum_kurt-sorununda-egemenlik-kavrami-veya-efendileri-cogaltmak-1_2065342.html, 16 Mart 2013.

Kuzu, Burhan: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.

Küçük, Adnan: "Direnme hakkında frekans karışıklığı", Hürfikirler, 17 Şubat 2011, http://www.hurfikirler.com/yazi1072/direnme-hakkinda-frekans-karisikligi.php, 22 Haziran 2012.

Oran, Baskın: "Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 61-93.

Ökçesiz, Hayrettin: "Hukuk Kültürünün Yapısını 'Nomos-Physis' (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi", Anayasa Yargısı, S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 119-131.

Özer, Attila: "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahke-

mesi Kararları Karşısındaki Durumu", Anayasa Yargısı, S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 187-194.

Rousseau, Jean Jacques: Toplum Sözleşmesi, Çev. Ahmet Şensılay, Ankara, Anahtar Yayınları, 2010.

Sancar, Mithat: "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 158-169.

Sarıbay, Ali Yaşar: "Millet, Milliyetçilik, Demokrasi", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/millet-milliyetcilik-demokrasi/haber-705040, 17 Kasım 2012.

Sezer, Ali Osman: "Bir Meşruiyet Kaynağı Olarak Emek", Star Gazetesi, 23 Mart 2013, (Çevrimiçi) http://haber.stargazete.com/acikgorus/bir-mesruiyet-kaynagi-olarak-emek/haber-738683, 23 Mart 2013.

Soysal, Mümtaz: "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s.171-181.

Şenbil, Metin: "Direnme Hakkıyla Demokrat Türkiye", Milliyet Gazetesi, 25 Nisan 2013, (Çevrimiçi) http://gundem.milliyet.com.tr/direnme-hakkiyla-demokrat-turkiye/ gundem/gundemyazardetay/25.04.2013/1698055/default.htm, 26 Nisan 2013.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Son Değişikliklere Göre), 12. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

The Constitution Society, "The Virginia Declaration of Rights", (Çevrimiçi) http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm, 11 Ağustos 2012.

Turhan, Mehmet: "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, S. 20, Ankara, AYM Yayınları, 2003, s. 215-248.

Türmen, Rıza: "'Direnme Hakkı' Anayasa ve Anarşi", Milliyet Gazetesi, 18 Nisan 2013, (Çevrimiçi) http://gundem.milliyet.com.tr/-direnme-hakki-anayasa-ve-anarsi/ gundem/gundemya zardetay/18.04.2013/1695048/default.htm, 18 Nisan 2013.

Yalçın, Aydın: "Faşizmin Doğuşu", Liberal Düşünce Dergisi, S. 35, Ankara, Liberte Yayınları, Yaz 2004, s. 5-24.

Yayla, Atilla: "Rousseau'nun Zihniyet Dünyası", Zaman Gazetesi, 5 Ekim 2012, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/yorum/rousseaunun-zihniyet-dunyasi/1354384.html, 5 Ekim 2012.

Yayla, Atilla: "Bağımsız Türkiye Eşittir Özgür(lükçü) Türkiye midir?", Hürfikirler, 25 Mayıs 2012, (Çevrimiçi) http://www.hurfikirler.com/yazi2538/ bagimsiz-turkiye-esittir-ozgurlukcu-turkiye-midir.php, 25 Mayıs 2012.

Yüzbaşıoğlu, Necmi: "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", İnsan Hakları, Haz. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 397-406.

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKU SİSTEMLERİNDE KUSUR PRENSİBİNİN KAPSAMI VE OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARININ KUSUR PRENSİBİ İLE BAĞDAŞTIRILABİLİRLİĞİ

THE SCOPE OF "FAULT PRINCIPLE" AND THE COMPATIBILITY OF "OBJECTIVE CONDITIONS OF PUNISHABILITY" WITH "FAULT PRINCIPLE" IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW SYSTEMS

Uğur ERSOY*

Özet: Kusur prensibi, günümüz çağdaş ceza hukuku sistemlerinin en önemli ve vazgeçilmez prensibi olarak kabul edilmektedir. Kusur prensibine göre, kusur, kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz bir şartı olarak görülmektedir. Kusur prensibi, faili, hak etmediği aşırı müeyyidelere karşı koruyan önemli bir kalkan işlevi üstlenmektedir; bu prensip aynı zamanda, cezanın sadece, bizzat fail tarafından işlenmiş bulunan fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayandırılabilmesini de ifade etmektedir. Failin kusuru, gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamak zorundadır; yani haksızlık ve kusur arasında ilişki kurulması ve bunların birbirlerine uygun olması gerekmektedir. İlk bakışta, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı söylenebilir, çünkü objektif cezalandırılabilme şartları kusur ilişkisinin dışında bulunmaktadır. Bu konuda verilecek cevap, cezalandırılabilmenin, kusurdan bağımsız şartlara bağlı olmasının mümkün olup olamayacağı sorusu ile çok yakından ilgilidir.

Anahtar Sözcükler : Kusur prensibi, objektif cezalandırılabilme şartları, kusur, haksızlık, hukuka aykırılık.

Abstract: Fault principle is considered as the most important and indispensable principle of the contemporary criminal justice systems. According to the this principle, the fault is the *conditio sine qua non* of the legitimacy of public punishment. The principle functions as a shield, protecting the offender from the excessive punishments. Besides, it also has a meaning that the punishment shall be handed out only for the personal liability of the offender arising from his personally committed actions. The fault of the offender must include all the elements of the tort, so that there must

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştıma Görevlisi.

be a relationship and a harmony between the fault and the tort. At first view, one could think that objective conditions of punishability would be inconsistent with the principle of fault, just because the former falls outside within the fault issue. The answer to this issue is closely related to the question whether the punishability could depend on the circumstances independent from the fault.

Keywords : Fault principle, objective conditions of punishability, fault, tort, illegality.

I) CEZA HUKUKUNDA KUSUR PRENSİBİNİN YERİ VE ÖNEMİ

Kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi (nulla poena sine culpa), kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin (nullum crimen, nulla poena sine lege) aksine, gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, gerekse Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda açıkça zikredilmemiş bulunan bir prensiptir[1]. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş ve mah-

[1] İsfen, Sabit Osman, Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts, München 2008, s.1 vd.; Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988, s.14; Reineke, Alexander, Der wegen Trunkenheit vermindert schuldfähige Täter, Hamburg 2010, s.46; Jescheck, kusur prensibinin, dünyanın hiçbir ülkesinde anayasal bir ilke olarak kabul edilmediğine işaret etmektedir, bkz.Jescheck Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş – Kusur İlkesi – Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s.9; Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) cezanın belirlenmesinin düzenlendiği 61. maddede kusur prensibi kısa bir şekilde özetlenmiştir: "*… failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığını…*". Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu (Al.CK) m.46/1'de de yer verilmiştir: "*Failin kusuru, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturur.*" Bu bağlamda, kusur prensibinin TCK'da üstü kapalı bir şekilde düzenlendiği sonucuna varabiliriz; Anglo-Sakson hukukunda, kusursuz ceza olmaz prensibi için "*Strict Liability*" kavramı kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henke, Martin, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der Schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, Bonn 1990, s.1 vd.; Buna karşılık Avusturya Ceza Kanunu'nda (Av.CK) kusursuz ceza olmaz prensibi açık bir şekilde kabul edilmiştir. Av.CK'nın, kusursuz ceza olmaz prensibini düzenleyen 4. maddesinde şöyle denilmektedir: "*Sadece kusurlu hareket eden bir kişi cezalandırılabilir.*" (Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt.) bkz. Kodex – Des Österreichischen Rechts – Strafrecht, Fuchs, Helmut/Maleczky, Oskar, 36.Auflage, Wien 2012, s.8.; Bununla birlikte Av.CK'da da Al.CK'dakine benzer olarak kavgaya katılma suçu (Av.CK m.91) ve zilzurna sarhoşluk suçu (Av.CK m.287) düzenlenmiş ve bu suçlar bakımından da Al.CK'dakine paralel bir şekilde objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmiştir. Bu nedenle vermiş olduğumuz bu örnekten de anlaşılacağı üzere, kanaatimizce ceza kanununun genel hükümler kısmında bu prensibe yer vermiş olmakla da sorun ne yazık ki halledilememektedir.

keme içtihatları[2], kusursuz suç ve ceza olmaz prensibinin varlığını Anayasa'da da ifadesini bulan insan onurunun korunması[3], ceza sorumluluğunun şahsi olması[4] ve daha da önemlisi hukuk devleti prensibinden isabetli bir şekilde çıkartmaktadır[5]. Böylelikle, fail hakkında

---

2 BVerfGE 9, 169; 20, 331; 23, 132; 25, 285; 41, 125; 45, 259; 50, 133; 54, 108; 57, 250, 275; 91, 27; 96, 140; Türk Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda kusur prensibine işaret etmiştir: *"Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek 'kusursuz suç olmaz' anlayışını ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir."* (AYM, 19.02.2009 T., 2006/72 E., 2009/24 K., R.G. 25.06.2009 – 27269.)

3 Alman Anayasa Mahkemesi, kusur prensibini sadece hukuk devleti prensibinin genel ilkelerinden değil, aynı zamanda insan onuruna saygı gösterilmesi zorunluluğundan da çıkartılması gerektiği sonucuna varmaktadır, bkz. Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993, s.7 ve dn.2'deki kararlar.; Kanaatimizce aynı husus Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Çünkü Anayasa'nın Başlangıç Kısmı'nda insan onuruna açıkça vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 176. maddesine göre Başlangıç Kısmı da Anayasa metnine dahil olduğu için, Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu kararının Türk Hukuku bakımından da yol gösterici nitelikte olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

4 Jescheck'e göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38. maddesinde ifadesini bulan, ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin ifadenin, kusur prensibinin kabulü olarak anlaşılması gerekmektedir, bkz.Jescheck, Hans-Heinrich, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (Çev.: Adem Sözüer), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.29; buna karşılık Ünver'e göre, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu şeklindeki ilke, doktrinde kusurlu sorumluluk olarak anlaşılmakla birlikte, aslında bu ilkeyi kusurlu ve fiilin (eylemin ve nedensellik bağının) bulunduğu ve bunun da ispatlandığı durumdaki ceza sorumluluğu olarak anlamak gereklidir. Başka bir deyişle, bu ilkenin aksi anlamında kullanılan ve ceza sorumluluğunda yeri bulunmaması gereken objektif sorumluluk, doktrinde genelde sadece kusursuz sorumluluk olarak anlaşılmakla birlikte, kusursuz ve/veya eylemsiz (veya eylemin veya nedensellik bağının ispatlanmadığı) ceza sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. Nitekim TCK'nın 20. maddesinin 1. fıkrasının iknici cümlesinde de kusur unsuruna atıfta bulunulmaksızın başkasının eyleminden sorumluluğun olmadığının düzenlenmesi de bu görüşü doğrulamaktadır, bkz. Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s.48.

5 Frister, Schuldprinzip, s.13, 18; Reineke, Trunkenheit, s.46; Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Jescheck, Öntasarı, s.30; Satzger, Helmut, "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", JURA 2006, s.110; Leipold, Klaus, Anwaltkommentar StGB, Bonn 2011, Vor §13 Rn.32; Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s.19 dn.1; Hirsch, Hans Joachim, "Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu" (Çev.: Yener Ünver), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.297, 315; Schlosser, Peter, Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' als Verfassungsnorm, Würzburg 1961, s.27 vd.

ceza tatbik edilebilmesi için kusurun varlığı zorunludur[6]; bu yüzden tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarına ilave olarak kusur, "*ceza verilmesini gerekçelendiren*" ve "*cezayı sınırlandıran*" bir suç unsurudur[7].

Kusur[8] prensibi[9], çağdaş ceza hukukunun en önemli prensibi olarak kabul edilmektedir[10]. Kusur prensibine göre, kusur, kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz bir şartıdır[11]. Kusur prensibi, faili, hak etmediği aşırı müeyyidelere karşı koruyan önemli bir kalkan işlevi üstlenmektedir; bu prensip aynı zamanda, cezanın sadece, bizzat fail tarafından işlenmiş bulunan fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayandırılabilmesini de ifade etmektedir[12].

Kusur prensibinin genel olarak üç sonucu bulunmaktadır:

i) Fail, kusursuz olması durumunda cezalandırılamaz[13].

ii) Hükmedilecek ceza, failin kusurunun derecesini aşamaz[14] (örneğin, failin çok tehlikeli bir kişi olması nedeniyle, bu tehlikeyi önlemek için cezanın ağırlaştırılması kabul edilemez).

---

6 Frister, Schuldprinzip, s. 15; Reineke, Trunkenheit, s.56; Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.I-II; "Ceza için kusur şarttır" bkz. BGHSt 2, 194, 200.

7 Hirsch, Kusur İlkesi, s.299; Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 41.Auflage, 2011, §10 Rn.398.

8 Kusurun unsurları şunlardır: Kusur yeteneği (=Schuldfähigkeit – eskiden bunun yerine cezai ehliyet "Zurechnungsfähigkeit" kavramı kullanılmaktaydı), haksızlık bilinci, mazeret sebeplerinin (=Entschuldigungsgründe) yokluğu. Kusur yeteneği, failin fiilinin haksızlığını tanıyabilmesi ve hareketlerini buna göre yönlendirebilmesi yeteneğini ifade etmektedir. Haksızlık bilinci, failin yaptığının haksızlık oluşturduğunu bilebilecek durumda olmasını ifade etmektedir. Şayet fail, yaptığının haksızlık oluşturduğunu bilebilecek durumda değilse ve kaçınılmaz bir hataya düşürse cezalandırılmayacaktır, bkz. Frisch, Wolfgang, "Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları" (Çev.: Hakan Hakeri), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.126-128.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jakobs, Das Schuldprinzip, s.7 vd.; Tarihi gelişimi için bkz. Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2.Auflage, Heidelberg 1976, s.217 vd.

10 Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Geisler, Claudius, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und 'Abzugsthese' – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip", GA 2000, s.166.

11 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.15; Jakobs, Das Schuldprinzip, s.7.

12 Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9.

13 Reineke, Trunkenheit, s.56; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12.Baskı, Ankara 2012, Kn.33.

14 "Keine Strafe über das Maß der Schuld hinaus" bkz.Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.124 dn.90; Reineke, Trunkenheit, s.56; Frister, Schuldprinzip, s.39 ve dn.1'deki kararlar ve yazarlar; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.33.

iii) Ceza, kusurun derecesi dolayısıyla, failin hak ettiğinden daha az olamaz[15].

Kusur prensibinden başkaca şu sonuçların çıkarılması da mümkündür: Failin kusuru gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamak zorundadır, yani haksızlık ve kusur arasında ilişki kurulması ve bunların birbirlerine uygun olması gerekmektedir; her somut olayda hükmedilen ceza, failin kusuruyla orantılı olmalıdır, yani verilecek ceza, kusurun derecesini aşmamalıdır[16].

Objektif sorumluluk prensibinden ayrılmak ve kusur prensibini kabul etmek dikkate değer bir gelişmedir, çünkü bu durum, çağdaş ceza hukukunun en önemli başarısı olarak görülmektedir[17]. Objektif sorumluluk prensibi esas olarak failin kastının muhtevasını dikkate almadan, meydana gelen hadiseye göre failin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu belirlemekteydi[18]. Başka bir ifadeyle, objektif sorumlulukta, gerçekleşen netice bakımından failin kastının veya taksirinin varlığının bulunması zorunlu görülmemekteydi[19]. Kusur prensibine göre ise hukuki menfaatlerin ihlal edilmesinden dolayı failin sorumlu tutulması daha ziyade psişik bir duruma yani failin fiiline ilişkin iç dünyasına bağlı bulunmaktadır[20]. Böylece, failin davranış ufkunun subjektifliğinin kusur ceza hukukuna dahil edilmesi yoluyla bir düşünme, bizim bugünkü bakışımızdan *"kader"* ve *"alın yazısı"* için sorumlu tutulma anlayışının ceza hukukuyla ilgili sorumluluk açısından yenilmesi için yeterli görünmektedir[21].

---

15 Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.33; Buna karşılık Önder'e göre, kanun koyucu burada tamamen serbesttir. Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir, bkz. Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.379.

16 Wessels/Beulke, AT, §10 Rn.398.

17 Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998, s.19; Schaad, Pierluigi, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Winterthur 1964, s.6.

18 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.4; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

19 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.4.

20 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

21 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

Özen'e göre, Türk Hukuku bakımından objektif cezalandırılabilme şartlarının TCK'nın genel hükümlerinde bir düzenlemeye tabi tutulmamış olması ve İtalyan Hukuku'nun tersine, hukukumuzda objektif cezalandırılabilme şartlarının faile isnad edilebilmesi için kusurlu bulunması gerektiği yolundaki kurala bir istisna getirilmemiş olması, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından da failin kusurunun aranması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır[22].

Ceza hukukunun kusur prensibi ile sınırlandırılması[23], ceza hukukunun hümanistleştirilmesi yolunda önemli bir kilometre taşı olarak değerlendirilmektedir[24]. Kusur prensibinin bu ifadesi, bugünkü ceza hukuku düşüncesinde açık bir şekilde esaslı perspektif değişikliği olarak görülmektedir[25]. Kusursuz olarak yapılmış bir haksızlık için ceza verilmesi, haksız olarak görülür ve ilkel çağlara bir dönüş olarak anlaşılır[26]. Fakat kusur prensibi hakim düşünceye göre modern ceza hukukunun merkezi adalet aksiyomundan daha fazlasıdır; buna göre kusur prensibi aynı zamanda ceza normlarına olan güvenin korunmasına da vurgu yapmaktadır[27].

Hukuk devleti ilkesine uygun bu güven fonksiyonu yeniden önem ve anlam kazanmış, mahkeme kararları ve doktrin tarafından kusur prensibine verilen önem artmıştır; Alman Federal Yüksek Mahkemesi

---

22 Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s.232; Toroslu'ya göre, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının varlığı halinde, başkasının fiilinden sorumluluk veya objektif sorumluluk değil, şarta bağlanmış olsa da, kusurlu bir sorumluluk söz konusudur. Yazar'ın şu tespitinin çok önemli olduğuna işaret etmek istiyoruz: "*Şart, yukarıda da belirtildiği üzere, bizatihi fail tarafından veya üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen fiiller olabilir.*" Yazar fail tarafından gerçekleştirilen fiillere örnek olarak TCK'nın 11. ve 12. maddelerinde ifade edilen, failin Türkiye'de bulunması şartını örnek göstermektedir. bkz. Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C:1, İstanbul 2008, s.708.

23 Kusur prensibinin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.212 vd.

24 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

25 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

26 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19; Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.I (Yazar'a göre, kusursuz ceza olmaz prensibi, hiçbir açıklama yapmayı gerektirmeyecek kadar açık ve anlaşılabilir bir prensiptir. Ayrıca söz konusu prensip, ceza hukukunun bütün alanlarında -askeri ceza hukuku da dahil- istisnasız bir şekilde uygulama kabiliyeti bulan 'dokunulmaz' bir prensiptir.)

27 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19-20.

Büyük Ceza Kurulu[28] tarafından kusur prensibi *"dokunulamaz temel bir ilke"* olarak nitelendirilmiştir[29], aynı şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi[30] (Bundesverfassungsgericht) de bu prensibe anayasal bir önem atfetmiştir[31].

Doktrinde de bu prensibe hak ettiği önem verilmiş ve modern ceza hukuku sisteminde kusur prensibi *"ceza hukukunun en kutsal prensibi"* olarak nitelendirilmiştir[32].

II) OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI İLE KUSUR PRENSİBİNİN BAĞDAŞIP BAĞDAŞAMAYACAĞI MESELESİ

A) Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ceza hukuku sistemimizde, cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi, bazı durumlarda, sadece failin kusuruna değil, bilakis başkaca şartların da mevcudiyetine bağlı bulunabilmektedir[33]. Bu şartların, yargılama hukukuna ait olanları bakımından, bunların kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı hususunda bir sorun bulunmamaktadır; buna karşılık maddi hukuka ait bulunan kusurdan bağımsız cezalandırılabilme şartlarının, özellikle de objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı hususu doktrinde çok tartışmalıdır[34].

---

28 BGHSt (GS) 2, 194 (202).

29 Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.I.

30 BVerfGE 20, 323 (331).

31 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.20.

32 Geisler, GA 2000, s.166; Schünemann, Bernd, "Die Bedeutung der Besonderen persönlichen Merkmale für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (2.Teil), JURA 1980, s.568.

33 Frister, Schuldprinzip, s.46.

34 Geisler, GA 2000, s.166 vd.; Frister, Schuldprinzip, s.46; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.39-42; Schmidt, Rolf, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 10.Auflage, 2011, Rn.307; Stratenwerth, Günter, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959 – Korreferat, gehalten auf der Strafrechtslehrertagung in Erlangen 1959", ZStW 1959, s.565-567; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Baden-Baden 2011, §6 Rn.13; Kudlich, Hans (Koordinatör), "Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar", (Çevirenler: Tepe, İlker/Meraklı, Serkan/Oğlakçıoğlu, Mustafa), CHD, Nisan 2012, Sayı:18, s.283 vd. (Söz konusu çalışmada üç ceza hukuku profesörü ile soru-cevap şeklinde bir röportaj gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle çalışmada, açıklamada bulunan ilgili profesörün ismi ayrıca zikredilecektir.); Heinrich, Bernd, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 2.Auflage, 2010, Rn.134; Frister, Helmut,

Modern toplum anlayışına göre, kusur prensibi, birey ile toplum arasındaki ceza hukuku açısından önem arz eden anlaşmazlıkları hakkaniyete uygun bir şekilde düzenlemek için merkezi bir *"dağıtım anahtarı"* (Verteilungsschlüssel) rolü üstlenmektedir[35]. Kusur prensibi aynı zamanda *"kuvvetli bir mıknatıs gibi"* ceza hukuku açısından adaletin sağlanması için gerekli şartları sınıflandırmakta ve düzenlemektedir[36]. Objektif cezalandırılabilme şartlarının yapısının kusur ilişkisinin dışında kaldığı hususu hatırlandığında, bu kurumun, kusur prensibi ile bağdaşmıyormuş gibi göründüğü rahatlıkla düşünülebilir[37].

Ceza kanunlarında düzenlenen her bir suç tipinde yer alan hangi şartların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiği hususu belirsizdir[38]; bu tespit ne salt kanunun lafzından yararlanı-

---

Strafrecht Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 5.Auflage, München 2011, §21 Rn.5; değişik görüşler için bkz. Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.100 vd. (Yazar'a göre, bir yandan objektif cezalandırılabilme şartlarının soyut nitelikte olması, öte yandan ise bu şartların hukuken haklı görülüp görülemeyeceğinin tespiti bakımından yaşanan zorluklar, anayasal açıdan bunların kabul edilip edilemeyeceği sorunlarını da beraberinde getirmektedir.); Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2.Auflage, Heidelberg 2009, §2 Rn.85.

35 Geisler, GA 2000, s.166.

36 Geisler, GA 2000, s.166.

37 Geisler, GA 2000, s.166.

38 Kindhäuser, AT, §6 Rn.13; Hass, Gerhard, "Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung", ZRP 1970, s.196; Kangal, Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", İÜHFM, C:68, S:1-2, s.152 (Yazar'a göre bu sorun yorum kuralları çerçevesinde çözülebilir.); Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12.Auflage, Erster Band, Berlin 2006 (Tonio Walter), Vor §13 Rn.185, Yazar'a göre *"şayet/eğer"* bağlacı ile kurulan koşul cümleleri objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilebilir (§§ 104a, 186, 231 ve 323a StGB *"şayet/eğer"* bağlacıyla oluşturulmuş hükümlerdir; buna karşılık §§283 StGB maddelerdeki iflas suçlarında bu bağlaç kullanılmamıştır.); Benzer görüşte olan Kindhäuser'e göre de, objektif cezalandırılabilme şartlarını sınıflandırmaya yarayacak genel kabul gören şekli bir kriter kabul etmek mümkün değil ise de, kanunun yorumlanması suretiyle mantıklı bir sonuca varılabilir. Yazar'a göre madde metninde *"…sadece o zaman cezalandırılabilir, şayet…"* (§283 VI StGB) veya *"…cezalandırılır, şayet…"* (§323a I StGB) gibi ifadelere yer verilmesi, söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanabileceğine işaret etmektedir, bkz. Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4.Auflage, 2010, Vor §13 Rn.227 ve ayrıca bkz. Kindhäuser, AT, §6 Rn.13; benzer görüşler için bkz. Schmidhäuser, Eberhard, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen", ZStW 1959, s.564; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.37-38 (Yazar'a göre, şayet kanun koyucu objektif cezalandırılabilme şartlarını koşul cümleleri ile ifade etmiş ise o vakit sağlam bir şekli ayırt etme kriterine sahibiz demektir; bu durumda bir şartın objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığını tespit etmek oldukça basittir.); Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan,

larak, ne de hükmün tarihçesinden anlam çıkararak yapılamaz[39].

Bu kurumun tarihi gelişimine baktığımız vakit, hangi şartların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edileceğinin daha ziyade içtihatlar yoluyla ortaya konulduğunu görmekteyiz[40].

Daha önce de ifade edildiği üzere, fail hakkında ceza tatbik edilebilmesi için her şeyden önce failin kusurlu bulunması gerekmektedir[41]. Tesadüflere ve rastlantılara dayanan bir sorumluluk kusur prensibi ile bağdaşmayacaktır; fail sadece kınanmasını gerektirecek bir durum olması halinde cezalandırılabilecektir[42].

İlk bakışta, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı söylenebilir, çünkü objektif cezalandırılabilme şart-

---

Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2011, s.420; karşı görüş için bkz. Toroslu, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, s.707 (Yazar'a göre, suçun unsurları ile objektif cezalandırılabilme şartlarını birbirinden ayırma konusunda *"fiilin ihlal ediciliği"* (?) ve özellikle *"ceza sorumluluğunun şahsiliği"* ilkeleri göz ardı edilmek suretiyle, kanun koyucunun ve yorumcunun serbest bırakılması istenmiyorsa, sadece *"eğer"*, *"şayet"*, *"…dığı takdirde"* ve *"…halinde"* gibi şart ifade eden lafzi-biçimsel ölçütler terk edilmeli ve bu konuda öze ilişkin işlevsel bir ölçüt belirlenmelidir. Ancak Yazar, bu *"işlevsel ölçütün"* nasıl belirleneceği ve uygulanacağı konusunda somut bir görüş ortaya koymaktan çekinmiştir.); Dönmezer/Erman'a göre de, objektif cezalandırılabilme şartları ile unsurları ayırt edebilmek için kanunun ifadesine bakmak doğru olmaz. Kanunların bir çok yerinde *"şayet"*, *"eğer"*, *"sebebiyet verirse"* gibi bir şartı ifade eden deyimler kullanılsa da, sırf buna bakılarak bir objektif cezalandırılabilme şartının varlığını kabul etmek doğru olmaz. Zira, kanun koyucu, bir çok durumda, neticeyi de bu gibi terimlerle ifade etmiştir ve netice maddi unsurun bir parçası olup, objektif cezalandırılabilme şartı değildir, bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt:I, 13.Bası, İstanbul 1999, Kn.456.

39 Krause, Friedrich-W., "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", JURA 1980, s.449.

40 Krause, JURA, s.450.

41 Bavyera Anayasa Mahkemesi, 1950 yılında verdiği bir kararda, İkinci Dünya Savaşı sonrasında çıkartılmış olan bir kanunu hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu kanun, savaşta kullanılan otomobillerin sahip veya zilyetlerinin, kusurları olmaksızın dahi, 20 Ağustos 1946 tarihine kadar otomobillerin kullanılması için gerekli yeni ruhsatları yetkili idari makamlardan talep etmedikleri takdirde, tazminat ödemeksizin bu eski savaş araçlarının müsadere edilmesini öngörmekteydi. Bavyera Anayasa Mahkemesi, kararında *"Kural olarak, sadece ceza hukuku açısından kusurlu bir faile bir cezai müeyyidenin uygulanabileceğini, cezai müeyyidenin fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile orantılı olması gerektiği ve olaydan kusur derecesi ve ağırlığı anlaşılabiliyorsa, hakime cezayı bu dereceye uydurabilme imkanının bırakılması gerektiği"* hususlarına işaret etmiştir. Bkz. Tiedemann, Klauss, "Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu" (Çev.: Feridun Yenisey), İÜHFM, Cilt:41, Sayı:1-2, İstanbul 1975, s.306.

42 Satzger, JURA, s.110.

ları kusur ilişkisinin dışında bulunmaktadır[43]. Bu konuda verilecek cevap, cezalandırılabilmenin, kusurdan bağımsız şartlara bağlı olmasının mümkün olup olamayacağı sorusu ile çok yakından ilgilidir[44].

Cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için failin kusurunun *"kamufle edilmiş bir şekilde"* aranmaması, kusur prensibinin ihlali olarak değerlendirilebilir mi? Bazı yazarlar bu soruya *'evet'* cevabını vermekte ve objektif cezalandırılabilme şartlarına suçun bir unsuru veya yargılama şartı olarak bakılması gerektiğini söylemektedirler[45].

Kanun koyucunun, ceza normunu hazırlarken objektif cezalandırılabilme şartı koyma konusunda tamamen serbest olup olmadığı veya dogmatik kategorilerle bağlı olup olmadığı önemli bir sorudur[46]. Bazı yazarlar bu konuda kanun koyucunun sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunurken, aksi görüştekiler, dogmatik kategorilerin kanun koyucunun takdir yetkisini sınırladığını ileri sürmektedirler[47]. Kanun koyucu, bir ceza normuna objektif cezalandırılabilme şartı ilave etmek istiyorsa, pratikte bu durumu mantıklı bir şekilde hesaba katmalıdır, çünkü kanun koyucu, ceza hukukunun temel ilkelerine karşı gelme yetkisine ve gücüne sahip değildir[48]. Kanun koyucunun, sahip olduğu özgürlüğün sınırını, suç politikasına ilişkin menfaatler ve usul ekonomisine ilişkin mülahazalar oluşturmaktadır[49].

Objektif cezalandırılabilme şartlarının uygulanmasında, kanun koyucunun serbestliğinin bir diğer önemli sınırını hiç şüphesiz *kusur prensibi* oluşturmaktadır[50]. Bu nedenle kanun koyucu bir ceza normunu objektif cezalandırılabilme şartı ile düzenlemek istiyorsa kusur prensibinin gereklerine uygun hareket etmeli ve kusur prensibine aykırı davranmamalıdır. Örneğin somut olayda, fiilin kusurluluğunun belirlenmesine ait olan ve verilecek cezanın miktarına etki eden bir unsur, objektif cezalandırılabilme şartı olarak şekillendirilmiş ise bu durum kusur prensibine aykırılık teşkil edecektir[51].

---

43 Geisler, GA 2000, s.166.
44 Satzger, JURA, s.110.
45 Satzger, JURA, s.110; Bemmann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957, s.27 vd.
46 Schmidhäuser, ZStW, s.560.
47 Görüşler için bkz. Schmidhäuser, ZStW, s.560 dn.30.
48 Schmidhäuser, ZStW, s.560.
49 Schmidhäuser, ZStW, s.561.
50 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38.
51 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38.

Şayet kanun koyucunun, bir ceza normuna haksızlık ve kusurdan bağımsız olarak bir cezalandırılabilme şartı ilave etmek istiyorsa, her şeyden önce bunu açık ve net bir şekilde yapması gerektiği belirtilmektedir; örneğin: "*… fiil … olması şartıyla cezalandırılmaz*" veya "*… fiil sadece … olması şartıyla cezalandırılır*"[52]. Bu tip bir kullanımın, sadece kanun koyucunun işini kolaylaştırmakla kalmayacağı, aynı zamanda hakimin maddeyi doğru bir şekilde anlamasını ve cezayı buna göre doğru bir şekilde tayin etmesi bakımından da işini kolaylaştıracağı belirtilmektedir[53].

Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartlarının sıklıkla kötüye kullanıldığı, bunların sadece cezalandırılabilirliğin söz konusu olabilmesi için mevcut olmaları gerektiği halde, verilecek cezanın miktarı için önemli olacak bir şekilde değerlendirildiği de ifade edilmektedir[54].

Suç karşılığında verilecek ceza miktarının sadece kusurlu davranışın ağırlığına bağlı olması gerekmesine karşın, objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza miktarının artırılmasına da etki ettiği belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığı vakit, kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartlarını, subjektif unsurlarla eşit seviyeye getirdiği ve böylelikle objektif cezalandırılabilme şartlarını, fiilin haksızlığını artırıcı bir durum olarak gördüğü ifade edilmektedir[55].

Buna karşılık doktrindeki ağırlıklı görüş, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmekte ve bu şartların haksızlık açısından hiçbir önemi olmadığını ifade etmektedir. Bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının arka planında, kanun koyucunun suç politikasıyla ilgili düşüncelerinin yer aldığını[56], bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını *-kusur prensibi bakımından yapılan önemli itirazlara kulak tıkayarak-* desteklemektedirler[57].

---

52 Schmidhäuser, ZStW, s.564.
53 Schmidhäuser, ZStW, s.564.
54 Schaad bu tespiti yaptıktan sonra, objektif cezalandırılabilme şartlarının bazen kötüye kullanılmasının, teoride bunların kusur prensibine de aykırılık oluşturacağını sonuçlamayacağını belirtmektedir, bkz. Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.40.
55 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38-39.
56 Üzülmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", EÜHFD, C:II, S:1-2, Yıl:2007, Kayseri Haziran 2007, s.72.
57 Krause, JURA, s.451; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.36, 40.

Konuyla ilgili olarak *Schlosser* tarafından çok önemli tespitler yapılmıştır. Yazara göre, kanun koyucu, haksızlık teşkil eden her bir kusurlu davranışı cezalandırma yoluna gitmek zorunda değildir, kaldı ki bu durum anayasal açıdan da kanun koyucu için bir yükümlülük değildir. Pek tabidir ki, kanun koyucunun eşitlik prensibi ile bağlı olduğu düşünüldüğü vakit keyfi hareket etme yetkisine de sahip olmadığı açıktır. Kanun koyucunun, özellikle suç politikasına ilişkin gerekçelerle haksızlık teşkil eden bir fiili cezalandırmama yoluna gidebileceği hususunda da hiçbir şüphe yoktur. Bundan dolayı, cezaya layık bir davranışın var olması durumunda, cezalandırma zorunluluğu her zaman olmayabilir. Şayet somut olayda maddi haksızlık içeriğinin kusurlu bir şekilde gerçekleştirildiği bir cezalandırılabilme şartı varsa ve kanun koyucu cezalandırılabilme için objektif bir cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesini şart koşmuş ise, bu şartın doğal olarak kusurla bir ilişkisinin olmaması ve kusura eklenmemesi gerekmektedir. Yazar'a göre Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiş bulunan diplomatik ilişkilerin bulunması ve karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması hususları sadece fiilin cezalandırılması açısından etkide bulunduklarından, başka bir ifadeyle kusurlu davranış üzerinde hiçbir etki doğurmadıklarından dolayı, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmelidirler. Burada kanun koyucu tamamen politik saiklerle böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Burada failin bu şartları bilip bilmemesi önemli değildir. Yazar'a göre bu tür durumlarda, objektif cezalandırılabilme şartları cezayı sınırlandırıcı bir neden oluşturmaktadır[58]. *Schlosser*'e göre, objektif cezalandırılabilme şartları, *"kusura yabancı"* bulunan şartlardan ibaret ise o vakit bunların kusur prensibini ihlal etmedikleri açıkça söylenebilir, çünkü burada suçun unsurlarına ilave olan ve haksızlık açısından önem arz etmeyen bir durum söz konusudur. Fakat buna karşılık söz konusu şartlar *"suç tipine ilave"* olarak görülür ise, o zaman bu şartlar haksızlık açısından önem arz etmeyen şartlar olarak nitelendirilemeyeceğinden kusur prensibine aykırılık teşkil edecektir[59]. Bu nedenle de her bir şartın ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinde yarar vardır[60].

58 Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.100-102.
59 Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.102-103.
60 Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.105, s.116 vd.

B) DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Yukarıda yapmış olduğumuz kısa açıklamalardan sonra, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşamayacağı konusunda Türk ve Alman doktrinindeki tartışmalara mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde değinmek istiyoruz.

1) Hakim Doktrinin Görüşü: Haksızlık Açısından Önem Arz Etmeyen Objektif Cezalandırılabilme Şartlarını Caiz Olarak Gören Görüş

Alman Hukuku'nda hakim doktrin tarafından, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaştırılabilmesinin, ilgili şartın haksızlık açısından önem arz etmemesine (*Unrechtsneutrale objektive Bedingungen der Strafbarkeit*) bağlı olduğu dolaylı bir şekilde savunulmaktadır[61].

[61] Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.36, 40; Stratenwerth, ZStW, s.565-566, 569; Heinrich, AT I, Rn.134; Schmidhäuser, ZStW, s.545-546, 557 vd.; Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284-285 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev); Kangal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s.154; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.217 (Yazarlar, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle çelişmediğini, çünkü her bir suç tipinin haksızlık içeriğinin, bu koşulların varlığından bağımsız olarak gerçekleşmekte olduğunu ifade etmektedirler. Ayrıca Yazarlara göre bu koşullar, cezalandırılabilirliği genişletici değil, tam tersine daraltıcı bir etki göstermektedirler.); Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, Schönke/Schröder/Eser StGB Kommentar, 28.Auflage, München 2010, Vorbem. §§13 ff. Rn.124-125; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, 11.Auflage, 2003, §25 Rn.3; Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Auflage, München 2006, §23 Rn.6 vd.; Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7.Auflage, Berlin 2004, §7 Rn.78-79; Stree, Walter, "Objektive Bedingungen der Strafbarkeit", JuS 1965, s.465-467; Gottwald, Stefan, "Vollrauschtatbestand und objektive Bedingun der Strafbarkeit – Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96", DAR 1997, s.304; Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage, Berlin 1969, §11 s.59; Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005, §5 Rn.80; Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18.Auflage, München 1983, s.87-88; Montenbruck, Axel, "Zur "Beteiligung an einer Schlägerei" – zugleich ein Beitrag zur gebotenen restriktiven Auslegung der Tateinheit gem. §52 StGB" JR 1986, s.138-139; Lang-Hinrichsen, Dietrich, "Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht", ZStW Band 73 (1961), s.210, 221-222; Rönnau, Thomas/Bröckers, Kurt, "Die objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des §227 StGB" GA 1995, s.549 vd.; Tiedemann, Klaus, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts" ZRP 1975, s.130-131.

Bu görüşü savunanlar ağırlıklı olarak, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeksizin *cezaya layık* bir haksızlık bulunduğunu, fakat *cezaya muhtaçlığın* söz konusu olabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmiş olması gerektiğini belirtmektedirler[62].

Bir şartın haksızlık açısından önem arz edip arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığının tespit edilebilmesi için hakim doktrin tarafından şöyle bir ayrım yapılması gerektiği belirtilmektedir: Objektif cezalandırılabilme şartı olan söz konusu norm, bu şartın olmadığı hayali bir normla karşılaştırılmalıdır; şayet fail sadece bu *"şarttan soyutlanmış"* hayali normu ihlal etmesi dolayısıyla cezalandırılabiliyorsa, söz konusu gerçek normdaki şart, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır[63].

Hakim doktrin tarafından söz konusu bu *"indirme tezi"* (Abzugsthese) *"zayıf"* şekliyle savunulmaktadır; başka bir ifadeyle, fiil, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın *cezaya muhtaç* değildir, sadece *ceza-*

---

62 Hakim doktrin tarafından savunulan ve *"indirme tezi"*nin bir türü olan bu görüşün eleştirisi için bkz. Geisler, GA 2000, s.169-172 (Geisler'e göre, hem cezaya layıklık hem de cezaya muhtaçlık kavramları ceza hukuku doktrininde değişken anlamlara sahiptirler, kısmen de tutarsızlıkları bünyesinde barındırmaktadırlar. Söz konusu kavramlar indirme tezi çerçevesinde önemli belirsizliklere gebedirler. Şayet ceza hukuku kavramları içerisinde *en belirsiz* ve *en flu* kavramlar olarak bir sınıflandırma yapılsa hiç şüphesiz cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramları birinci sırayı alacaktır. Bir davranış şayet hukuka aykırı ve kusurlu ise cezaya layık diye adlandırılmaktadır; buna karşılık cezaya muhtaçlık kavramında ise amaçsal bir bakış açısı vurgulanmaktadır. Geisler'e göre, hakim doktrin tarafından savunulan bu görüş bir çok nedenden dolayı oldukça problemli olduğundan sonuç olarak reddedilmesi gerekmektedir. Bu görüş hali hazırda kusur teorisine ilişkin bakış açısından bakıldığı vakit de hatalı görünmektedir.).

63 Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev); Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.286-287 (Prof.Dr. Jäger, Christian) (Jäger'e göre, hakim doktrin tarafından savunulan *"indirme tezi"* ile incelenen haksızlığın önem derecesidir. Bu teze göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının çıkarılmasının ardından geriye kalan haksızlık kısmının bir ceza vermeye yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer yeterli ise, kusurdan bağımsız bir objektif cezalandırılabilme şartı söz konusu olup kusur prensibi ihlal edilmiş olmaz. Bunun yanı sıra, baskın şekilde objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmedikçe fiilin sadece cezalandırılmaya layık olacağının, buna karşın cezalandırma gerekliliğinin bulunmayacağının savunulmasına karşın, Jäger'e göre bu gerekçelendirme şekli ikna edici görünmemektedir. Yazar'a göre, kusur prensibinin sahip olduğu hukuk devleti garantisinin gerçekleşebilmesi için daha ziyade *"öngörülebilirlik"* anlamında kusurun varlığı kurulmalıdır.); Benzer görüşte ayrıntılı açıklama için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.131-132.

ya layıktır[64]. Bu görüş sahipleri tarafından, soyut bir tehlike suçu olduğu kabul edilen Al.CK'nın 323a maddesinin, haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartı ile sınırlandırıldığı ifade edilmektedir. Çünkü kendi kendine sarhoş olma başlı başına soyut bir tehlike oluşturmakta ve bu nedenle de cezaya layık bir haksızlık olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte soyut bir tehlike teşkil eden kendi kendine sarhoş olma şeklindeki cezaya layık haksızlığın cezalandırılabilmesi, başka bir ifadeyle cezalandırma zorunluluğunun ortaya çıkması ancak hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi şartına bağlanmıştır.

Bu görüş sahiplerine göre, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılabilmesi, kusurla ilgili olan cezalandırılabilme şartlarına ilave olarak cezanın belirlenmesinde anayasal ilkelerin başrolde bulunduğu bir haksızlığın sonucu olduğu sürece mümkündür[65]. Bu görüştekilere göre, kanun koyucu, bazı suç tiplerinde yaşanabilecek "*ispat güçlüklerini*", objektif cezalandırılabilme şartları yardımıyla aşmaktadır. Ayrıca bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının temelinde failin bir tür "*risk sorumluluğu*" içine girdiğini işaret etmektedirler, şöyle ki, örneğin bir kimse bir suç işlemek istese ve bunun için kendisini zilzurna halde sarhoş yapsa, Al.CK m.323a hükmü olmasa *ustaca bir şekilde*, suçu işlediği vakit kusur ehliyetinin olmadığını[66] söyleyerek kendisini aklayabilecektir[67]. Aynı şekilde, kavgaya katılma suçundaki (Al.CK m.231) "*ağır sonuç*" bakımından da, failin katkısının ölüm veya ağır yaralanma bakımından nedensellik bağına dayanması gerekmediği, aynı şekilde, bu ağır sonuçların gerçekleşeceğine fail tarafından ihtimal verilmemesinin de önemli olmadığı bu görüştekilerce ifade edilmektedir[68].

Hakim doktrin, failin perspektifinden bakıldığı vakit haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının faili

64 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.132.
65 Frister, Schuldprinzip, s.47 ve dn.8'deki yazarlar.
66 Bizim hukuk sistemimizde, iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında cezaya hükmolunmaktadır. Ancak Alman Hukuku'nda, Al.CK m.20'ye göre bu durumda bulunan bir kişi kusurlu hareket etmiş sayılmamakta ve hakkında cezaya hükmolunmamaktadır. Bu nedenle, Al.CK m.323a'nın Türk Hukuku bakımından bir geçerliliği olmadığını rahatlıkla ifade edebiliriz.
67 Satzger, JURA, s.110.
68 Satzger, JURA, s.110.

koruduğu, başka bir ifadeyle failin lehine olduğu sonucuna ulaşmaktadırlar; çünkü failin gerçekleştirmiş olduğu haksız ve kusurlu davranışa ilave olan bu objektif cezalandırılabilme şartları, failin sorumluluk alanını genişletmemekte, aksine daraltmaktadırlar; bu nedenle de objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırılmayı genişletici değil, tam tersine cezalandırılmayı sınırlandırıcı bir fonksiyon ifa etmektedir[69].

Fakat sadece suç politikası mülahazaları ile objektif cezalandırılabilme şartlarını savunmak, kusur prensibinden vazgeçmek için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Tam bu noktada, Türk doktrininde *Ünver* tarafından yapılan ve bizim de altına imza attığımız bir tespiti aktarmak istiyoruz: "*…suç ve ceza hukuku politikası mülahazası, tüm ilkelerin ve özellikle de ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağı kuralının veya diğer ilkelerin hiç dikkate alınmayacağı anlamına*

---

69 Ayrıntılı açıklama için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.132-133 (Geisler, hakim doktrin tarafından savunulan görüşü şu şekilde özetlemektedir: Hakim doktrinin bakış açısıyla objektif cezalandırılabilme şartları gerçi *"aşağıya doğru"* bir sınırlandırmayı kabul etmektedir, çünkü cezalandırılabilme onlara göre sadece *"cezaya layık kötü bir fiile"* bağlı değildir, ama bu görüşü savunanların düşüncelerinin temelinde yer alan ve kusur düşüncelerini daraltan yaklaşım *"yukarıya doğru"* yani kusursuz bir kişinin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır ve bu nedenle de caiz değildir.); Stratenwerth, ZStW 1959, s.565-567; Heinrich, AT I, Rn.134; Kangal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s.154; Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284-285 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev) (Ancak Sternberg-Lieben'e göre, olması gereken hukuk açısından objektif cezalandırılabilme şartlarına son derece itinalı bir şekilde yer verilmesi gerekmektedir. Çünkü, objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmesinin her zaman failin lehine olarak cezalandırmaya layık bir davranışa ait cezalandırma gerekliliğinin somut ve gözle görülür şekilde az olduğu olaylar ile sınırlandırılmayarak, failin aleyhine olarak cezalandırılmaya değer olmanın haksızlığın subjektif unsurlarından ayrılması ve bu yolla haksızlığın subjektif unsurlarının dışında bırakılması tehlikesi bulunmaktadır.); Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2011, s.556; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2010, s.349; benzer görüşte bkz. Üzülmez/Akkaş, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.74 (Üzülmez/Akkaş'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları kusur prensibine aykırı değildir. Zira kusur prensibine aykırılığın kabul edilebilmesi için objektif cezalandırılabilme şartlarının doğrudan cezayı kurucu veya artırıcı bir unsur olması gerekir. Oysa objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında, kusur yargısında bulunulmasından sonra değerlendirmeye alınmaktadır. Kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirmiş ve hakkında kınama yargısında bulunulmuş bir kişi, kanun koyucunun ceza siyasetine ilişkin gerekçelerle başka bir şartın gerçekleşmesini de araması ve ancak bu durumda faili sorumlu tutabilmesi, ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir işlev görmektedir. Bu nedenle de, ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir kurumun, kusur prensibiyle bağdaşmadığını söylemek mümkün değildir.); Ancak biz, aktarmış olduğumuz bu görüşe katılmamaktayız.

gelmez. Suç ve ceza politikası şu veya bu yönde olabilir, değişebilir ve çeşitli yönelimlerden etkilenebilir olmakla birlikte, suç ve ceza politikasında ceza hukuku ilkelerine, hukuk kurallarına riayet edilmemesi için imkan veren bir mülahaza değildir. Bu politika, ilkeler çerçevesinde yapılan tercihlerdir."[70] Bu yüzden olacak ki, doktrinde bazı yazarlar kanun koyucuya seslenmekte ve yürürlükte bulunan ve şimdiye kadar görmezlikten gelinen objektif cezalandırılabilme şartlarının mümkün olduğunca ceza hukukundan ayıklanması gerektiğini ifade etmektedirler[71]. Bu görüştekiler, sadece "*görünürde*" objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmektedirler. Bu görüşteki yazarlar, özelikle Al.CK m.186, m.231 ve m.323a gibi[72] suç tiplerini gerçek suçun unsuru olarak görmekte ve bunları fiilin haksızlığı ile birlikte ele almaktadırlar. O bakımdan mantık gereği failin kusurunun bulunmasını istemektedirler, bu şartın gerçekleşmesi, diğer suç unsurlarının gerçekleşmesinde olduğu gibi, failin kınanabilmesini zorunlu kılmaktadır[73]. Bu görüş sahiplerine göre, isnat edilen olgunun gerçekliği hakkında failin özen yükümlülüğünün aksine hareket etmiş olması halinde, kötüleme suçu dolayısıyla cezalandırılabilmesi mümkündür[74]. Benzer şekilde, bir kavgaya katılan fail için kavgada meydana gelen ağır sonucun "*öngörülebilir olması*" ve "*fa-*

---

70 Ünver, Kusurluluk, s.50.

71 Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.288 (Prof.Dr. Wolters, Gereon) (Wolters'e göre, objektif cezalandırılabilirlik şartı içeren suçların yaygınlık göstermesi doğru bir yol olarak kabul edilemez); Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.288 (Prof.Dr. Jäger, Christian) (Jäger'e göre, objektif cezalandırılabilme şartı kurumuna karşı dile getirilen çekinceler karşısında, objektif cezalandırılabilme şartlarının diğer suç tiplerine de yerleştirilmesi fikri ne düşünmeye değerdir, ne de amaca uygundur.); Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, 1992, §21 Rn.18.

72 Bu görüşe göre, Al.CK m.283/6, ağırlıklı olarak ceza hukuku dışındaki amaçlar dolayısıyla, sadece görünüşte objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmektedir, bkz. Roxin, AT I, §23 Rn.23.

73 Alman Hukuku'nda bugün kusur denildiği vakit, psikolojik kusur kavramının etkisi altında olduğu gibi, failin fiiliyle olan psişik ilişkisi, yani fiilin kasten işlenmesi anlaşılmamaktadır. Failin kasten hareket etmesi, bugün Almanya'da egemen olan görüşe göre, kasıtlı fiilin tipik haksızlığına işaret etmekte ve kastın tanımlanması için yetmemektedir. Alman doktrininde hakim görüş, kusurun esasını kınanabilirlikte görmektedir. Burada belirleyici olan husus, bizzat fiilin kendisidir, yoksa failin nasıl bir hayat sürdüğü değildir. Faile, kusurun değerlendirmesi aşamasında, fiilinin yüklenebilmesinin nedeni, failin doğru karar vermek yerine yanlış karar vermesinde görülmektedir. bkz. Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.124-125; Satzger, JURA, s.110; "Kusur, kınanabilirliktir." (BGHSt 2, 194, 200.).

74 Roxin, AT I, §23 Rn.19.

ilin hiç olmazsa taksirle hareket etmesi" gerekmektedir[75]. Zilzurna sarhoşluk suçu dolayısıyla cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için, failin sadece sarhoş bir halde iken herhangi bir şekilde cezalandırılmasını sonucunu doğurabilecek türde bir taşkınlık yapmasını *öngörebilmesi* değil, bilakis meydana gelen *"fiilin sonuçlarını"* kısmen olsa bile *öngörebilmesi* gerekmektedir[76].

2) Modern Azınlık Görüşü : Haksızlık Açısından Önem Arz Eden Objektif Cezalandırılabilme Şartlarını da Caiz Olarak Kabul Eden Görüş

Kusur ilkelerinden hareket eden ve azınlıkta kalan modern düşünceler yaygın olarak hakim doktrinin savunduğu görüş ile uyuşmamaktadır. Gerçi bu görüşün savunucuları da haksızlık açısından önem

---

75 Roxin, AT I, §23 Rn.12; benzer görüşte Toroslu, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.708; Jäger, bu konuyla ilgili görüşlerini açıklamadan önce, bir hukuk devletinde, ceza hukukunun temel sütunlarından biri olan kusur ilkesinin güvenceye alınması açısından, meşruiyet boşluklarını gidermeye yönelik çözümler geliştirmeye yönelik her türlü eğilimin memnuniyet verici olduğunu ifade etmektedir. Yazar, *"asgari kusur ilişkisi"*ni temin etmeye yönelik görüşlerin Roxin tarafından ortaya konulan bir yaklaşımdan kaynaklandığını belirtmektedir. Yazar'a göre, Roxin tarafından Al.CK'nın 231. maddesi üzerinden şekillendirilen bu yaklaşım, kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartı yaratma yöntemini kullanmak suretiyle, kavgaya katılma suçundan dolayı cezalandırılabilirliğin söz konusu olabilmesi için, ölüm veya ağır yaralama neticesiyle ilişkili olmasını; zira söz konusu madde ile zararsız bir dalaşmaya değil, aksine ciddi tehlikeli sonuçlar doğurabilecek kavga veya saldırılara katılmanın cezalandırılmak istendiği sonucuna bağlamıştır. Buna göre kanun koyucu burada, esas alınan tehlikelilik halinin meydana gelen ağır neticenin kaynağını teşkil ettiğinden, söz konusu ağır neticenin tipikliğe ilişkin haksızlığı içerdiğinden ve failin kusurunun en azından, tehlikeyi ortaya çıkaran faktörlerle ilişkilendirilmesi zorunluluğundan hareket etmektedir. Bu bağlamda Jäger, *"asgari kusur ilişkisi"*nin en azından, kanun koyucu iradenin, objektif cezalandırılabilme şartları vasıtasıyla kusur ilkesinin güvenceye alınması için elverişli araçlar oluşturması bakımından uygun olduğunu ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak, failin cezalandırılabilmesi için, Al.CK'nın 231. maddesinde düzenlenen ağır neticenin, kavga sonucunda ortaya çıkabileceğinin fail tarafından *"en azından öngörülmesi"* gerekmektedir. Bu yorum tarzı, Almanya'da geçtiğimiz yıllarda her geçen gün daha fazla taraftar toplamış ve doktrinin bu konuda Anayasa'ya uygun bir çözüm bulma noktasında yaşadığı fikir ayrılığı, objektif cezalandırılabilme şartlarının özel bir meşruiyete ihtiyacı olduğunu ve objektif cezalandırılabilme şartlarını mümkün olduğunca ceza hukukunun dışında tutmanın öncelikli suç politikası amacı haline getirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur, bkz. Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.292-293 (Prof.Dr. Jäger, Christian).

76 Roxin, AT I, §23 Rn.9; benzer görüşte Toroslu, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.708.

arz eden objektif cezalandırılabilme şartları ile haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları arasında ayrıma gitmektedirler, fakat bu ayrım *ayırıcı* ve *sınırlayıcı* olarak değil bilakis sadece *tanımlayıcı* ve *açıklayıcı* bir fonksiyon ifade etmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları da kusur prensibi ile bağdaşmaktadır[77].

Bu görüş doktrinde en iyi ve en açık şekilde *Jescheck/Weigend* tarafından ifade edilmiş ve bir çok taraftar bulmuştur. Buna göre, "*gerçek*" (echt) ve "*gerçek olmayan*" (unecht) objektif cezalandırılabilme şartları arasında ayrım yapılması gerekmektedir.

Gerçek objektif cezalandırılabilme şartları sadece cezayı sınırlandırıcı bir fonksiyon ifa ederler; bu tür cezalandırılabilme şartları fiilin haksızlık ve kusur muhtevası için önem arz etmemektedirler, aksine kanun koyucu suç politikasına ilişkin zorunlulukları[78] gerekçe göstererek failin

---

77 Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.Auflage, Berlin-New York 1991, §10 Rn.1-9; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996, §53 I 1-3; Hardwig, Werner, "Studien zum Vollrauschtatbestand" Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, 1971, s.459 vd.; Hardwig, Werner "Der Vollrauschtatbestand. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Monographie von Peter Cramer: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefeahrdungsdelikt, Tübingen 1962" GA 1964, s.140 vd.; Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht - Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin 1985, s.281 vd.; Schweikert, Heinrich, Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, s.86 vd.; Schweikert, Heinrich, "Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?", ZStW Band 70 (1958), s.394 vd.

78 Konuyla ilgili tespitlerde bulunan Jäger'e göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının, geniş kapsamlı bir ceza tehdidi karşısında cezalandırmanın sınırlandırılma sebebi olarak kabul edilebilirliği, sadece bir mazeret veya bahane argümanı olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda "*kılık değiştirmiş cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerden*" veya "*maskelenmiş suç unsurlarından*" bahsetmek mümkündür. Bütün olarak kusurun ispatı, yani maddi unsura ilişkin hataların varlığı, ilgili ceza normlarının büyük ölçüde uygulanabilirliğinin askıya alınmasına sebebiyet verebilecektir. Bununla birlikte, ceza politikası gerekçelerine dayanarak kastın devre dışı bırakılmasıyla, bu gibi cezalandırmanın önünde engel teşkil eden durumlar da bertaraf edilmektedir. Bu yönde bir tercihin sebebi ise genel olarak tehlikelilik içeren davranışların, mümkün olduğunca ceza hukukunun uygulama alanına dahil edilmesi ve cezalandırılmasıdır. Ayrıca, bu yöndeki tercihin bir başka sonucu ise, hata kurumunu, cezalandırılabilirliğin tayininde mümkün olduğunca arka plana atmak ve önemsizleştirmek gayesidir. Yazar örnek olarak, Al.CK'nın 231. maddesinde yapılacak bir değişiklikle, söz konusu maddenin, *netice sebebiyle ağırlaşan bir suç* olarak tasarlanabileceğini ve bunun da gayet sağlıklı olacağını ifade etmektedir, bkz. Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.291-292 (Prof.Dr. Jäger, Christian).

cezalandırılabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmesini istemektedir[79]. *Jescheck/Weigend*, gerçek objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiş bulunan diplomatik ilişkilerin bulunması ve karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması şartı ile yine Al.CK m.283 vd. düzenlenmiş bulunan iflas suçlarında ödemelerin durdurulması ve iflasın açılmış olmasını göstermektedirler.

Buna karşılık bu görüştekilerce, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına -*hakim doktrinden çok farklı olarak*- farklı bir fonksiyon tahsis edilmektedir; *Jescheck/Weigend*'e ve onların görüşündekilere göre, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin sosyal ahlak açısından haksızlık içeriğini sadece artırıp artırmaması veya haksızlık içeriğini kurup kurmamasına bağlıdır; bu nedenle burada ya *"kamufle edilmiş bir şekilde cezayı ağırlaştıran neden"* veya *"örtülü bir şekilde cezayı gerekçelendiren suç şartı"* söz konusudur[80]. Bu nedenle gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibini sınırlandırdığı görüşü ileri sürülmüş ancak bunu aşmak için, söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşeceği fail tarafından hesaba katılamamış ise, hakimin cezanın tayini aşamasında cezayı asgari hadden tayin etmek suretiyle bunu telafi edebileceği belirtilmiştir[81]. *Jescheck/Weigend*, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak Al.CK'nın 231. maddesinde kavgaya katılma suçunda, ağır sonucun gerçekleşmesini; Al.CK'nın 323a maddesinde zilzurna sarhoşluk suçunda, sarhoş halde iken hukuka aykırı fiil gerçekleştirmesini; Al.CK'nın 186. maddesinde düzenlenen kötüleme suçunda iddia edilen olgunun gerçekliğinin kanıtlanamamış olmasını göstermektedir.

Ayrıca doktrinde, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaştığını ispatlamak için *"risk düşüncesine"* dayanılmaktadır[82]. Risk düşüncesinin ana fikri, özel

---

79 Walter - LK, Vor §13 Rn.181; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 a; Gerçek objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak şu maddeler gösterilmektedir: §§104a, 283 VI, 283 b III, 283 c III, 283 d IV StGB.

80 Walter - LK, Vor §13 Rn.181; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak şu maddeler gösterilmektedir: §§ 186, 231, 323a StGB.

81 Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b.

82 Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3; Hardwig, "Studien zum Vollrauschtatbestand", s.459 vd.; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Schweikert, Wandlungen, s.86 vd.; Schweikert, ZStW, s.394 vd.

hukuk öğretisindeki riziko sorumluluğu öğretisine dayandırılmaktadır[83]. Bu öğretiye göre, hukuki menfaatin ihlal edilmiş olmasında kişinin ne kastı ne de taksiri olmamasına rağmen kınanabilmesi mümkündür, çünkü kişi daha öncesinde bu rizikonun gerçekleşmeyeceğini garanti etmiş ve gerçekleşmesi durumunda sorumluluğu peşinen kabul etmiştir[84]. Pek tabidir ki, özel hukukta kabul edilen bu düşüncenin, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartının açıklanmasında kullanılmasının kusur prensibini ihlal edeceği eleştirisi ile karşılaşacaklarını düşünen bu görüş sahipleri, bu eleştirileri ortadan kaldırabilmek için kurumun "*objektif*" olma niteliğinden istifade etmişlerdir; ayrıca failin fiili gerçekleştirmeden önce söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşebileceğini öngörebilecek olmasına karşın öngörmemiş olmasını da kınanabilirliğin gerekçesi olarak yeterli görmüşlerdir[85].

Frister, genel olarak bütün objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorusuna cevap vermekten ziyade, her bir suç tipine göre ayrı ayrı cevap vermeyi tercih etmektedir, ki kanaatimizce de doğru olan çözüm de budur. Örneğin, Al.CK'nın 186. maddesinde objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmiş bulunan "*iddia edilen olgunun gerçekliğinin kanıtlanamamış olması*" aslında tipik haksızlığa ait olması gereken bir şarttır. Ancak kanun koyucu bu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak şekillendirmiştir, çünkü kanun koyucu suç politikasına ilişkin gerekçelerle bu şartı haksızlığın bir unsuru olarak düzenlemekten kaçınmıştır; böylece kusur prensibinin sonuçlarından da kaçınmış olmaktadır. Kanun koyucunun bu tutumu hem maddenin kendisi bakımından hem de anayasal açıdan problemli olarak görülmektedir. Al.CK'nın 323a maddesi ile ilgili olaraksa şu tespitlerde bulunmaktadır: Yalnızca sarhoş olmanın 5 yıla kadar hapis cezasını gerektirmesinin kabul edilmesi, alkol tüketiminin toplumun geneli bakımından uygun görülmüş olması ve ayrıca alkol tüketiminin toplumda çok yaygın olması karşısında tutarsız ve saçma olarak görmektedir[86]. *Frister*, doktrinde savunulan ve sarhoş olmanın cezaya layık bir davranış olarak görülmesi görüşüne de karşı çıkmaktadır. Bu nedenlerden dolayı *Frister*, doktrindeki bu görüşün aksine, Al.CK

83 Krause, JURA, s.452 dn.14.
84 akt. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.135.
85 Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3.
86 Benzer görüş için bkz. Geisler, GA 2000, s.174.

m.323a'da aranan objektif cezalandırılabilme şartını kusur prensibine aykırı bulmaktadır. *Frister* çalışmasının devamında, doktrinde giderek artan ve taraftar toplamaya başlayan görüşe göre de, söz konusu maddede geçen objektif cezalandırılabilme şartının, Anayasa'ya uygun yorumlanması yoluyla, söz konusu maddeden dolayı cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için failin taksirinin varlığının aranması gerektiğini ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, fail, şayet sarhoş olduğu vakit bir suç işleyebileceğini *en azından öngörebilmiş* ise, o vakit cezalandırılabilecektir. Ancak Yazar, böyle bir yorumun, yasal düzenlemenin açıklılığı dolayısıyla kesin olmayan bir çözüm olduğunu da sözlerine eklemektedir. Ayrıca Yazar'a göre Al.CK m.231 için de benzer şeylerin (kusur prensibine aykırılık) söylenebilmesi pekala mümkündür[87].

3) Geleneksel Azınlık Görüşü : Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Varlığını Tamamen Reddeden Görüş

Doktrinde geleneksel azınlık görüş tarafından savunulan bir diğer görüş ise, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını tamamen reddetmektedir.

Bu görüştekilere göre, maddi hukuk bakımından cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi, sadece haksızlığın gerçekleştirilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre, kusur prensibi, haksızlık ve kusur arasında bir uyum bulunmasını gerektirdiği için, kusur, fiilin bütün haksızlık içeriği ile ilişkili olmak zorundadır; maddi ceza hukukuna ilişkin cezalandırılabilme şartları asla kusurdan bağımsız olarak değerlendirilemez. Hatta bu görüştekiler, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarını bile reddetmektedirler.

Bu görüşün doktrindeki en önemli savunuculuğunu *Bemmann* yapmaktadır[88]. Bu "*radikal*" sayılabilecek görüş doktrinde çok az taraftar[89] toplayabilmiştir. Bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının var olduğunu fakat ifade edilemeyeceğini ifade etmektedirler.

---

87 Frister, AT, §21 Rn.5-10.

88 Bemmann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.52 vd.

89 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.247 vd.; Kaufmann, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", JZ 1963, s.425, 430; Bockelmann, Paul, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskomission, Band 5, s.84, s.237.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusu bu görüş sahipleri arasında özellikle *Hass* tarafından ele alınmıştır[90]. *Hass*'a göre, bu sorunun cevaplanabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza hukuku sistematiği içindeki yerinin net bir şekilde ortaya konulması ve söz konusu kurumun neden kabul edildiğinin ve tarihi gelişiminin incelenmesi gerekmektedir. Yazar, çalışmasında, söz konusu kurumun, kusur prensibi ile bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır[91]. *Hass* gibi bu görüşe taraftar olan diğer yazarlar tarafından da, kusurdan bağımsız maddi hukuka ilişkin cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir.

Arthur Kaufmann, kusur prensibiyle ilgili önemli çalışmasında, objektif cezalandırılabilme şartlarına da yer vermiştir[92]. Ancak Yazar, konuyla ilgili düşüncelerini açıklamadan önce, konunun ceza hukuku bakımından ne kadar tartışmalı olduğu hususuna işaret etme ihtiyacı duymuştur. *Arthur Kaufmann*'a göre, kusur prensibi, kusurdan bağımsız haksızlık unsuru olamayacağını söylemekle birlikte bunun varlığını da inkar etmemektedir. *"Haksızlığı belirleyici"* objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığının inkarı, kusur prensibini *"zar zor"* ceza hukukuyla uyumlu hale getirmeye çalışmakta ve bu nedenle hayatın olağan akışına tamamen aykırı ve dogmatik olarak yanlış bir sisteme yol açan bir *"doktrin hegemonyası"*ndan başka bir şey değildir. *Arthur Kaufmann*'a göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının sadece haksızlık alanının dışında olduğu yolundaki görüş, fiilin haksızlığı için hiçbir öneme sahip olmayan maddi cezalandırılabilme şartları için de kabul edilmek zorunda olduğundan, ne bir zorunluluk ne de bir ihtiyaç olarak benimsenmemelidir. Çünkü, haksızlığı doğurmayan hiçbir şey, cezayı da doğuramaz[93]. Bu nedenle *Arthur Kaufmann*, doktrinde *Bemmann* ve *Bockelmann* tarafından kesin bir şekilde kabul edilen görüşü

90 Hass, Gerhard, Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, München 1973, s.12-13, 76-78.

91 Hass, Rechtsbegriffe, s.76-77, Hass'a göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının tarihi gelişimine bakıldığı vakit, doktrinde ağırlıklı olarak iddia edildiği üzere kurumun sadece cezayı sınırlandırıcı bir etki doğurmadığı anlaşılmaktadır; objektif cezalandırılabilme şartları suç politikasına ilişkin nedenlerle cezalandırılabilirliği esnetmek için meydana getirilmiş bir kurumdur.

92 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.247.

93 Kaufmann, Unrecht und Schuld, s.425-430.

bu nedenle desteklemektedir. Buna karşılık *Schmidhäuser* tarafından ileri sürülen argümanları da ikna edici bulmadığını ifade etmektedir. Zira *Arthur Kaufmann*'a göre, şayet objektif cezalandırılabilme şartları haksızlık açısından hiçbir öneme sahip olmasaydı, o zaman yargılama şartlarıyla arasındaki farkı ayırt etmek mümkün olmazdı[94]. Yazar'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları aslında fiilin haksızlık unsuruna dahildirler[95]. Objektif cezalandırılabilme şartları, gerçi fiilin haksızlığı açısından kurucu bir özelliğe sahiptir, fakat bu şartların kusuru kapsaması gerekmemektedir. Bu nedenle de bu şartlar, kusurdan bağımsız haksızlık unsuru olarak nitelendirilebilirler[96]. *Arthur Kaufmann*, yargılama şartlarını, ne haksızlıkla ne de kusurla ilgili görmemekte, buna karşılık, biraz önce de ifade ettiğimiz üzere objektif cezalandırılabilme şartlarını haksızlık ve kusur açısından önemli olan suçun unsurları yanında gördüğünden dolayı, objektif cezalandırılabilme şartlarının kendine özgü bir kategorisinin (ne suçun unsuru ne yargılama şartı) olduğunu ifade etmektedir[97]. Objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda ise *Kaufmann* net bir şekilde görüşünü ifade etmektedir: Objektif cezalandırılabilme şartları, kusur prensibini kabul eden bir ceza hukukunda asla meşru/yasal bir konuma sahip olamaz! Ayrıca Yazar, objektif cezalandırılabilme şartlarının, aradan geçen onca zamana rağmen yok olmadığını, ancak hazırlanan yeni taslaklarda objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmekten kaçınılmaya çalışıldığını da vurgulamaktadır. Ancak, Yazar, bazı suçların objektif cezalandırılabilme şartına bağlanmasında, *versari in re illicita*[98] prensibini olumlu yönde etkilemesi açısından gerçek bir zorunluluk bulunduğunun da görmezden gelinemeyeceğini belirtmektedir[99].

---

94 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.247-249.
95 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.249.
96 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251, benzer görüşteki yazarlar için bkz. dn.125.
97 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251.
98 Söz konusu prensibi Latince olarak farklı bir şekilde: "*Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto.*" olarak; Almanca: "*Dem, der sich verboten verhält, werden alle Folgen zugerechnet, die aus dem Delikt entstehen.*" biçiminde ifade edebiliriz. Prensibin Türkçesi ise şu şekildedir: "*Bir yasağı ihlal eden kişiye, o suçtan kaynaklanan tüm neticeler yüklenir.*" bkz. Erdağ, Ali İhsan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (Erfolgsqualifiziertes Delikt), Ankara 2011, s.2 ve dn.1.
99 Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251.

4) Radikal Bir Görüş: *Geisler*'in Görüşü

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda önemli bir çalışmaya imza atmış olan *Geisler*, konuya o zamana kadar neredeyse hiç değinilmemiş olan *"özgürlük kavramı"* açısından[100] da yaklaşmayı başarabilmiştir.

Geisler'e göre, objektif cezalandırılabilme şartları modern kusur ceza hukukunun (modernes Schuldstrafrecht) problemli alanlarından sayılmaktadır, çünkü fiilin subjektif tarafının (subjektiven Tatseite) kısıtlanması sonucunu doğurur ve böylelikle de kusur ilkesine hiç girmeden kusur ilkesinin yasaklarından kurtulur. Bu açıdan bakıldığı vakit objektif cezalandırılabilme şartları kurumunun, adalet ve efektif bir cezalandırılabilme ilişkisinin özüyle ilgili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki geleneksel olarak adalet düşüncesinin dikkate alınmasının şartı olmadığı, bilakis hukuki menfaatlerin korunmasına yönelik ceza hukukunun amacını oluşturan suçun önlenmesine ilişkin taleplerin yerine getirilmesinde bir engelmiş gibi ifade edilmektedir[101].

---

100 Geisler, çalışmasında ayrıca, sorunun felsefik temellerine de inmeyi başarmış ve özellikle *determinist* ve *indeterminist* görüşler ışığında olaya değişik bir perspektiften yaklaşmıştır. Ancak Yazar'a göre, ceza hukukundaki bu tartışmalara uzaktan bakıldığı vakit *çıkmaz bir sokağa girildiği* izlenimine varılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.579 vd.

101 Benzer bir değerlendirmede bulunan Kindhäuser'e göre, kusura ilişkin düşüncelerin küçümsenmesi ve önemsenmemesi yoluyla -her ne kadar kanun koyucular bunu bir maharet olarak görüyor olsa da- ceza hukukunun değersizleştirilmesi günümüzde tekrar hız kazanmıştır. Kusur için kurucu nitelikte olan fiilin subjektif tarafının özellikle kast ve taksirin ispatı bazen zor olabilmektedir. Failin kusurunun ispatlanamaması durumunda beraat etmesi somut olayda can sıkıcı gibi durmaktadır, fakat uzun vadede bu olumlu sonuçlar vermektedir, çünkü bu yolla gerçekten kusurlu davrananların cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, mümkün olduğunca etkili bir şekilde hukuki menfaatlerin korunması için ispat zorlukları bir engel olarak durmaktadır. Bu ispat zorluklarının aşılabilmesi yollarından birisini ise objektif cezalandırılabilme şartları oluşturmaktadır. Yazar, objektif cezalandırılabilme şartlarının en kötü örneği olarak Al.CK'nın 323a maddesini göstermektedir. Bu madde uyarınca bir kişi aşırı alkol kullanması sonucunda sarhoş olur ve bu halde iken kusursuz olarak ve suç işleyebileceğini öngörmeksizin herhangi bir suç tipini ihlal eder ise cezalandırılmaktadır. Yazar bu durumu *"ikili bir skandal"* olarak nitelendirmektedir, çünkü hem alkol kullanımı cezalandırılmakta hem de kusursuz bir kişinin normu ihlal etmiş olması nedeniyle cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle Yazar, soyut tehlike suçlarını ve objektif cezalandırılabilme şartlarını ceza hukuku açısından kritik iki husus olarak nitelendirmektedir. Bu durumun aşılabilmesinin yolunu, başka bir ifadeyle insanlık onuru ile ceza hukukunun bütünleştirilebilmesi için güvenlik politikasına ilişkin yoğun kaygılardan uzaklaşılması gerekmektedir, bkz. Kindhäuser, Urs,

Bu açıdan bakıldığında da, objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olup olmadığı hususu, netice itibariyle, toplumun, normların korunmasındaki menfaatine karşı, failin özgürlük menfaatine ağırlık verilmesi hususuymuş gibi görülmektedir. Burada, toplumun, normların korunmasındaki menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, failin özgürlük alanının objektif cezalandırılabilme şartları vasıtasıyla sınırlandırması da o kadar erken ve fazla olacaktır. Buna karşılık, failin özgürlük menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, objektif cezalandırılabilme şartları aleyhine bir tutum alınacaktır[102].

Geisler'e göre, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşmadığı ve "*çağdışı*" olduğu ortadadır.

İlk olarak, söz konusu cezalandırılabilme şartları çağdaş isnat prensibine uymamaktadır; çünkü günümüzde objektif sorumluluk prensibi çoktan maziye karışmıştır, bu nedenle günümüzdeki sorumluluk prensibi ile taban tabana zıttır. Zira modern isnadiyet anlayışının temelini şanssız/talihsiz durumların mevcudiyeti değil, bilakis kişisel hatalar oluşturmaktadır.

İkinci olarak ise, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları günümüz suç politikası konseptine de uymamaktadır. Zira eski suç politikası konseptine göre amaç, ceza hukukunun önleyici çıtasını sürekli olarak yukarı çıkartmaktı, başka bir ifadeyle haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları kullanılarak elde edilecek "*artı cezalandırılabilmenin*" "*artı önleme*" olduğu kabul edilmekte, bunun sonucu olarak kusur prensibinin ihlal edilmiş olmasının hiçbir önemi bulunmamaktaydı. Ancak günümüzde bu konsept terk edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle de, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı için reddedilmesi gerekmektedir[103].

Geisler'e göre, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılabilmesi için söz konusu şartların haksızlık açısından önem arz etmemesi gerekmektedir.

"Personalität, Schuld und Vergeltung zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", GA 1989, s.507.

102 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.579.

103 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.199-200, 584-585.

Bir objektif cezalandırılabilme şartının haksızlık açısından önem arz edip arz etmediğini anlamak sadece söz konusu normun yorumu ile mümkün olabilecektir. Bu alanda adeta bir pusula gibi doğru yolu bulmayı sağlayacak olan şey *"indirme tezi"*dir (Abzugsthese). Söz konusu tezin temelinde varsayımsal bir *"rekabet düşüncesi"* yatmaktadır: Faili, norma karşı gelmekten dolayı objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırmamızın mümkün ve caiz olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Şayet söz konusu şart olmaksızın da failin cezalandırılması mümkün ve caizdir diyebiliyorsak, söz konusu şartın kanunda tanımlanan tipik haksızlık için *"haksızlık açısından önem arz etmeyen"* bir objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık doktrinde söz konusu bu tez *"zayıf şekliyle"* savunulmaktadır: Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya layık bir haksızlığın varlığından söz edilebilir, ancak cezaya muhtaçlığın söz konusu olabilmesi için şartın gerçekleşmesi zorunludur. *Geisler*'e göre indirme tezinin bu tür bir ayrıma tabi tutulması, cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramlarıyla ilgili dogmatik karışıklıklara yol açacağından kabul edilmemelidir. İndirme tezi gerçek kontrol fonksiyonunu sadece daha güçlü bir şekilde savunulması şartıyla icra edebilir. Bundan dolayı, *"yatıştırıcı"* cezaya layıklık kavramından mantıklı olarak vazgeçmek gerekir ve objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlığın olabileceği kabul edilmelidir[104].

Geisler'e göre, konunun iki yönü bulunmaktadır; ilk olarak, objektif cezalandırılabilme şartları sadece kusur prensibinin *"aşağıya"* (nach unten) doğru sınırlandırılması olarak düşünülebilir. Bu bakış açısıyla, cezalandırılabilirliğin meydana gelebilmesi için, failin haksız ve kusurlu davranışına ilave olarak gerçekleşmesi gereken bazı durumlar söz konusudur. Durum böyle olunca, objektif cezalandırılabilme şartlarının ispatlanabilir tarihsel *"sertliği"* bertaraf edilebilir; çünkü bu tür şartlar failin cezadan kurtulması sonucuna yol açmaktadır. Bu kabul aynı zamanda hakim doktrin tarafından, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaştığını kanıtlamak için de kullanılmaktadır. Buna karşılık, konunun ikinci yönünden bakıldığında, objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibini sınırlandırma için bir araç olarak kullanıldığı ve kusur prensibini *"yukarıya"* (nach

104 Geisler, GA 2000, s.179.

oben) doğru genişlettiği söylenebilir. Bu kabul, sonuç olarak, söz konusu şartın gerçekleşmesi durumunda kusursuz bir kişinin cezalandırılması sonucunu doğuracaktır; bu nedenle bunun failin aleyhine olduğu rahatlıkla söylenebilir[105].

Sonuç olarak *Geisler*, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olmadığını ve kusur prensibi ile bağdaşmadığını; buna karşılık haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olduğunu yani kusur prensibiyle bağdaştığını[106], suç politikası ve metodolojik bakış açısıyla birlikte değerlendirildiği vakit kusur prensibi ile bağdaşabileceğini ifade etmektedir[107]. Bunun yanında haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olabilmesi için, eşitlik prensibine ve ayrıca *"verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan az olmaması yasağına"*[108] (Untermaβverbot) da uygun hareket edilmesi gerekmektedir[109].

Geisler'e göre, prensip olarak kanun koyucuya hangi hukuki menfaatlerin hangi şekilde korunacağı ve yaptırıma bağlanacağı hususunda oldukça geniş bir hareket sahası tanınmaktadır. Burada kanun koyucunun takip edeceği çözüm stratejileri hem avantajları hem de dezavantajları bünyesinde barındırabilecektir. Örneğin, bir hukuki menfaatin ihlalinin zarar suçu mu yoksa tehlike suçu olarak mı düzenleneceği, kanun koyucunun suç politikasına ilişkin düşünceleriyle çok yakından ilgili olacak ve kanun koyucu burada sadece kendine karşı sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun öncelikli sorunu, hukuki menfaatlerin korunmasını temin etme olduğu gibi, haksızlık açısından önem arz etmeyen

---

105 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.137-138.

106 Geisler, GA 2000, s.167.

107 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.138-139; Geisler, GA 2000, s.167-168.

108 Söz konusu kavram (Untermaβverbot) Alman Hukuku'nda yeni yeni kabul edilmeye başlamış bulunan bir yasak türüdür. Söz konusu kavrama göre, kanun koyucunun yükümlülüğü, hukuken korunan menfaatleri ihlal eden davranışları ceza ile yaptırım altına almak ve böylelikle içerik olarak *"verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan fazla olmaması yasağı"* (Übermaβverbot) ile bir bağ kurmaktadır. Temel olarak, devletin cezalandırma yükümlülüğünün kabul edilmesine temkinli yaklaşıldığı görülmektedir. Özellikle sosyal devletlerde, liberal devletlerdekine kıyasla toplum düzeninin korunması için ağırlıklı olarak sorumluluk altına girildiği ve toplumsal ilişkilere müdahalenin artırıldığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.208-209.

109 Geisler, GA 2000, s.167-168; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.207-209, 231.

objektif cezalandırılabilme şartları problemi için de geçerlidir. Burada kanun koyucunun ayakları tabir caizse *dar bir zincire vurulmuş* gibidir; kanun koyucu çeşitli ihtimaller arasından hukuki menfaatleri en iyi koruyan düzenlemeyi seçmek zorundadır. Bu tür ilave bir cezalandırılabilme şartının maksada uygun ve gerekli olup olmadığı yönünde verilecek normatif temel karar, kanun koyucunun kendisine verilmiş olan takdir yetkisine ait bulunmaktadır. Ancak burada unutulmaması gereken en önemli husus, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığıdır. İşte burada kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını, kusur prensibi, eşitlik prensibi ile verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan ne daha fazla ne de daha az olması kuralı oluşturmaktadır[110].

Benzer tespitlerde bulunan *Schmidhäuser*'e göre, kanun koyucunun, ceza normunu hazırlarken objektif cezalandırılabilme şartını koyma konusunda tamamen serbest olup olmadığı veya dogmatik kategorilerle bağlı olup olmadığı önemli bir sorudur[111]. Bazı yazarlar bu konuda kanun koyucunun sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunurken, aksi görüştekiler, dogmatik kategorilerin kanun koyucunun takdir yetkisini sınırladığını ileri sürmektedirler[112]. *Schmidhäuser*'e göre kanun koyucu, bir ceza normuna objektif cezalandırılabilme ilave etmek istiyorsa, pratikte bu durumu mantıklı bir şekilde hesaba katmalıdır, çünkü kanun koyucu, ceza hukukunun temel ilkelerine karşı gelme yetkisine sahip değildir[113]; kanun koyucunun sahip olduğu özgürlüğün sınırını, suç politikasına ilişkin menfaatler ve usul ekonomisine ilişkin mülahazalar oluşturmaktadır[114].

Geisler, çalışmasının devamında, haksızlık açısından önem arz eden ve önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının nasıl tespit edileceğini de ifade etmiştir[115]. Ancak Yazar, bu tespitin çok da kolay yapılamayacağını da sözlerine eklemektedir[116]. Yazar'a göre, bunun tespiti sadece madde metninde yapılacak bir yorum ile mümkün olabilecektir, ancak bu da önemli belirsizlikleri beraberinde getir-

110 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.207-208, 231.
111 Schmidhäuser, ZStW, s.560.
112 Görüşler için bkz. Schmidhäuser, ZStW, s.560 dn.30.
113 Schmidhäuser, ZStW, s.560.
114 Schmidhäuser, ZStW, s.561.
115 Geisler, GA 2000, s.166 vd.
116 Geisler, GA 2000, s.168.

mektedir[117]. Yazar'ın bu alanda yararlandığı teori daha önce de ifade ettiğimiz üzere "*indirme tezi*"dir[118]. Yazar'ın geliştirdiği söz konusu tez ile, objektif cezalandırılabilme şartı içeren bir suç işleyen failin, objektif cezalandırılabilme şartı içermeyen bir suç işleyen failden daha kötü bir konuma sokulamayacağı kabul edilmektedir; bu kabul konu ile ilgili bir çok hususun çözümünde anahtar bir rol oynamaktadır[119]. Buna göre failin, söz konusu normu ihlal etmesi dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırılmasının mümkün olup olmayacağı ve aynı zamanda bunun caiz olup olmayacağı sorusunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu hususta somut normun ceza tehdidi önemlidir. Şayet bu soruya "*evet*" cevabını verecek olursak, tipik haksızlık için cezalandırılabilme koşulu haksızlık açısından önem arz etmeyecektir, çünkü halihazırda objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlık mevcuttur. Buna karşılık şayet, failin davranışı, "*indirme tezi*" uygulandığında yalnızca *cezaya layık* olarak sınıflandırılıyor fakat *cezaya muhtaç* olarak sınıflandırılamıyorsa, o vakit objektif cezalandırılabilme şartının kusur prensibi ile bağdaştığı kabul edilmemelidir. Doktrinde "*indirme tezi*" genellikle "*zayıf*" şekliyle savunulmaktadır. Buna göre, cezalandırılabilme koşulları olmaksızın cezalandırılabilen bir haksızlığın olması yeterli görülür; ancak bu cezalandırılabilme şartlarından birisinin gerçekleşmesi için *cezaya muhtaçlık* olması talep edilir. Ancak *Geisler*, radikal sayılacak bir şekilde, indirme tezinin dogmatik olarak cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık şeklinde ikiye ayrılmasını reddetmektedir. Yazara göre, indirme tezinin gerçek kontrol işlevini yerine getirebilmesi için daha güçlü bir anlamda savunulması gerekmektedir. Bundan dolayı, "*yatıştırıcı*" cezaya layıklık kavramından mantıklı olarak vazgeçmek gerekir ve cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlığın olabileceği kabul edilmelidir[120].

---

117 Geisler, GA 2000, s.168; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.231.

118 Yazar'a göre, hakim doktrin halihazırda "Abzugsthese"nin farklı bir türünden istifade etmektedir. Hakim doktrinin farklı bir türde istifade ettiği bu teze göre, haksız ve kusurlu davranış objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden cezaya muhtaç olarak görülmemekte, fakat halihazırda cezaya layık bir davranışın olduğu kabul edilmektedir, bkz. Geisler, GA 2000, s.166.

119 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.588.

120 Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.231, 585-586; Geisler, GA 2000, s.172 vd.

5) Doktrindeki Görüşlerin Kısa Bir Özeti ve Kanaatimiz

Şimdiye kadar açıklamaya çalıştığımız bütün bu *"yapıcı"* görüşler, şayet hakikaten objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibini bağdaştırabilmek mümkün değilse ikna edici gözükmektedir[121]. Yapmış olduğumuz açıklamalarda, objektif cezalandırılabilme şartlarına, cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir bakış açısıyla yaklaştık; ancak şunu da ifade etmemiz gerekir ki, bu şartın gerçekleşmesi aynı zamanda faile bir yük de yüklemektedir[122]. Ancak burada yer verilen görüşler asla tek görüş değildir; objektif cezalandırılabilme şartları daha ziyade mahkeme kararları[123] ve hakim doktrin tarafından tamamen *"failin lehine"* görülmekte ve sonuçta kusur prensibi ile hiçbir çelişki olmadığı kabullenilmektedir[124].

Ceza hukukunun genellikle kabul edilmiş olan hukuki değerlerin korunmasını garanti eden ve destekleyen meşhur fonksiyonundan hareket edersek, takip edilmesi gereken yol kendisini gösterecektir: Kanun koyucu soyut bir şekilde formülize ederek tipikleştirdiği suç tiplerini temel olarak *cezaya layık* görmektedir; ancak buna karşın ceza hukukunda önemli ilkelerden birisi olan *ultima ratio* prensibi dolayısıyla kanun koyucu bu cezaya layık fiilin aynı zamanda *cezalandırılmaya muhtaç* olması şartıyla cezalandırmaktadır[125].

Burada ifade edilen cezaya muhtaçlık kriterini ortaya koyabilmek için, kanun koyucu ilgili ceza normuna suçun unsurlarına uygun bir sınırlandırma eklemiştir, böylelikle cezaya layık her fiil değil sadece cezalandırılmaya muhtaç bir fiilin cezalandırılması sağlanmak istenmiştir[126]. Bunlara Alman Ceza Kanunu'ndan şu örnekler verilebilir[127]: Kötüleme suçunda (Al.CK m.186) cezaya layık olan fiil, bir kişinin diğer bir kişi hakkında kanunda belirtilen nitelikte bir olguyu isnat etmesi veya yaymasıdır; fakat cezaya muhtaçlık ancak bu olgunun gerçekliği kanıtlanmamış bir olgu olması durumunda söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, kavgaya katılma suçunda (Al.CK m.231) cezaya layık olan fiil,

121 Satzger, JURA, s.110.
122 Satzger, JURA, s.110.
123 BGHSt 16, 124, 125.
124 Satzger, JURA, s.110; Gottwald, DAR, s.304.
125 Jescheck/Weigend, AT, §52 I Rn.1.
126 Satzger, JURA, s.111.
127 Satzger, JURA, s.111.

kavgaya katılmadır; fakat cezaya muhtaçlık ancak ağır ve tehlikeli sonucun yani özel sonucun gerçekleşmesi durumunda mümkündür. İflas suçlarında (Al.CK m.283 vd.) cezaya layık olan fiil, temel olarak o anki ekonomik basiretsizliği ve alacaklıları tehlikeye düşüren hareket tarzı veya ekonomik krize sebep olmasıdır; fakat cezaya muhtaçlık ancak bu ekonomik krize mani olamaması durumunda mümkündür, ki bu da failin ödemelerini durdurmuş olması veya malvarlığı hakkında iflasın açılmış olması veya iflasın açılma talebinin iflas masasının malvarlığının yetersizliği nedeniyle reddedilmiş olması anlamına gelmektedir. Son olarak şu örnek verilebilir; zilzurna sarhoşluk suçunda (Al. CK m.323a) cezaya layık olan fiil, alkollü içecekler veya diğer uyuşturucu maddeleri kullanarak kusur yeteneğini ortadan kaldırmaktır[128]; fakat cezaya muhtaçlık failin sarhoşken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi ve sarhoşluğu nedeniyle kusur ehliyetsizliğine sahip olduğunun tespiti ile söz konusu olmaktadır.

Böylece yukarıda verilen bütün örneklerde, tipiklik unsuru hukuki menfaati tehlikeye düşürebilecek bir davranışı kapsamaktadır, bu yüzden kanun koyucu bu unsurları cezaya layık olarak sınıflandırmıştır[129]. Buna karşın yukarıda verilen bütün bu örneklerde söz konusu tehlike gerçekleşmemektedir, o bakımdan bir cezalandırma özellikle genel önleme gerekçelerini haklı göstermemektedir[130]. Bütün bu istisnai durumlar bir objektif cezalandırılabilme şartının uygulanması yoluyla sınırlandırılmaktadır, kanun koyucunun hiç olmazsa sistemli bir düzeni yakalamış olduğu görünmektedir[131]. Objektif cezalandırılabilme şartlarının failin lehine gibi gözüken bu yorumu sayesinde bu şartlar haksızlık unsurunun dışında bırakılmaktadır, sonuçta da gerçekleşen sonucun (objektif cezalandırılabilme şartının) *"kusur kınamasını"* kapsaması gerekmemekte, bu şekilde de, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibi arasında olan çelişki yumuşatılmış olmaktadır[132] [133].

---

[128] Doktrinde bu durum bir çok kere bir sarhoşa karşı geniş bir hoşgörü olarak değerlendirilmiştir, oysa kanun koyucunun bu değerlendirmesi tamamen doğrudur, bkz.Satzger, JURA, s.111.
[129] Satzger, JURA, s.111.
[130] Satzger, JURA, s.111.
[131] Satzger, JURA, s.111.
[132] Satzger, JURA, s.111.
[133] Kanaatimizce burada Satzger'in ifade ettiği gibi ne "fail lehine" bir yorum yapıl-

Ancak sadece bir yumuşatma, sorunu tamamen bitirmemektedir, çünkü bir düşünceye göre, objektif cezalandırılabilme şartları, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın tehlikeye sokulan davranışlar gibi cezanın sınırlarını sadece cezaya layık olarak öngörmelidir, haksızlık içeriğine dahilmiş gibi değil. Burada aksi düşüncede olanlar haklı olarak, Al.CK m.323a'ya göre, sadece sarhoş bir halde olmanın 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmayı gerektirmesinin doğru olmadığını, ayrıca cezalandırılabilirliğin sadece sarhoş halde iken işlenecek fiiller bakımından sınırlandırılmasının da failin problemsiz bir şekilde cezadan kurtulacağı şeklindeki görüşü tutarlı bulmamaktadırlar[134]. Aynı zamanda, objektif cezalandırılabilme şartlarının prensip olarak suçun unsurlarına dahil edilecek şekilde yorumlanması da ikna edici gözükmemektedir[135].

Şayet objektif cezalandırılabilme şartları, bir olayın haksızlık içeriğini önemli ölçüde etkilemeyecek ise, kusur prensibi ile objektif cezalandırılabilme şartlarının bağdaştığını söyleyebiliriz[136]. Elbette bu, onun tamamen haksızlık açısından önem arz etmemesi şartıyla söz konusudur. Bununla birlikte, objektif cezalandırılabilme şartlarının cezayı belirleyen haksızlığa karşı önem arz etmemesi gerekmektedir, yani yasadaki cezanın sınırları üzerinde azaltıcı bir rol oynayan ve somut durumda cezanın miktarı üzerinde etkili olan hususlar haksızlığa karşıdır[137]. Diğer bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartları, uygulanacak ceza, cezanın türü ve miktarı için belirleyici değildir, bilakis suçla ilgili haksızlık konusunun dışındadır ve sadece cezalandırılabilme için önemlidir; yani devletin cezalandırma yetkisine dayalı bir davranış üzerinde meydana gelmesi yeterli görülmektedir[138].

---

makta ne de kusur prensibi ile olan çelişki giderilmiş olmaktadır. Zira, objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibinin kalkanından çıkarttığımız vakit keyfi ve subjektif müdahalelere açık hale getirmiş olmaktayız. Ayrıca objektif cezalandırılabilme şartları ile, hata konusunda failin aleyhine bir düzenleme getirilmiş olmaktadır.

134 Roxin, AT I, §23 Rn.8 (Roxin'e göre, hukuka aykırı herhangi bir sonuca yol açmayan sarhoşluk durumu, içki yasağının olmadığı ülkelerde sosyal olarak tolere edilmektedir.); benzer görüşte bkz. Geisler, GA 2000, s.174-175; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.367 vd.

135 Satzger, JURA, s.111.

136 Stree, JuS, s.466.

137 Stree, JuS, s.466.

138 Stree, JuS, s.466.

Bununla birlikte mahkemeler, cezanın tayini aşamasında objektif cezalandırılabilme şartlarının özelliğini mantıklı bir şekilde göz önünde bulundurmalıdırlar[139].

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar ağırlıklı olarak Alman Hukuku'ndaki tartışmalar çerçevesinde şekillendirilmiştir. Bu kısa ve özet niteliğindeki açıklamaları yapmaktaki amacımız, tartışmayla ilgili Alman doktrinindeki bütün görüşleri sağlıklı bir şekilde kavradıktan sonra Türk Hukuku bakımından daha doğru sonuçlara ulaşabileceğimize olan inancımızdır. Aşağıda, konunun Türk Hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar hakkındaki düşüncelerimizi gerekçeleriyle birlikte ortaya koymaya çalışacağız.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaşıp bağdaşmayacağı meselesine ilişkin soruları Türk Hukuku bakımından kabaca şöyle sıralayabiliriz:

- Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde[140] netice sebebiyle ağırlaşmış suç kurumu düzenlenmiştir; kanun koyucu bu madde ile 765 sayılı TCK döneminde yürürlükte bulunan *"objektif sorumluluk"* prensibini tarih sahnesinden kaldırdığını ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Peki, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından neden böyle bir düzenleme (en azından taksir şartı) kabul edilmemiştir?
- Kusur düşüncesi neden -aksini düşünenler olmakla birlikte- failin dezavantajına olacak şekilde uygulanmaktadır?
- Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesinden dolayı failin cezalandırılabilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşeceğinin fail tarafından *"en azından öngörebilmesi"* şartı aranabilir mi?

Günümüze kadar bütün bu sorulara tatmin edici bir yanıt verilememiştir; bu nedenle de bazı yazarlarca objektif cezalandırılabilme şartları ceza hukuku açısından *"can sıkıcı bir problem"* ve *"dogmatik bir çıkıntı"* olarak nitelendirilmiştir[141].

---

139 Satzger, JURA, s.111.
140 Al.CK m.18'e karşılık gelmektedir.
141 Krause, JURA, s.450.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaşıp bağdaşmayacağına karar verebilmek için kanun koyucunun, her şeyden önce kusur prensibine nasıl yaklaştığını ve bu prensipten ne anladığını ortaya koymamız gerekmektedir. Ancak gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı Kanunların hiçbirisinde *"kusursuz ceza olmaz"* prensibi açıkça ifade edilmemiştir. O takdirde önümüzde *"yorum"* tekniğine başvurmaktan başka bir çare kalmamaktadır.

Kanun koyucunun kusur prensibi ile ilgili görüşünü ortaya koyabilecek TCK'daki en önemli madde kanaatimizce, netice sebebiyle ağırlaşmış suçun düzenlendiği 23. maddedir. Söz konusu maddede aynen şöyle denilmektedir: "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*"[142] Söz konusu maddeye benzer bir düzenleme, 765 sayılı TCK'da yer almamaktaydı; çünkü, 765 sayılı Kanun döneminde, ceza hukuku sistemimizde, objektif sorumluluk kabul edilmiş bulunmaktaydı. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, doktrinde bazı yazarlarca, *"objektif sorumluluk"* düşüncesinin ceza hukuku sisteminden kazınması ve *"kusurlu sorumluluk"* ilkesinin hayata geçirilmesi olarak yorumlanmaktadır[143]. Pek tabidir ki, kusurlu sorumluluk ilkesinin kabulü düşüncesi, aynı zamanda kusur prensibinin de kabulü anlamına gelmektedir[144]. Yaptığımız bu kısa açıklamadan -aksi yönde görüşler bulunsa bile- Türk ceza hukuku sisteminde[145] artık, objektif sorumluluk prensibinin değil kusur prensibinin mutlak bir şekilde kabul edildiği sonucunu çıkartmak mümkündür. Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda sağlıklı bir

142 TCK m.23'ün karşılığı olan Alman Ceza Kanunu'nun 18. maddesinde şöyle denilmektedir: "*Fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir.*" Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.18.

143 Bazı yazarlar bu düzenleme ile objektif sorumluluğun ceza hukukundan kaldırılmadığını, bilakis *"salt taksir karinesine dayanan bir sorumluluk"* sisteminin kabul edildiğini ifade etmektedirler, ayrıntılı bilgi için bkz. Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2010, s.271, 308, 311-312; benzer görüş için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012, s.238.

144 Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.3.

145 krş. TCK m.5.

karar verebilmek için, kanun koyucunun muradının ne olduğunu doğru bir şekilde tespit etmiş olmamız gerekmekteydi.

Bu kabul, yani ceza hukuku sistemimizde artık tamamıyla kusur prensibinin geçerli olması[146], yukarıda da ifade ettiğimiz Alman yüksek mahkeme kararlarında ifade edilen hususları da teyid etmektedir. Ayrıca, kanun koyucunun bu bilinçli seçimi, artık, objektif sorumluluk döneminden kalan ve failin kusurunun bulunmadığı durumlarda da sorumluluğu cihetine gidilmesine yol açan *"kalıntıların"* ceza hukukundan çıkartıldığı/çıkartılmak istendiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Bu bağlamda, netice sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için failin kusurunun (en azından taksir derecesinde) varlığını şart koşan bir kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığına sıra gelince kusurun aranmasından vazgeçeceğini düşünmek kanaatimizce *"abesle iştigal"* etmek olur; *"Vazı-ı kanun abesle iştigal etmez"* kuralından hareketle de bu varsayımın kabul edilemeyeceğini açık bir şekilde söyleyebiliriz.

Pek tabi bu sonuca varabilmek için, ön sorun olarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile objektif cezalandırılabilme şartları arasında niteliksel ve/veya niceliksel bir korrelat olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak gerekecektir. Bu sorunun cevaplanması sonucunda, şayet objektif cezalandırılabilme şartları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile aynı veya en azından benzer bir anlam taşıyor ise[147] düşüncemiz doğrulanmış olacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartları ile netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suç genel teorisi kapsamında birbirlerinden tamamen farklı hukuki niteliklere sahiptirler. Bu nedenle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aranan *"en azından taksir"*in aranması şartının, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından -mevcut sistemde- uygulanabilmesini mümkün görmemekteyiz. Buna karşılık, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların varlık gayesini oluşturan kusur prensibine ilişkin düşüncelerin, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından da geçerli olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

---

[146] Netice sebebiyle ağırlaşan suçların Anayasa'ya aykırı olup olmadığı ve kusur prensibini ihlal edip etmediği yönündeki Türk ve Alman hukuklarındaki tartışmalar için bkz. Özbek, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.229-230.

[147] Stree, JuS, s.466.

Konuyla ilgili şu tarz bir düşüncenin yanlış olmayacağını tahmin ediyoruz: Belirli bir şartın cezayı ağırlaştırıcı veya cezayı kurucu etkisinin olup olmadığı mahiyet farkına yol açmaz. Örneğin, Al.CK m.231'de düzenlenmiş bulunan kavgaya katılma suçu: Kanun koyucu şayet bu suça kusurlu olarak katılmayı mutlak bir biçimde cezalandırarak düzenleseydi ve ağır bir sonucun gerçekleşmesini bir cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak görseydi, bu durum netice sebebiyle ağırlaşmış suç için öngörülmüş bulunan düzenlemeyi ihlal etmiş olurdu[148]. Buna göre cezanın ağırlaştırılması için ön koşul, gerçekleşen ağır sonuç bakımından en azından taksirle hareket edilmiş olmasıdır[149]. Kanun koyucu, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda yüksek cezayı, belirli bir fiilin sonucunun gerçekleşmesinin neden olduğu *"artırılmış haksızlık"* dolayısıyla kabul etmektedir; bu nedenle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, haksızlık unsuru içerisinde gösterilmektedir[150]. Şayet, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara karşı objektif cezalandırılabilme şartlarının farklı yapısı kuşkulu olsaydı, objektif cezalandırılabilme şartları cezayı belirleyen haksızlık unsuru olurlardı[151]. Sonuç olarak, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin cezaya layık olan haksızlık içeriği için önemli değildir; sadece bir cezalandırmanın zorunlu gözükmediği durumlarda, ceza ekonomisi gerekçeleriyle oluşturulmuş bir kurumdur[152].

Krause, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılması için yapılan bütün çabalara rağmen konunun hala *can sıkıcılığını* koruduğunu ifade etmektedir. Öte yandan, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibini bağdaştırmak için ileri sürülen argümanlardan birisi olan suç politikasını ve suç politikasından kaynaklanan zorunluluklara kulak asılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca *Krause*, Alman kanun koyucusunun 1979 yılında yapmış olduğu reform ile objektif cezalandırılabilme şartı içeren bir dizi hususun kanundan çıkarttığını vurgulamaktadır. Bununla birlikte Yazar, yerinde olarak, bütün dünyada herkesi memnun edecek bir çözümün hiç kimse tarafından sunulamayacağını da sözlerine eklemektedir. Ya-

148 Stree, JuS, s.466.
149 Stree, JuS, s.466.
150 Stree, JuS, s.466.
151 Stree, JuS, s.466.
152 Stree, JuS, s.466.

zar son olarak, Al.CK'nın 113. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan hataya ilişkin oldukça karışık düzenlemenin doğru olup olmadığı ve bunun objektif cezalandırılabilme şartları için model olarak kabul edilip edilemeyeceğini ancak zamanın göstereceğini ifade etmektedir[153].

Kusursuz ceza olmaz ilkesi (*nulla poena sine culpa*) Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelmiş ve çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de kabul edilmiş evrensel hukuk ilkelerinden birisi, belki de en önemlisidir. Kusursuz ceza olmaz ilkesi, objektif cezalandırılabilme şartlarına bakış için hareket noktamızı oluşturmaktadır[154]. Alman Hukuku'nda, hakim doktrin tarafından Alman Ceza Kanunu'nun 231. maddesinde yer alan kavga suçundaki *"ağır sonuç"* (ölüm veya ağır yaralama), 323a maddesinde yer alan kendini bilemeyecek derecede sarhoşluk suçunda sarhoşluk fiili ve 283 vd. maddelerde düzenlenen iflas suçlarında fail hakkında iflasın açılmış olması veya iflasın açılmasının reddedilmesi gibi durumlar, objektif cezalandırılabilme şartı sayılmaktadır. Bütün bu durumlarda, söz konusu şartların gerçekleşmesi bakımından failin kusurunun var olması gerekmemektedir[155].

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu[156] tarafından kusur prensibi *"dokunulamaz bir temel ilke"* olarak nitelendirilmiştir, aynı şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi[157] de bu prensibe anayasal bir önem[158] atfetmiştir. Zaman içerisinde, *"Kusursuz bir ceza saçmalıktır, ilkelliktir"*[159] veya

---

153 Krause, JURA, s.455.
154 Stree, JuS, s.465.
155 Stree, JuS, 465.
156 BGHSt (GS) 2, 194 (202).
157 BVerfGE 20, 323 (331).
158 Buna karşılık Tiedemann'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları meselesi, esas itibariyle anayasaya aykırılık bakımından anayasa hukuku sahasının dışında kalmakta ve anayasa hukuku tarafından çizilen sınırlar içinde kalarak, ceza hukuku öğretisi ve ceza politikası sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır, bkz. Tiedemann, Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu, s.308. Kanaatimizce Yazar'ın bu ifadesi bir *"sonuç"* niteliğinde değildir, zira buradaki en önemli sorun olan ve anayasal bir ilke olduğu kabul edilen kusur prensibinin objektif cezalandırılabilme şartları ile bağdaştırılıp bağdaştırılamayacağıdır. Bu nedenle anayasa hukuku tarafından çizilen sınırın eş anlamlısını kanaatimizce kusur prensibi oluşturmaktadır.
159 Hafter, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926,

"Kusursuz ceza uygarlaşmamışlığın bir parçasıdır"[160] gibi çok sert ve kesin bir dille formüle edilmiş ifadeler de, kusurun gerekliliğinin geçmişten günümüze uzanan önemli kanıtlarındandır.

Bugünkü ceza hukuku anlayışında kusurdan bağımsız bir cezanın varlığı kesinlikle kabul edilmemektedir[161], fakat objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığı bu kabule ters düşmektedir[162]. Doktrinde *Arthur Kaufmann*, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını, kusur prensibinin sınırlandırılması olarak kabul etmekte ve bu prensibin ihlal edilmesini kısmen de olsa kabullenmektedir[163]. *Bemmann*'a göre, cezanın kusur ile olan ilişkisinde bu *sözde ağır yenilgiyi* ortadan kaldırmak için, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlık gerekçesini inkar etmeli ve objektif cezalandırılabilme şartlarını farklı yorumlamalı ve sonuçta bunları ya suçun unsuru olarak sınıflandırmalı ya da maddi cezalandırılabilme şartları alanından çıkartmalı ve yargılama şartlarına dahil etmelidir[164]. Buna karşılık hakim görüşün savunucuları, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bütünüyle ahenk içerisinde olduğunu göstermeye gayret etmektedirler![165]

Objektif cezalandırılabilme şartları ile ilgili sorun, bu tip cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı veya zorunlu olarak kusur prensibinin sınırlandırılmasına yol açıp açmayacağı ile ilgili görünmektedir. Aynı zamanda, bu soru ile birleştirilebilecek bir başka soru da, bir ceza hükmünün anlamına ve meşruiyetine göre objektif cezalandırılabilme şartlarının tespiti ile ilgilidir[166]. Bu arada, pek tabi, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile olan ilişkisi de aydınlatılmış olmalıdır. Objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza hukuku açısından önem arz eden çeşitli şartlarının içeriğinin tespiti de bir diğer sorunsalı oluşturmaktadır.

---

s.92.

160 Beling, Ernst, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910, s.15.

161 Bemmann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.55.

162 Stree, JuS, s.465.

163 Kaufmann, Unrecht und Schuld, s.426 vd.

164 Bemmann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.52 vd.

165 Schmidhäuser, ZStW, s.545 vd.; bkz. Stratenwerth, ZStW 1959, s.565; Schwalm, Georg, "Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?", MDR 1959, s.906.

166 Stree, JuS, s.465.

III) SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız sonuçları özetle şu şekilde sıralayabiliriz:

Sonuç 1. Çalışmamız sırasında daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kusur, kamusal cezanın varlığı için zorunlu bir şarttır, fakat yeterli bir şart değildir! Kusur, her ne kadar cezalandırılabilirliğin zorunlu şartı ise de yeterli şartı değildir! Kusur, ancak sosyal gerekçelerle haklı görülmesi halinde bir cezalandırılabilmeye neden olmaktadır; aksi durumda suç politikası mülahazalarıyla gereksiz olabilmektedir. Devlet ancak hukuk düzeninin korunması ve sürdürülmesi için zorunlu olması ve kamusal düzenin korunması cezalandırılma olmaksızın tehlikeye düşecek ise cezalandırma yoluna başvurmak zorundadır. Ceza hukukunda geçerli olan *"kusursuz ceza olmaz"* ilkesi, *"cezasız kusur olmaz"* şekline çevrilerek yorumlanamaz. Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir. Kusur ile ilgili olarak benimsemiş olduğumuz sistemi özetleyen bu alıntıların, bundan sonra yapacağımız açıklamalarda temel teşkil edeceğini ifade etmek istiyoruz.

Sonuç 2. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını reddetmek, kanaatimizce sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getirecektir. Zira hiçbir şeyi inkar etmekle çözüme gidilemeyeceği hayat tecrübeleriyle de sabit olan bir gerçektir. Ayrıca bu reddediş, aslında kusur prensibinin temel argümanlarına da aykırılık oluşturabilecek niteliktedir; çünkü böyle bir *"reddediş"* ile biraz sonra da açıklayacağımız üzere, kusurla ilgili olmayan bir hususun kusur ilişkisine sokulabilmesi veya maddi hukuk sahasından çıkartılıp şekli hukuk sahasına dahil edilmesi riskini taşıyacak, tabir caizse *"kaş yapayım derken göz çıkarma"* söz konusu olabilecektir. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartları, *"ceza hukukunun yaramaz ve asi çocuğu"* olarak kalmaya devam edecek, ancak uslandırılması için gerekli çabalar gösterilecektir.

Sonuç 3. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul ettikten sonra, bu şartların *"türlerini"* belirlememiz gerekmektedir. Burada yeri gelmişken, bir hususu belirtmeden geçmek istemiyoruz: Türk Hukuku'nda gerek konuyla ilgili yapılmış sınırlı sayıdaki monografik çalışmada gerekse ceza hukuku genel hükümler kitaplarında, objektif cezalandırılabilme şartlarının *"bütün"* olarak ele alındığını

gözlemlemiş bulunmaktayız. Başka bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartları, türleri ele alınmaksızın incelenmiştir. Kanaatimizce konuya bu şekilde yaklaşılması sağlıklı bir tespit yapılabilmesini ve dolayısıyla doğru bir sonuca ulaşılabilmesinin önünde önemli bir engel olarak durmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, objektif cezalandırılabilme şartlarını, *"haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları"* ve *"haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları"* olarak ikiye ayırarak incelemek olmalıdır. Aksi takdirde, özellikle hangi objektif cezalandırılabilme şartının kusur prensibine aykırılık oluşturduğunu tespit edebilmemiz mümkün olmayacaktır. Bu nedenle biz, bu ikili ayrımı esas almak suretiyle özellikle kusur prensibi noktasında görüşlerimizi açıklamayı, konunun daha rahat ve doğru bir şekilde anlaşılabilmesi açısından zorunlu görmekteyiz.

Sonuç 4. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul ettikten ve türlerini belirledikten sonra yapmamız gereken şudur: Acaba söz konusu şart, haksızlık açısından bir önem arz etmekte midir? Burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır; söz konusu şart ya haksızlık açısından önem arz eden bir objektif cezalandırılabilme şartıdır veya haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Peki bunun tespiti nasıl yapılacaktır? Başka bir ifadeyle, bir şartın haksızlık açısından önem arz edip etmediği nasıl anlaşılacaktır? Kanaatimizce bu tespiti yapabilmek için, Alman doktrini tarafından sıklıkla kullanılan *"indirme tezi"*nden istifade etmemiz en doğru yol olacaktır. Bu teze göre burada yapılması gereken, faili, ilgili ceza normunu ihlal etmekten dolayı objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırmamızın mümkün ve caiz olup olmadığını tespit etmemiz olacaktır. Şayet söz konusu şart olmaksızın da failin cezalandırılabilmesi mümkün ve caizdir diyebiliyorsak, madde metnindeki söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının, kanunda tanımlanan tipik haksızlık bakımından önem arz etmeyen, veya başka bir ifadeyle *"haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartı"* olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık, söz konusu şart olmaksızın, failin cezalandırılmasını mümkün görmüyorsak ve aynı zamanda böyle bir cezalandırılmanın caiz olmadığını tespit etmişsek, o vakit karşımızda *"haksızlık açısından önem arz eden bir objektif cezalandırılabilme şartı"* olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç 5. Çalışmamız sırasında da ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz gibi, şayet bir husus, haksızlık açısından kurucu önemde ise veya kusurla bağlantılı görülüyorsa o vakit kusur prensibinin koruması altına girmiş bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, failin kastının söz konusu şartı kapsaması gerekmektedir. Bu konuyla ilgili *Stree*'nin yerinde bir şekilde ifade etmiş olduğu şu tespitlerin altına rahatlıkla imzamızı atabiliriz: "*Kusurun temeli, failin kınanabilirliği üzerine inşa edilmiştir. Bunun sonucunda, failin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlık, sadece failin kendi kusurunu kapsadığı kadarıyla faile bir yükümlülük yüklemektedir.*" (Stree, JuS, s.466). Bu bağlamda, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi durumunda, failin kusurunun bunu kapsaması söz konusu olmayacağından, failin kınanabilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları bakımından, bunların objektif cezalandırılabilme şartı oldukları gerçeği göz ardı edilemeyeceğinden, failin kastının bu şartları kapsamasının zorunlu olmadığı hususu dikkate alındığında, haksızlık açısından önem arz eden bu tür cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibine açık bir şekilde aykırılık oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları haksızlık ve kusur alanının dışında bulunduğundan dolayı, kusur prensibini ihlal etmiş olmayacaktır; zira kusur alanının dışında olan bir kurumun bu prensibi ihlal edebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Alman doktrininde son zamanlarda *Roxin*'in başını çektiği bazı yazarlar, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle uyumlu hale getirilebilmesi için, failin, söz konusu şartın gerçekleşebileceğini en azından öngörmüş olmasının aranmasını şart koşmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi dolayısıyla cezalandırılabilmenin söz konusu olması için failin bu şartın gerçekleşmesi bakımından en azından taksirinin varlığı aranmalıdır[167]. Kanaatimizce böyle bir görüş kabule şayan değildir. Zira, böyle bir kabul, kanun koyucunun yerine geçip sanki kanun koyucu burada taksirin varlığını

[167] İtalyan Anayasa Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararla, objektif cezalandırılabilme şartlarının da kanuni tipin kurucu unsurları olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla en azından taksir esasına göre fiilin faile isnat edilmesi gerektiğine karar vermiş bulunmaktadır, akt. Özen, Objektif Sorumluluk, s.231.

şart koşmak istemiş gibi bir sonuca varılmasına yol açacağından kanaatimizce kabul edilebilir bir görüş değildir. Ayrıca, failin kastını kapsaması zorunlu olan taksir kurumu ile failin kastını kapsaması zorunlu olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarını aynı kefeye koymak da kanaatimizce doğru değildir.

Sonuç 6. Haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibine açık bir şekilde aykırı olmaları gerçeği karşısında acaba izlenmesi gereken yol ne olmalıdır sorusu anahtar bir rol oynamaktadır. Burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır: Ya kesin bir şekilde bunları *"geri dönüşü olmayan bir şekilde"* kusur prensibine aykırı göreceğiz, ya da tabir caizse *"taşın altına elimizi koyup"* söz konusu şartları, kusur prensibi ile uyumlu hale getirmenin yollarını arayacağız. Pek tabidir ki, her iki seçenek de çeşitli sıkıntıları bünyesinde barındırmaktadır. Kanaatimizce burada izlenmesi gereken yol, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için, suç genel teorisinin ve özellikle de kusur prensibinin sınırlarını ve temel ilkelerini ihlal etmemek şartıyla *"yapıcı"* ve bazen biraz *"zorlayıcı"* yorumlarla *"kan uyuşmazlığı"* içerisinde olan bu iki kurumu *"barıştırma"* yoluna gitmek olmalıdır. Elbette bunu yaparken hiçbir zaman, evrensel hukukun genel yorum ilkelerini ve diğer prensiplerini ihlal etmemeliyiz.

Sonuç 7. Haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için önümüzde bazı seçenekler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Alman doktrininde *Hirsch* tarafından ileri sürülen ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardakine benzer bir *"kast-taksir kombinasyonunun"* uygulanması halinde bu şartların kusur prensibiyle uyumlu hale getirilmiş olacağını savunan görüştür. Buna göre, failin meydana gelen objektif cezalandırılabilme şartından dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşmesi bakımından en azından *"taksirinin"* varlığı aranacaktır. Ancak bu görüş, daha önce de ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce kabule şayan değildir. Zira, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarla objektif cezalandırılabilme şartları arasındaki farkları incelerken ifade ettiğimiz üzere, bu iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Bu şartları kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için savunulan ikinci görüş, yine Alman doktrininde özellikle *Roxin* ve *Geisler* tarafından savunulan ve haksızlık açısından önem arz eden

objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi dolayısıyla failin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşebileceğinin fail tarafından *en azından "öngörülebilir"* olmasını arayan görüştür. Bu görüşe göre, getirilen bu kıstas ile failin gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesinin önü açılmış olacaktır. Bu görüş de, kanaatimizce kabule şayan değildir. Çünkü, söz konusu şartın fail tarafından öngörülebilir olduğunu kabul ettiğimiz vakit, söz konusu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olmaktan çıkarıp, bir nevi netice sebebiyle ağırlaşmış suç formatına sokmuş olmaktayız. Böylelikle, söz konusu şart, kusur alanının dışından, kusur alanının merkezine doğru çekilmiş olmaktadır. Böyle bir kabul, kanun koyucunun yerine geçip sanki kanun koyucu burada taksirin varlığını şart koşmak istemiş gibi bir sonuca varılmasına yol açacağından kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Ayrıca *Roxin* ve *Geisler* tarafından savunulan bu düşünce, netice sebebiyle ağırlaşmış suç sistematiğine de açık bir şekilde aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç 8. Kanaatimizce, herhangi bir objektif cezalandırılabilme şartının, haksızlık açısından önem arz etmemesi için, söz konusu şartın, cezanın belirlenmesi bakımından hiçbir etkisinin bulunmaması gerekmektedir. Buradaki etkiden kastımız, cezanın azaltılması olabileceği gibi, artırılması da olabilir. Böyle bir durumda, hiç şüphesiz, söz konusu şartın, haksızlık açısından bir önem arz ettiği (örneğin, nitelikli hal veya netice sebebiyle ağırlaşmış suç olabileceği) rahatlıkla söylenebilecektir. Zira, objektif cezalandırılabilme şartlarının başında hiçbir zaman *"cezayı azaltıcı"* veya *"cezayı artırıcı"* kelimeleri eklenmemektedir; bunun nedeni, söz konusu şartların yalnızca cezalandırılabilme bakımından kurucu etki doğurmalarındandır; yoksa cezanın artırılması veya azaltılması bakımından değil! Aksi durumun kabulü halinde, *"objektif"* sıfatının kullanılmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Burada ifade etmiş olduğumuz bu kıstas da, somut olayda söz konusu şartın haksızlık açısından önem arz edip etmediğinin tespitinde bize yol gösterebilecek kıstaslardan birisi olacaktır.

KAYNAKLAR

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, 11.Auflage, 2003.

Beling, Ernst, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910.

Bemmann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957.

Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18.Auflage, München 1983.

Bockelmann, Paul, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskomission, Band 5.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt:I, 13.Bası, İstanbul 1999.

Erdağ, Ali İhsan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (Erfolgsqualifiziertes Delikt), Ankara 2011.

Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2.Auflage, Heidelberg 2009.

Frisch, Wolfgang, "Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları" (Çev.: Hakan Hakeri), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.93-141.

Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.

Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 5.Auflage, München 2011.

Geisler, Claudius, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und 'Abzugsthese' – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip", GA 2000, s.166-179 (GA 2000).

Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.

Gottwald, Stefan, "Vollrauschtatbestand und objektive Bedingun der Strafbarkeit – Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96", DAR 1997, s.302-305.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005.

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2010.

Hafter, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012.

Hardwig, Werner "Der Vollrauschtatbestand. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Monographie von Peter Cramer: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefeahrdungsdelikt, Tübingen 1962" GA 1964, s.140-151.

Hardwig, Werner, "Studien zum Vollrauschtatbestand" Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, 1971, s.459-487.

Hass, Gerhard, "Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung", ZRP 1970, s.196-197.

Hass, Gerhard, Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, München 1973.

Heinrich, Bernd, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 2.Auflage, 2010.

Henke, Martin, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der Schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, Bonn 1990.

Hirsch, Hans Joachim, "Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu" (Çev.: Yener Ünver), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.297-315.

İsfen, Sabit Osman, Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts, München 2008.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.Auflage, Berlin-New York 1991.

Jescheck Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş – Kusur İlkesi – Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.

Jescheck, Hans-Heinrich, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (Çev.: Adem Sözüer), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.25-38.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996.

Kaufmann, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", JZ 1963, s.425-433.

Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2.Auflage, Heidelberg 1976.

Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4.Auflage, 2010.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Baden-Baden 2011.

Kindhäuser, Urs, "Personalität, Schuld und Vergeltung zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", GA 1989, s.493-507.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2010.

Kodex – Des Österreichischen Rechts – Strafrecht, Fuchs, Helmut/Maleczky, Oskar, 36.Auflage, Wien 2012.

Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht - Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin 1985.

Krause, Friedrich-W., "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", JURA 1980, s.449-455.

Kudlich, Hans (Koordinatör), "Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar", (Çevirenler: Tepe, İlker/Meraklı, Serkan/Oğlakçıoğlu, Mustafa), CHD, Nisan 2012, Sayı:18, s.283-293 (Söz konusu çalışmada üç ceza hukuku profesörü ile soru-cevap şeklinde bir röportaj gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle çalışmada, açıklamada bulunan ilgili profesörün ismi ayrıca zikredilecektir.).

Lang-Hinrichsen, Dietrich, "Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht", ZStW Band 73 (1961), s.210-236.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12.Auflage, Erster Band, Berlin 2006 (Tonio Walter).

Leipold, Klaus, Anwaltkommentar StGB, Bonn 2011.

Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, Schönke/Schröder/Eser StGB Kommentar, 28.Auflage, München 2010.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, 1992.

Montenbruck, Axel, "Zur "Beteiligung an einer Schlägerei" – zugleich ein Beitrag zur gebotenen restriktiven Auslegung der Tateinheit gem. §52 StGB" JR 1986, s.138-144.

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7.Auflage, Berlin 2004.

Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.223-246.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2011.

Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2011.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12.Baskı, Ankara 2012.

Reineke, Alexander, Der wegen Trunkenheit vermindert schuldfähige Täter, Hamburg 2010.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Auflage, München 2006.

Rönnau, Thomas/Bröckers, Kurt, "Die objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des §227 StGB" GA 1995, s.549-568.

Satzger, Helmut, "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", JURA 2006, s.108-113.

Schaad, Pierluigi, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Winterthur 1964.

Schlosser, Peter, Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' als Verfassungsnorm, Würzburg 1961.

Schmidhäuser, Eberhard, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen", ZStW 1959, s.545-564.

Schmidt, Rolf, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 10.Auflage, 2011.

Schünemann, Bernd, "Die Bedeutung der Besonderen persönlichen Merkmale für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (2.Teil), JURA 1980, s.568-582.

Schwalm, Georg, "Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?", MDR 1959, s.906.

Schweikert, Heinrich, "Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?", ZStW Band 70 (1958), s.394-411.

Schweikert, Heinrich, Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957.

Stratenwerth, Günter, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959 – Korreferat, gehalten auf der Strafrechtslehrertagung in Erlangen 1959", ZStW 1959, s.565-578.

Stree, Walter, "Objektive Bedingungen der Strafbarkeit", JuS 1965, s.465-474.

Tiedemann, Klaus, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts" ZRP 1975, s.129-135.

Tiedemann, Klauss, "Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu" (Çev.: Feridun Yenisey), İÜHFM, Cilt:41, Sayı:1-2, İstanbul 1975, s.301-317.

Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C:1, İstanbul 2008, s.705-709.

Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s.41-78.

Üzülmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", EÜHFD, C:II, S:1-2, Yıl:2007, Kayseri Haziran 2007, s.71-87.

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage, Berlin 1969.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 41.Auflage, 2011.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.

EŞİN RIZASI
CONSENT OF THE SPOUSE

Emel BADUR*

Özet: Türk Hukuku'nda eşin rızası kavramı, Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle birlikte tartışılmaya başlanmıştır. Mal rejimlerini ilgilendiren düzenlemelerin yanı sıra aile konutu kavramının kabulü, geçerliliği eşin rızasına bağlanan hukuki işlemlerin kapsamını genişletmiştir. Aile konutunun mülkiyetinin eşlerden birine ait olması ya da kiralanmış olmasına göre değişik hukuki işlemler eşin rızasına bağlanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, geçerliliği eşin rızasına bağlanan hukuki işlemlere bir yenisi daha eklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine göre evli kişilerin yaptıkları kefalet sözleşmesinin geçerliliği, eşin en geç sözleşmenin kurulma anında verdiği yazılı rızasına bağlanmıştır. Medeni hukuk ve borçlar hukukunda yer alan ve nispeten yeni sayılabilecek yukarıda açıklanan eşin rızasına ilişkin düzenlemelerden daha uzun uygulama süresi bulmuş diğer düzenleme ise 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bulunmaktadır. Bu Kanun'un 6. maddesinde sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için eşin rızası aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşin Rızası, Eşlerin Tasarruf Yetkisi, Aile Konutu, Kefalet Sözleşmesi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun,

Abstract: The concept of spouse's consent in Turkish Law has started to be a point of discussion as soon as the adoption of the Turkish Civil Code. The adoption of the concept of family home in addition to the arrangements concerning marital property has expanded the legal processes regarding the spouse's consent. In cases in which the family home is owned by one of the spouses or is rented different legal acts related to spouse's consent are created. With the Turkish Code of Obligations (Code number 6098), which came into force on 1st of July 2012, a new legal transaction is added to the list of already existing ones. According to Article 584 of the Turkish Code of Obligations, the validity of a bail contract depends on the written consent of the spouse given prior to the contract's signature. In addition to this new application described above and which is placed in between Civil Code and Code of Obligations, another new practice which has been practiced for longer can be found at the Population Planning Code (Code number 2827) legislated on 27 May 1983. According to Article 6 of this Code, for sterilization and termination of pregnancy, the consent of the spouse is required.

Keywords: Consent of the Spouse, the Right of Possession of Spouses, Family Home, Bail Contract, Population Planning Code

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) aile hukukuna ilişkin getirdiği en önemli yeniliklerden biri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde karşılığı bulunmayan 193. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir. Yasa koyucu bu ifade ile eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde herhangi bir kısıtlama olmaksızın ve diğer eşin rızası ya da hakim kararı aranmaksızın iradelerine sonuç bağlanacağını belirtmiştir.

Genel kural bu olmakla birlikte, Medeni Kanun başta olmak üzere bu kuralın yasal bazı istisnalarına Türk Hukuk Sistemi'nde rastlanmaktadır. Yasa koyucu TMK'da bir kaç ayrı yerde eşlerin yapacakları hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğunu düzenlemiştir. Ancak bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken, eşin rızasının karı-koca farkı gözetilmeksizin arandığıdır. Yani TMK'da eşin rızasının arandığı hallerde, işlemi karı yapıyorsa kocanın; koca yapıyorsa karının rıza vermesi gereklidir.

TMK'nun eşin rızasına ilişkin ilk düzenlemeleri, mal rejimleri konusuna ilişkindir. Kanun'un kabulüyle birlikte uygulama ve öğretide tartışmalara neden olan aile konutu kavramı, eşin rızasının arandığı hallerden ikincisinin düzenlenmesine neden olmuştur. TMK'nun 194. maddesi gereğince, eşlerden biri diğerinin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

TMK'da eşin rızasının arandığı üçüncü hal, *"Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması"* kenar başlığı altında düzenlenen 199. maddededir. Bu maddeye göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, gerektirdiği ölçüde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Yasa koyucunun TMK'nun 223/2. maddesinde düzenlediği, eşin rızasının arandığı dördüncü hal, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi için öngörülmüştür. Maddeye göre aksine

anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. TMK'da eşin rızasının arandığı beşinci ve son hal, evlat edinmeye ilişkin 313/2. maddede yer almaktadır. Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin bu düzenleme gereğince, evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir.

Türk Hukuku'nda TMK'nun kabulüyle, aile konutu üzerinden başlayan eşin rızası konusundaki tartışmalar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) kabulü ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte tekrar gündeme gelmiş ve tartışmaya açılmıştır. TBK'nun *"Eşin Rızası"* kenar başlığını taşıyan 584. maddesi, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) yer almayan yeni bir norm içermektedir ve evli kişilerin ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabileceklerini düzenlemektedir.

TBK'nun eşin rızasına ilişkin içerdiği tek hüküm kefalet sözleşmesinde değildir. Yasa koyucu, kira sözleşmesinin bir alt türü olarak ele aldığı *"Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"* ayrımında *"Aile Konutu"* kenar başlığıyla 349. maddede bir kez daha eşin rızasına ilişkin bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu hükmün TMK'da yer alan aile konutuyla ilgili düzenlemeden başlıca farklılığı, sadece kiralanmış aile konutlarına ilişkin olmasıdır.

Medeni hukuk ve borçlar hukukunda yer alan ve nispeten yeni sayılabilecek yukarıda açıklanan eşin rızasına ilişkin düzenlemelerden daha uzun uygulama süresi bulmuş diğer düzenleme ise 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da (NPHK) bulunmaktadır. Bu Kanun'un 6. maddesinde sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için eşin rızası aranmaktadır. Çalışma kapsamında NPHK'da yer alan düzenlemelere de değinileceğinden (sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi de hukuki işlem olmadığından) başlık olarak *"Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler"* yerine sadece *"Eşin Rızası"* tercih olunmuştur.

Yukarıda adı geçen Kanunlarda düzenlenen eşin rızasının hukuki niteliğinin, rızanın verilmesinin şekle bağlı olup olmadığının veya rızanın alınmamasının sonuçlarının inceleme konusu yapılacağı bu çalışma üç ana bölümden oluşacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde **"***Türk Medeni Kanunu'nda Eşin Rızasının Arandığı Haller"*, ikinci bölü-

münde *"Türk Borçlar Kanunu'nda Eşin Rızasının Arandığı Haller"*, üçüncü ve son bölümünde ise *"Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da Eşin Rızasının Arandığı Haller"* incelenecektir.

I. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

Türk Medeni Kanunu'nda eşin rızasının arandığı tüm haller, Aile Hukuku Kitabı'nda düzenlenmiştir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nun en önemli değişiklikleri yaptığı ve tabir yerindeyse yaklaşım değiştirdiği kısım da aile hukukuna ilişkindir. Zaten Kanun'un Genel Gerekçesi'nde de bu durum, eşler arsında cinsiyet farkı gözetilmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacıyla hareket edildiği şeklinde, birden fazla kez ifade olunmuştur. Bu amaç doğrultusunda evin reisinin koca olduğuna dair hüküm kaldırılmış, kadının çalışması kocanın iznine tabi olmaktan çıkarılmış, kocanın yerleşim yerinin karının da yerleşim yeri olduğu kuralından vazgeçilmiş ve velayette de kocaya tanınan üstün oy geri alınmıştır.

Evlilik birliği içindeki cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik adımlardan, bu çalışmanın kapsamı açısından en önem taşıyanı ise, TMK'nun 193. maddesinde yer verilen *"Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir."* hükmüdür. Bu düzenlemeyle yürürlükten kalkan Medeni Kanun'un 169. maddesinde yer alan ve evli kadının gerek kocasıyla gerekse kocası yararına üçüncü kişilerle yapacağı işlemleri sulh hukuk mahkemesinin iznine tabi tutan kuraldan dönülmüştür. Getirilen değişikliğin bir diğer yansıması, evli kadını sınırlı ehliyetli kişiler grubundan çıkartması olmuştur.

TMK'nun benimsediği evlilik içi cinsiyet eşitliği prensibinin, eşlerin birlikte karar vermesi gereken pek çok yeni konu yaratması da olağan sonuçlardandır. Bu kapsamda eşler oturacakları konutu birlikte seçerler, birliği birlikte yönetir ve her biri birliği temsil edebilirler, velayeti birlikte kullanır ve eşler ancak birlikte evlat edinebilirler. Ancak eşlerin birlikte karar vermesi ya da iradelerinin uyuşması gereken bu hallerden hiçbiri eşin rızası kapsamında değerlendirilemez. Anılan durumlarda amaç, eşlerin birlikte ortak bir irade oluşturmalarıyken; eşin rızasının arandığı hallerde hukuki işlemin geçerliliği diğer eşin

rızasının alınması şartına bağlanmaktadır. Eşin rızasının arandığı yerlerde, eşlerden birinin rızası diğerinin denetimine sunulmaktadır.

Bu nedenle TMK'nun 193. maddesi gereği, evli kişilerin irade serbestilerinin kural (asıl); eşin rızasının aranmasının istisna olduğu söylenebilir. Kural (yani irade serbestisi) yasayla düzenlendiğine göre, eşin rızasının arandığı tüm haller de yasal istisna olmak zorundadır. Daha farklı bir söylemle eşin rızasının kıyasen başka hallerde de arandığının kabulü doğru olmayacaktır. Bu yasal istisnalara TMK'nun 229, 263 ve 265. (mal rejimlerine ilişkin işlemler), 194 (aile konutu), 199 (eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması), 223/2 (paylı mülkiyet konusu malda tasarruf), ve 313/2. (evli erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi) maddelerinde yer verilmiştir. Aşağıda sırasıyla bu istisnalar ele alınacak olmakla birlikte, TMK'da eşin rızasının arandığı bir kaç hal daha vardır.

Bu haller ayrı başlıklara konu olmayı gerektirecek önemde olmasalar da kısaca söz edilmeye değer durumdadırlar. TMK'da eşin rızasından söz edilen ilk yer, evlilik birliğinin temsiline ilişkin olan ve "*Eşlerin Temsil Yetkisi*" kenar başlığını taşıyan 188. maddedir. Maddenin ilk fıkrasında temsile ilişkin genel kural, "*Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.*" ifadesiyle kaleme alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, eşlerden birinin, ailenin diğer ihtiyaçları için ancak iki halde birliği temsil edebileceği belirtilmiştir. Yani ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer tüm gereksinimleri için kural, eşlerin birlikte hareket etmesidir. Bu kuralın da iki istisnası vardır. Bunlardan ilki, temsili gerçekleştiren eşin, diğer eş veya hakim tarafından yetkili kılınması durumuna ilişkindir.

İkinci istisnai halde, birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunması ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa, eşlerden birinin ailenin ihtiyaçları için birliği temsil edebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda işlemi yapan eş, birliği temsilen hareket ettiği için, rızası alınamayan eş de üçüncü kişilere karşı diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olur.[1] Rıza alınmasına yönelik engel mevcutken yapılan işlemin, rıza alınabilir hale gelindiğinde rızası alınmayan eş tarafından onaylanmasına gerek yoktur.

[1] Öztan, B.: Aile Hukuku, B. 5, Ankara 2004, s. 191; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 231.

Çünkü yasada açıklanan koşulların varlığı halinde, evliliğin temsiline ilişkin yetki kanundan doğmaktadır.[2]

TMK'da eşin rızasından söz edilen bir diğer yer de 342. maddedir. Maddenin ilk fıkrasına göre ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Eşin rızasını ilgilendiren ikinci fıkraya göre ise iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.

A. Mal Rejimlerine İlişkin İşlemler

TMK'da eşin rızasına ilişkin hükümlerden bazıları da mal rejimlerine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerden ilki, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında eklenecek değerlerin açıklandığı 229. maddede yer alır. Yasa koyucunun açık düzenlemesi gereğince, "*Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden* önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar" edinilmiş mallara değer olarak eklenir.

Bu maddenin aşağıda üzerinde durulacak eşin rızasının arandığı hallerden temel farkı, eşin rızasının alınmamış olmasının, geçersizlik yaptırımını doğurmayacak olmasıdır. TMK'da bazı hukuksal işlemlerin geçerliliği eşin rızasına tabi tutulduğu halde, rızanın verilmemiş olmasının hukuksal işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak rızanın alınmamış olmasının başka hukuksal sonuçlara yol açtığı haldir.[3] Yani rızası alınmayan eş, karşılıksız kazandırıcı işlemi iptal ettirmeyecek, bu işlem nedeniyle elde edemediği katılma alacağının, karşılanmayan kısmının tazminini talep edecektir.[4]

Eklenebilecek kazandırma sağlararası[5], üçüncü kişilere ve karşılıksız olarak yapılmış olmalıdır. Gizli, adi veya karma bağışlamaların, karşılıksız olarak alacaktan vazgeçmenin (ibra vb.), vakıf kurmanın ve

---

2 Havutçu, A.: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 117.

3 Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 36.

4 Kılıçoğlu, A., s. 38.

5 Kılıçoğlu yasanın karşılıksız kazandırmadan söz ettiğini, bu kazandırmanın sağlararası ya da ölüme bağlı hukuksal işlem olduğuna ilişkin ayrıma girmediğini, ölüme bağlı tasarrufun vasiyet şeklinde yapılması halinde tek taraflı ve tek tarafa borç yükleyen bir hukuksal işlemin söz konusu olacağını belirtmektedir. Kılıçoğlu, A., s. 36.

hayat sigortalarından doğan yararlanmaların bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir.[6] Buna karşılık açıkça mutad olan doğum günü, evlilik veya mezuniyet hediyelerinin, bağışlayanın mali durumuna da uygun düştüğü ölçüde eklemeden hariç tutulması gerekir.[7]

Karşılıksız kazandırmanın eşin açık veya örtülü rızası olmaksızın yapılmış olması bir diğer şarttır. Rızanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır.[8] Rızanın varlığını ispat yükü, kazandırmayı yapan eşin üstündedir. Eşin rızası kazandırmadan önce verilebileceği gibi, sonra da verilebilir. Ancak yapılan kazandırmaya ilişkin olarak eşin susmasının, rıza olarak değerlendirilemeyeceği kabul olunmaktadır.[9] Rızası aranan eşin karşılıksız kazandırmadan haberdar olmadığı her durumda, rızasının bulunmadığının kabulü gerekir.[10]

Mal rejimi sona erdikten sonra eşin rıza vermesi, kazandırmaya ilişkin rızadan çok, eklemeden feragat olarak yorumlanmaktadır. Bununla birlikte eşin bu rızası, miras hukuku kapsamında denkleştirme veya tenkis talebinden de feragat olarak yorumlanmaya açık değildir.[11]

TMK'nun mal ortaklığı rejimine ilişkin 263. maddesinde, bu mal rejimini benimsemiş eşlerin, olağan yönetim dışında kalan konularda, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilecekleri veya mallarda tasarrufta bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, "*Rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişiler için bu rıza var sayılır.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Aynı mal rejimine ilişkin olarak 265. maddede, eşlerden birisine kalan ve ortaklık mallarına girecek olan mirasın reddi ya da borca ba-

---

6 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 378.

7 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 379. Benzer şekilde ivazsız mirastan feragat sözleşmesi de hükmün kapsamında değerlendirilmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012, s. 226.

8 Öztan, B., s. 287; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 379.

9 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 379; Buna karşılık, rızası aranan eşin susmasının her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiği, örf ve adetin bu konuda yol gösterici olabileceği, örneğin aile içi yardımlaşmanın yaygın olduğu bir yerde kardeşin evliliğine yardımın, haberdar olan ve sessiz kalan eş açısından reddetmek olarak değil rıza vermek olarak yorumlanabileceği de belirtilmiştir. Acar, F., s. 228.

10 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 379.

11 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 379; Bunlara ek olarak saklı paydan da feragat anlamı taşımadığı yönünde Bkz. Acar, F., s. 228.

tık terekeden müteşekkil mirasın kabulü de diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Hatta yasa koyucu eşin rızasının sağlanamadığı durumlara ilişkin bir ikinci fıkra düzenlemesi de yaparak, *"Diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunmazsa veya bu konudaki istem onun tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilirse, istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir."* hükmünü kaleme almıştır.

B. Aile Konutu İşlemleri

Yasa koyucu TMK'da *"Eşlerin Hukuki İşlemleri"* başlığı altında iki madde düzenlemiştir. Bunlardan ilki yukarıda üzerinde durulan ve eşlere hukuki işlem serbestisi tanıyan 193. maddedir. Ardından düzenlenen ve *"Aile Konutu"* kenar başlığını taşıyan 194. madde ise, genel kuralın istisnasını oluşturur niteliktedir. TMK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden 10 yıldan fazla süre geçmiş olduğunun bilinciyle, aile konutu kavramına ve düzenlenme amacına yönelik tartışmalara girilmeksizin, eşin rızasını ilgilendiren hükümlerin incelenmesinde yarar görülmektedir.[12]

Kanun'un 194/1. maddesinde, *"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."* ifadesi kullanılmıştır. Yasa koyucu aynı fıkrada hem eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan (veya üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olunan) hem de kira sözleşmesine dayanarak zilyetliği elde edilmiş bulunan aile konutlarına ilişkin düzenlemede bulunmuştur. Bununla birlikte bu iki durum, eşlerin işlemleri açısından büyük farklılıklar içerdiğinden ve kira sözleşmesinin konusunu oluşturan aile konutlarına ilişkin olarak 6098 sayılı TBK'nun 349. maddesinde ayrı bir düzenleme daha bulunduğundan, bu başlık altında sadece eşlerden birinin üzerinde ayni hak sahibi oldukları aile konutları üzerinde durulacaktır.[13]

---

12 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002; Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012; Bulut, H.: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007; Şıpka, Ş.: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B. 2, İstanbul 2004; Acar, H.: *"Türk Medeni Kanunu M. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı"*, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 47-48, İstanbul 2008, s. 47 vd.; Bağcı, Ö.: *"Aile Konutu Üzerinde Tasarruf"*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, İstanbul 2007, s. 162 vd.

13 Kiralanmış aile konutlarına dair açıklamalar ise Türk Borçlar Kanunu'nda Eşin Rı-

Eşlerin benimsemiş oldukları (yasal ya da iradi) mal rejiminin, aile konutuyla ilgili işlemlerde eşin rızasının aranıp aranmaması üzerinde bir etkisi yoktur. Aile konutuyla ilgili işlemlerde, eşin rızasına ilişkin sınırlamaların baştan beri en tartışmaya açık kısmı, sınırlamanın hukuki niteliği konusunda olmuştur. Sınırlamanın fiil ehliyetine mi yoksa tasarruf ehliyetine mi yönelik olduğu tartışılırken, TMK'nun 193. maddesinin kanundan doğan bir istisnası olduğu da ileri sürülmüştür.

Tartışmalardaki ilk görüş, aile konutuyla ilgili getirilen sınırlamaların fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündedir. Bu görüşü benimseyenler, eşlerin fiil ehliyetine yönelik bir sınırlama getirilmiş olmasını, Medeni Kanun'un sistematik yapısına uygun bulurlar.[14] Zira TMK'nun 193. maddesinde, eşlerin fiil ehliyeti genel kural olarak düzenlenmişse de yasa koyucu maddeye *"Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça"* ifadesiyle başlayarak, bunun istisnaları olduğunu peşinen kabul etmiştir.

İkinci görüşe göre, aile konutuyla ilgili sınırlama, sadece işlemi yapan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır.[15] Bu görüşün benimsenmesi sonucunda, aile konutunun mülkiyetine sahip olan eş, ayni hakka ilişkin olarak taahhüt işlemlerini yapabileceği halde, tasarrufta bulunamayacaktır. Aslında bu durumun sonuçları da ağır olur. Çünkü tasarruf basamağını gerçekleştiremeyen eş, tazminat yükümlüsü olacak ve bunu da eşi üzerinde rıza göstermesi için bir baskı unsuru olarak kullanacaktır. Diğer ihtimalde eşin rızası alınmaksızın yapılan tescil yolsuz olacaktır. Ayrıca kişi tasarruf yetkisine sahip değilse, bu yetki sonradan verilen rızayla tamamlandığında işlem geçerlilik kazanmayacaktır.[16]

Üçüncü görüşe göre ise, aile konutu işlemleri açısından aranan eşin rızası, işlemin geçerliliğini, işlemden etkilenecek üçüncü kişinin onayına bağlayan kurallardandır. Bu nedenle fiil veya tasarruf yetkisi sınırlaması olarak değerlendirilebilmesi mümkün görülmemektedir.

---

zasının Arandığı Haller başlığı altında TMK'da düzenlenen hükümler de dikkate alınarak yapılacaktır.

14 Öztan, B., s. 205.

15 Bu görüş sahipleri, aile konutu şerhini de tasarruf yetkisini sınırlandıran şerhler kapsamında ele almaktadırlar. Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 211; Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 177; Gümüş, M. A.: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, B. 2, İstanbul 2007, s. 36.

16 Öztan, B., s. 205.

Aranan rıza, birlikte karar verme hakkıyla ilgilidir ve işlem için geçerlilik şartıdır. TMK'nun 193. maddesinin yasal bir istisnası olan bu sınırlamayla, eşlerin tek başlarına hareket etme ve sözleşme özgürlükleri sınırlanmıştır. İşlem için geçerlilik unsuru olan eşin rızası sağlanamadıkça, işlem geçersiz olacaktır.[17] Aile ve eşya hukuku kuralları birlikte ele alındığında, bu son görüş aile konutu ile ilgili tasarruflarda eşin rızasının hukuki niteliğini açıklamakta bulunan en uygun yol olmalıdır.

Eşin rızası önceden izin veya işlem sonrasında icazet olarak verilebilir.[18] Rızanın önceden alınmadığı işlemlerde, eşle işlem yapan tarafından, icazetin verilmesi için rızası alınmayan eşe uygun bir mehil verebilir. TBK'nun 46/2. maddesinde benimsenen çözüm yolu ışığında uygun süre içinde rıza verilirse, işlem askıda geçersizlikten kurtulup, geçerli hale gelir. Buna karşılık belirlenen sürede eş rızayı vermeyecek olursa, işlem artık (üçüncü kişi için de bağlayıcı olmaktan çıkarak) kesin hükümsüzlükle batıl olacaktır.[19]

Ancak TMK'nun 194/1. maddesinin ifadesi karşısında verilen rıza *"açık"* olmalıdır; yapılan işleme suskun kalmayla zımnen rıza açıklanması mümkün değildir. İznin somut işlemlere ilişkin olarak verilmesi geçerlidir. Önceden verilen ve aile konutu üzerinde yapılacak tüm işlemleri kapsayan soyut bir izin geçerli olarak kabul olunmamalıdır. Eşin rızasının yasal veya iradi temsilci aracılığıyla açıklanabilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak somutlaştırılmadan verilen, rıza konusundaki temsil yetkisi de, maddenin düzenleme amacıyla bağdaşır nitelikte değildir.[20]

Eşin işleme ilişkin rızasını yönelteceği kişinin, işlemin eşi dışındaki tarafı olduğu doktrinde[21] görüş birliğiyle kabul edilmekte, eşler arası dayanışma yükümü gereği rızanın verildiğinin eşe de haber ve-

---

17 Kılıçoğlu, A., s. 3; Şıpka da eşin rızasını katılma hakkına dayandırırken, eksikliğinin hem taahhüt hem de tasarruf basamaklarını etkilediğini belirtmektedir. Şıpka, Ş., s. 47-48; aynı yönde bkz. Acar, F., s. 44-45.

18 Eşin rızası alınmadan yapılan işlem sonrasında, icazet de verilmezden önce, eşler arasındaki evlilik sona erer ya da aile konutu bu niteliğini kaybederse; işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 212.

19 Kılıçoğlu, A., s. 22; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 214; Şıpka, Ş., s. 149.

20 Öztan, kısıtlı eşin ayırt etme gücüne sahip olması halinde, görüşünün alınması gerektiğini belirtmektedir. Öztan, B., s. 208.

21 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 212; Acar, F., s. 77.

rilmesi gerektiği belirtilmektedir. Eşin rızası yasa koyucu tarafından bir şekle bağlanmamış olmakla birlikte, tapu sicilinde yapılacak işlemler açısından resmi şekle bağlı olması gereklidir.[22] Şekle bağlı rızanın tapu sicilindeki işlem sırasında bulunmaması durumunda, TMK'nun 1016/2. maddesi uyarınca geçici tescilin şerhi verilebilir.[23]

Eşin açıklayacağı rıza, aile konutu ile ilgili bir hakkın doğmasına, sona ermesine veya sınırlandırılmasına ilişkin olabilir. Ancak bu noktada eşin aile konutu üzerinde mülkiyet mi yoksa sınırlı ayni hak sahibi mi olduğuna göre bir ayrım yapılarak ilerlenmesi yararlı olacaktır. Çünkü mülkiyet hakkı sahibi eşin, aile konutu üzerinde yapabileceği işlemler, sınırlı ayni hak sahibi eşin yapabilecekleriyle kıyaslanamayacak kadar fazladır.

Öncelikle aile konutu üzerinde eşlerden birinin sınırlı ayni hak sahibi olması durumunda, bu sınırlı ayni haklar muhtemelen intifa, oturma (sükna) ve üst haklarından biri olacaktır. Düzenli kişisel irtifaklar olmaları nedeniyle, intifa ve oturma haklarının devirleri zaten mümkün değildir. İçlerinde kural olarak devre açık sınırlı ayni hak, üst hakkıdır ve aile konutu üzerinde üst hakkı sahibi olan eş, bu hakkı devretmek isterse eşinin rızasını almak zorunda kalacaktır. Aile konutu üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan eş, eğer bu haktan feragat ederse, eşin rızası alınmaksızın yapılan feragat geçersiz olacaktır. Tüm bu haklar, hak sahibi eşe, aile konutunu kiralama olanağını sunsalar da; eşin rızası alınmadan yapılan kira sözleşmesi geçersiz olacaktır.[24]

Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş için, eşin rızasına bağlanan ilk işlem, mülkiyet hakkının devridir. Devre temel oluşturan işlemin satış, bağış, trampa, vakfetme veya şirkete sermaye koyma olması eşin rızasının geçerlilik unsuru olması açısından sonucu değiştirmez. Eş aile konutu üzerinde ortak kullanımı sağlayacak bir şahsi (kira, ariyet vb.) ya da ayni hakkı (intifa, sükna, üst vb.) kendi lehine kurarak bu devri gerçekleştirecek olsa bile; işlem eşin rızasıyla geçerli hale gelmelidir.[25] Ancak kullanımı sağlayacak sınırlı ayni hak,

---

22 Acar, F., s. 77; Gençcan, Ö. U.: Boşanma Hukuku, Ankara 2006, s. 564. Bir diğer ihtimal de rızası aranan eşin bizzat tapu sicilindeki işlemlere kendisinin de katılması ve rızasını bu şekilde açıklamasıdır.

23 Kılıçoğlu, A., s. 6.

24 Şıpka, Ş., s. 110; Acar, F., s. 66.

25 Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, F., s. 49 vd.

rızası aranan eş lehine (mülkiyeti devralan kişiyle arasında) kuruluyorsa, eşin devre de rızasının olduğu kabul olunmalıdır. Cebri icra veya kamulaştırma gibi, mülkiyet sahibi eşin de iradesinin olmadığı hak kayıplarında, eşin rızasının da bir geçerlilik unsuru olamayacağı açıktır.

Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş için, eşin rızasına bağlanan ikinci işlem, *"aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz"* şeklinde ifade olunmuştur. Yasa koyucu eşin rızasına tabi sınırlamaları, ayni hak sınırlaması veya şahsi hak sınırlaması olmak üzere ayırarak belirlememiştir. Zaten dikkat edileceği üzere TMK'nun 194/1. maddesinde, eşin rızasına tabi kılınan işlemler sayılmak yoluna gidilmemiş, genel belirlemelerle yetinilmiştir. Eşin mülkiyet hakkına sahip olduğu aile konutu üzerinde kuracağı kira, ariyet gibi sözleşmelerle alım hakkının da eşin rızasına tabi olacağı düşünülmektedir.[26]

Aile konutu üzerinde kurulacak sınırlı ayni haklar için de eşin rızasına ihtiyaç olduğu açıktır. Özellikle intifa, oturma, üst gibi irtifakların aile konutunun aile için kullanılmasını sonlandıracak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, eşin rızasıyla kurulabilecekleri tartışmasızdır. Buna karşılık malik olan eşin, aile konutunun üzerinde bulunduğu arazinin üstüne, aile konutunun kullanılmasını etkilemeyecek şekilde kurduğu bazı irtifaklar (manzara kapatmama, geçit ve kaynak irtifakları gibi) bu kapsamın dışında tutulmalıdır. Yasal irtifakların kurulmasında da kamulaştırmaya benzer şekilde eşin rızası kurucu unsur olarak nitelenemez.[27]

Aile konutu üzerinde rehin hakkının kurulmasının eşin rızasına tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüşse de; bu da eşin rızasına tabi bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir. Özellikle rehnin paraya çevrilmesi tehlikesi karşısında, aile konutunun mülkiyetinin kaybedilmesi söz konusu olduğundan, eşin rızasının bu işlem için en baştan alınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Yargıtay da[28] aile konutu üzerinde ipotek kurulmasının eşin rızasına bağlı bir işlem olduğunu kabul etmiştir.

---

26 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 208; Acar, F., s. 56-57.
27 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 208.
28 Yargıtay 2. HD., 2009/13363 E., 2009/18286 K., 26.10.2009 T.

TMK'nun 194/3. maddesinde, *"Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir."* ifadesi yer almaktadır. Aile konutu şerhinin verilebilmesi için, taşınmazın mülkiyetinin eşlerden birinde olması[29] ve diğerinin de aile konutu şerhinin konulmasını talep etmesi gereklidir.[30] Söz konusu şerh kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir.[31] Yani taşınmaz, şerhin konulmasından önce de -yasada aranan şartların varlığı halinde- aile konutudur, şerhin etkisi malikle birlikte işleme taraf olan kişilerin iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesidir.[32]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[33]da aile konutu üzerinde eşin rızası olmaksızın iyiniyetle ayni hak kazanan kişinin kazanımının korunacağını belirtmiştir. Ancak buradaki iyiniyetin koşulları, hem tapu sicilinde aile konutu şerhinin bulunmaması hem de işlemin tarafı olan üçüncü kişinin, taşınmazın aile konutu olduğunu ve eşin rızasının

---

29 Eğer aile konutu üzerinde eşlerden birinin üst hakkı varsa ve bu hakka tapu sicilinde süreklilik kriterini de sağladığı için ayrı bir sayfa açılmışsa, diğer eşin talebi üzerine aile konutu şerhi konulabileceği hakkında bkz. Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 217.

30 Şerhin konulması için malik olan eşin iznine gerek olmadığı gibi, uygulamada aranan mahkeme kararının da yasal dayanağı yoktur. Ancak 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un, 4/c maddesinde, *"22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması."* ifadesi ile hakimin verebileceği bir koruyucu tedbir düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 8/2. maddesinde, tedbir kararlarının ilk defasında en çok altı ay için verilebileceği belirtilmiştir. Aile konutu şerhinin tedbiren (ve belirli süreli) konulması, TMK'nun 194. maddesindeki düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığı gibi; bu tedbire hakimin hükmetmesi, uygulamada aile konutu şerhi koymak için mahkeme kararı aranmasının da yolunu açacaktır. Halbuki 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişi, eğer TMK'nun 194. maddesinde aranan şartları sağlıyorsa (bu durum Kanun'da da *"Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde"* ifadesiyle belirtilmiştir), hakim kararı olmaksızın aile konutu şerhi koydurabilmelidir. Böylece tedbiren koydurulmayan şerhin tedbir süresi sona erince, etkisinin ne olacağı sorunu da gündeme gelmeyecektir.

31 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 208; Şıpka, Ş., s. 160.

32 Bununla birlikte doktrinde, şerh olmasa da eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin hiç bir zaman korunmayacağı; yasa koyucunun böyle bir korumayı düzenlemediği ve ancak eşle yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen daha sonraki kişilerin TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen korumadan yararlanabilecekleri de belirtilmektedir. Öztan, B., s. 203, 206; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 214; Acar, H., s. 51. Bu görüşe katılan Hatemi, burada gerçek anlamda bir şerh değil, beyan olduğunu ileri sürmektedir. Hatemi, H.: Aile Hukuku, C. I, İstanbul 2005, s. 78.

33 YHGK, 2006/2-591 E., 2006/624 K., 04.10.2006 T.

bulunmadığını bilmemesidir. Eğer kişi işleme konu olan taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor (şerh olmamasına rağmen sicil dışı yollarla) ise iyiniyetinin TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunması mümkün olmayacaktır. Kararda ayrıca, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığının iddiası halinde, bunun ispatının da TMK'nun 3. maddesi çerçevesinde, rızası alınmayan eşe ait olacağı kabul edilmektedir.

Son olarak TMK'nun 194. maddesinin *"Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir."* ifadesini içeren ikinci fıkrasının üzerinde durulması gerekir. Maddede hakimin müdahalesinin istenebilmesi için iki unsurdan birinin gerçekleşmesi şartı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, rızanın sağlanamaması halidir. Rıza vermesi gereken eşin (rıza veremeyecek derecede) hastalığı, ulaşılamaması, gaipliği gibi objektif nedenlerle hakimin müdahalesi talep olunabilir.

Seçimlik şartlardan ikincisi ise, eşin haklı nedenlere dayanmaksızın rıza göstermekten kaçınması halidir. Rıza vermemenin haklı bir nedene dayanmadığını, bu iddiayı ileri süren eş hakime başvurarak ispatlayacaktır. Hakim her somut olayda aile konutu ile ilgili yapılmak istenen işlemle aile konutunun işlem yapılmaksızın korunması arasında aile birliği açısından menfaat dengesi kurarak sonuca varacaktır. Hakimin kararının eşin rızası yerine geçmeyeceği, sadece eşi tek başına işlemi yapmak konusunda yetkilendireceği belirtilmektedir.[34]

C. Mahkeme Kararıyla Eşin Rızasına Bağlanan İşlemler

TMK'nun *"Birliğin Korunması"* başlığı altında yer alan hükümlerinden biri de *"Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması"* kenar başlıklı 199. maddesidir. Maddenin ilk fıkrasında *"Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir."* düzenlemesi yer almaktadır.[35] Bu madde de TMK'nun

---

34 Öztan, B., s. 203, 209; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 214; Acar, H., s. 78.

35 Eşlerin tasarruf yetkilerinin kısıtlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akartepe, A.: *"Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması"*, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Erzincan 2009, s.167-192; Şahinci, A.: *"Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması"*, AÜHFD, S. 2, Ankara

193. maddesiyle eşlere tanınan işlem serbestisi hakkının yasal bir istisnasıdır. Eşlerin benimsemiş oldukları mal rejimiyle ilintili bir hüküm değildir.

Maddede hakimin bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufları eşin rızasına bağlamak yönünde karar vermesi için iki seçimlik şarttan birinin gerçekleşmesi gerekliliği aranmıştır. Bu şartlardan ilki, ailenin ekonomik varlığının korunmasıdır. Eşin ailenin ekonomik varlığı açısından önem taşıyan bazı malvarlığı değerlerini elden çıkarması, hesapsız harcamaları, ekonomik değer taşıyan bazı haklardan düşüncesizce vazgeçmesi, ailenin geçimini sağlayan ekonomik kaynağı (işletme, kira geliri vb.) sonlandırması gibi davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Hakimin müdahalesinin talep edilebilmesi için gereken ikinci seçimlik şart ise, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir.

Hakimin bir eşin tasarruflarının diğerinin rızasına bağlaması için yukarıdakilere ek olarak aranan ön şart ise eşlerden birinin bu yönde talepte bulunmasıdır. Sadece eşlere tanınan bu hakkı, böyle bir talep olmaksızın hakimin resen kullanması (örneğin baktığı boşanma davası kapsamında) mümkün değildir. Eşlerin evlilik birliği devam ederken, boşanma veya ayrılık davaları sürerken, hakimden bu yönde talepte bulunabilmelerinin yolu açıktır.

Hakimin vereceği sınırlama kararında, 199/1. maddede kullanılan "*belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili"* ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, eşin rızasına bağlanan işlemlerin konusunu teşkil edecek malvarlığı değerlerini açıkça belirlemesi gerekir. Sınırlama konusu mal varlığı değeri, taşınır - taşınmaz eşyalar, para, alacak hakkı, ayni haklar veya kıymetli evrak olabilir. Sınırlama belirlenen malvarlığı değeri üzerindeki her türlü tasarrufun, eşin rızasına bağlanması olabileceği gibi, belirli tasarruf işlemlerinin (örneğin ivazsız tasarrufların) rızaya bağlanması şeklinde de olabilir.[36]

Maddede hakimin vereceği sınırlama açısından bir süre öngörülmüş olmamakla birlikte, doktrinde[37] kararın süreye tabi olarak da

---

2010, s. 309-334; Öktem, S.: "*Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*", TBB Dergisi, S. 67, Ankara 2006, s. 317-338.

36 Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 192.

37 Kılıçoğlu, A., s. 33; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 279; Barlas, N.: "*Yeni Türk*

verilebileceği konusunda görüş birliği vardır. TMK'nun 199/1. maddesinde kullanılan ifadeden, hakimin sadece tasarruf işlemlerini eşin rızasına tabi tutabileceği anlaşılsa da Barlas[38], bu kapsama kefalet ve garanti sözleşmelerinin de dahil edilebileceğini belirtmektedir. Gümüş[39] ise, "*geniş anlamda tasarrufi işlemler*" kapsamında değerlendirdiği zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran bir kısım taahhüt işlemlerinin (yatırım hesabı açılması, taşınmazın kiraya verilmesi gibi), bu kapsamda eşin rızasına bağlanabileceğini ileri sürmektedir.

Hakim kararıyla gündeme gelecek sınırlamanın, fiil ehliyetine değil; maddede de açıkça belirtildiği üzere tasarruf yetkisine ilişkin olduğu açıktır.[40] Rızanın verilme zamanı da maddede düzenlenmiş değildir. Bunun sonucunda eş işleme rızasını, izin olarak öncesinde açıklayabileceği gibi; işlemden sonra icazet de verebilir. Eşin işleme rızasını önceden vermemesi durumunda, yapılan işlem askıda hükümsüz olacaktır. Belirlenen süre içerisinde gelen icazet, işlemi baştan itibaren geçerli kılar. Eşin rıza göstermediği işlemler ise kesin hükümsüzdür.

Hakimin sınırlama kararını vermesinden sonra, karara konu olan malvarlığı değerleriyle ilgili işlemler eşin rızası alınmadan yapılamayacaktır. Ancak yasa koyucu TMK'nun 199/1. maddesinde (TMK m. 194/1'in aksine) eşin açık rızasını aramamıştır. Bunun anlamı, eşin rızayı açık irade beyanıyla vermesinin mümkün olduğu kadar, zımnen verilen rızaların da hukuki işlemi geçersiz kılmayacağıdır. Eşin rızasının yönleneceği kişi, tasarrufları sınırlanan kişiyle işlem yapan taraftır.[41]

Düzenlenmeyen bir diğer konu da eşin rızasının şekline ilişkindir. Bu eşin sözlü olarak vereceği rızaların da geçerli olarak kabul edileceği

---

Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 134.

38 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 135; aynı yönde Kılıçoğlu, A., s. 32; Akartepe, A., s.181. Ancak TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Kanun'un 584/1. maddesi ışığında kefalet ve 603. maddesi ışığında diğer kişisel teminat sözleşmeleri (örneğin garanti) açısından bu tartışmanın bir faydası kalmamıştır.

39 Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 194.

40 Öztan, B., s. 227; Kılıçoğlu, A., s. 34; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 193; Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 133.

41 Gümüş'e göre, izin vermediğini ispat yükü, izne yetkili eştedir. Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 194.

sonucunu doğurmakla birlikte, kısıtlamaya dahil edilen malvarlığı değerleri içerisinde taşınmazların bulunması durumunda, eşin rızasının resmi şekle uygun şekilde verilmesi yerinde olacaktır. Bir diğer ihtimal de rızası aranan eşin bizzat tapu sicilindeki işlemlere kendisinin de katılması ve rızasını bu şekilde açıklamasıdır.[42] Cebri icra veya kamulaştırma gibi aslen kazanma sebepleri açısından, eşin rızasının alınmasına gerek olmadığı ortadadır.

TMK'nun 199. maddesinde mahkeme kararıyla eşin rızasına bağlanan işlemler açısından, eşin rıza vermekten kaçınması halinde, bir başvuru yolu düzenlenmemiştir. Ancak rıza verme durumundaki eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınması halinde, rızayı elde edemeyen eşin -TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle- hakime başvurabileceği; talebi yerinde bulan hakimin de sınırlamayı tamamen ya da kısmen sonlandırabileceği kabul olunmaktadır.[43]

TMK'nun 199. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.*", üçüncü fıkrasındaysa "*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırırsa, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.*" ifadeleriyle iki ayrı güvence mekanizması düzenlenmiştir. Hakimin resen koyduracağı şerh, tasarruf yetkisini sınırlandırıcı şerhlerdendir.[44] Tapu sicilinde, işlemleri eşinin rızasına bağlanan kişiyle işlem yapan üçüncü şahısların iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyecektir.[45]

---

42 Bkz. "*B. Aile Konutu İşlemleri*" başlığındaki açıklamalar.

43 Kılıçoğlu, A., s. 34, 36; Öztan, B., s. 227; Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 135; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 196. Ancak bu yöndeki taleplere ihtiyatlı yaklaşılması gerekir, zira hakimin işlemi eşin rızasına bağlı kılma nedeni ortadan kalkmadığı sürece, eşin rıza vermekten kaçınması için ortada haklı bir sebebin bulunduğu kabul edilmelidir. TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması ise, birinin kanundan kaynaklanan genel bir sınırlama; buna karşın 199. maddeyle getirilenin hakimin somut durumu değerlendirmesiyle ortaya çıkan öznel bir hal olması gerekçesiyle tartışılabilir.

44 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136; Kılıçoğlu, A., s. 35; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 197.

45 Bununla birlikte doktrinde, şerh olmasa da tasarrufu mahkeme kararıyla sınırlanan kişiyle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin hiç bir zaman korunmayacağı; yasa koyucunun böyle bir korumayı düzenlemediği ve ancak eşle yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen daha sonraki kişilerin TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen korumadan -şerhin olmaması kaydıyla- yararlanabilecekleri de belirtilmektedir. Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136-137; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 19.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da hakimin sınırlama kararı sonrasında eşin rızasına bağlanan taşınmazla ilgili işlemin, henüz tapuya şerh konulmadan önce ve eşin rızası alınmaksızın yapılması ihtimalidir. Benzer sorun, hakimin tasarruf sınırlamasına konu olan bir taşınırın, eşin rızası alınmaksızın, iyiniyetli (taşınır üzerinde malikinin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını bilmeyen ve bilmesi kendinden beklenmeyen) bir üçüncü kişiye devredilmesi durumunda da vardır.

Gümüş[46], Barlas[47] ve Doğan[48], TMK'nun 1023. maddesinde, tasarruf ehliyeti sınırlanan kişiyle işleme giren kişinin korunmasına dair özel bir hüküm olmadığı, iyiniyetin ancak açıkça düzenlenen hallerde korunacağı, eşin rızası olmaksızın yapılan işlemin tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz olacağını belirtmektedirler. Bu yazarlara göre şerhin etkisi, ancak eşin rızası alınmadan yapılan işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenen üçüncü kişiler açısından önem taşıyacak; bu kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldıracaktır. Özellikle korunan menfaatler açısından da olaya yaklaşıldığında, adı anılan yazarlar bu çözümün daha yerinde olduğunun altını çizmektedirler.

Buna karşılık aile konutu şerhi konusunda da açıklandığı üzere, bir hukuksal işlemin eşin rızasına bağlandığını bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin, TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunmaması için bir neden bulunmamaktadır. Zira tapu sicilinde malik olarak gözüken kişinin tasarruf yetkisinin sınırlandığı, sicilden (şerh konulmadığı için) anlaşılamamaktadır. Kılıçoğlu'nun[49] da belirttiği üzere, 199/3. maddede anılan şerhin konulmaması sebebiyle bu sınırlamadan haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişinin taraf olduğu hukuksal işlem geçerli olacaktır.[50]

Mahkeme kararıyla üzerinde tasarrufta bulunulması eşin rızasına bağlanan eşya bir taşınırsa ve hakim TMK'nun 199/2. maddesindeki yetkiyi kullanarak aleyhine sınırlama yapılan eşin taşınır üzerindeki

46 Gümüş, M. A.: Yeni Şerhler, s. 87-90.
47 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136-137.
48 Doğan, M.: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 195.
49 Kılıçoğlu, A., s. 34.
50 Aynı yönde bkz. Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara 2008, s. 206; Ayan, S.: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 268-269.

dolaysız zilyetliğini sonlandırmamışsa (üçüncü bir kişiye teslim gibi); eşin rızası alınmaksızın yapılan tasarrufun geçerli olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Yukarıda taşınmazlar açısından kabul edilen çözüm yolunun burada da taşınır açısından geçerli olması gerekir. Yani malikin tasarruf yetkisinin eşinin rızasına bağlandığını bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı, TMK'nun 988. maddesi çerçevesinde korunmalıdır.[51]

D. Paylı Mülkiyet Konusu Malda Pay Üzerinde Tasarruf İşlemleri

Yasal mal rejimi olarak benimsenmiş olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak TMK'nun "*Yönetim, yararlanma ve tasarruf*" kenar başlıklı 223. maddesinin ilk fıkrasında, "*Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.*" ifadesiyle önce genel kural düzenlemesi yapılmıştır. Ancak bu fıkrayı takip eden ikinci fıkrada yasa koyucu paylı mülkiyete tabi mallar açısından, "*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.*" düzenlemesiyle istisnai bir durum yaratmıştır.

TMK'nun 223/2. maddesinde düzenlenen hüküm, aynı zamanda TMK'nun 688/3. maddesinin de istisnasıdır. Zira paylı mülkiyetle ilgili bu maddede, "*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.*" ifadesi kullanılmıştır. Eşlerin arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğu sürece, payın haczi açısından olmasa da devri ve rehnedilmesi açısından, öncelikle uygulanacak hüküm TMK'nun 223/2. maddesidir.

TMK'nun 223/2. maddesinde cümlenin başında kullanılan "*Aksine anlaşma olmadıkça*" ifadesi nedeniyle, buraya kadar üzerinde durulan eşin rızasının arandığı pek çok normun aksine, bu hükmün emredici olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ancak gelecekte eşler arasında kurulabilecek paylı mülkiyet konusu eşyalar için, önceden yapılacak

[51] Aynı yönde bkz. Gümüş, M. A.: Yeni Şerhler, s. 88. Yazar, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, emin sıfatıyla zilyet olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

anlaşmanın geçersiz olduğu belirtilmektedir.[52] Taraflar arasında kuralın aksini kararlaştıracak anlaşmanın geçerliliği, bir şekil kuralına bağlanmamıştır.

Maddede açıkça paylı mülkiyet konusu mallardan söz edilmiştir. Bu malın taşınır ya da taşınmaz olmasının bir önemi yoktur. Benzer şekilde eşlerin mal üzerindeki pay oranları da rızalarının aranması açısından belirleyici bir etkiye sahip değildir. Pay sahipliğinin eşyaya bağlı olarak belirlendiği paylı mülkiyet türlerinde, maddenin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Kılıçoğlu[53] madde metninde açıkça mal sözcüğünün kullanılmasına rağmen, paylı mülkiyet konusu hakların (örneğin fikir veya sanat eseri üzerindeki haklar) da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Madde uyarınca eşin rızasına bağlanan işlemler, sadece pay üzerindeki tasarruf işlemleridir. Eşlerin her biri payını devrederken (satmak veya bağışlamak vb.) ya da rehnederken, eşin rızasını almak zorundadır. Pay üzerindeki borçlandırıcı işlemler için eşin rızası aranmamıştır. Aynı şekilde ölüme bağlı tasarruflarla, kamulaştırma veya cebri icra hallerinde eşin rızasının alınmasına gerek yoktur.[54] Eşlerden birinin payını diğer eşe devrettiği hallerde, eşin rızasının var olduğu kabul edilmelidir.

Maddede kullanılan ifadeden, kuralın münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan; eşlerden birinin üçüncü kişi/kişilerle paylı mülkiyetinde bulunan veya eşlerle birlikte üçüncü kişi/kişilerle paylı mülkiyette bulunan eşyalardan hangileri için, kuralın uygulanacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Barlas ve Gümüş[55], maddenin kapsamına sadece münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan eşyaların gireceğini belirtirken; Kılıçoğlu[56] ise, eşlerle birlikte üçüncü kişi/kişilerin paylı mülkiyetinde bulunan eşyalar için de rızanın aranacağı görüşündedir. Sadece eşlerden birinin üçüncü kişi/kişilerle

52 Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

53 Kılıçoğlu, A., s. 24. Yasa koyucunun maddede eşya yerine mal terimini kullanmış olması, Kılıçoğlu'nun fikrini güçlendirici niteliktedir. Karşı görüş için bkz. Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

54 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 136; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280; Kılıçoğlu, A., s. 24.

55 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 140; Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

56 Kılıçoğlu, A., s. 24-25.

paylı mülkiyetinde bulunan eşyalar üzerindeki payıyla ilgili tasarrufların eşin rızasına tabi olmayacağı açıktır.

Maddede eşin rızası için bir şekil kuralı öngörülmediği gibi, rızanın açık verilmesi de aranan şartlardan biri değildir. Benzer şekilde rızanın önceden verilmesi zorunlu olmayıp, sonradan verilecek icazet de işlemi geçerli hale getirir.[57] Eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde, Kılıçoğlu[58] TMK'nun 2. maddesi, Gümüş[59] ise TMK'nun 194/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla hakimin müdahalesinin istenebileceğini belirtmektedirler. Barlas[60] rızayı sağlayamayan eşin her zaman için paylaşma isteyebilme hakkı olduğunu hatırlatarak bu görüşlere karşı çıkmaktadır.

E. Evli Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi İşlemi

TMK'nun "*Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi*" kenar başlıklı 313. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir.*" düzenlemesi bulunmaktadır. Maddede açıkça ifade olunduğu üzere, rızası alınacak eş, evlat edinilen kişinin eşidir.[61] Evlat edinilenin kısıtlı olup olmamasının, eşinin rızasının aranması üzerinde bir etkisi yoktur. Evliliğin de erginlik nedenlerinden biri olduğu dikkate alındığında, sadece ergin kişilerin evlat edinilmelerinde eşin rızasının aranması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Evlat edinilenin evlat edinme başvurusu yapıldığı anda evli olması halinde, eşinin rızası aranacaktır. Evlat edinilen, başvurunun yapılmasından sonra evlenecek olursa, eşin rızasının alınmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, TMK'nun 316. maddesi gereğince hakim, eşin dinlenmesine resen karar verebilir.[62] Evlat edinilenin eşinin sürekli olarak ayırtım gücünden yoksun olması durumunda, TMK'nun 307/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla rızası aranmaz. Bu halde hakim, ayırt etme gücünden yoksun olan eşin, yasal temsilcisini dinleyebilir.[63]

---

57 Rızanın şekli ve icazetin etkisi konusunda daha önce yapılan açıklamalardan bir farklılık bulunmamaktadır.

58 Kılıçoğlu, A., s. 26.

59 Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri, s. 281.

60 Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 140.

61 TMK'da evli kişilerin sadece birlikte evlat edinmeleri mümkün olduğundan, evlat edinenin eşinin rızasının alınması söz konusu olmayacaktır.

62 Aydoğdu, M.: Evlat Edinme, B. 2, Ankara 2010, s. 350.

63 TMK'nun 307/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla, evlat edinilenin eşinin iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi veya evlat edini-

Yasa koyucu, maddede eşin rızasına ilişkin bir şekil öngörmemiştir. Hatta rızanın açık olarak verilmesi gerektiği de düzenlenmemiştir. Buna rağmen ana babanın rıza vermesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla, TMK'nun 309. maddesi çerçevesinde, eşin rızasının da evlat edinmeye karar veren mahkemece sözlü veya yazılı olarak alınıp tutanağa geçirilmesi gerekir. Benzer şekilde rıza verme hakkının kötüye kullanılması karşısında, TMK'nun 311. maddesi uyarınca rızanın aranmasından vazgeçilebilir.[64]

Eşin vermiş olduğu rıza kesindir, şarta bağlanamayacağı gibi, verildikten sonra geri alınması mümkün değildir.[65] Evlat edinmenin eşin rızası alınmaksızın gerçekleşmesi durumunda, TMK'nun 317. maddesinde düzenlenen "*Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hakimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.*" hükmü uygulama alanı bulacaktır.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) bulunmayan pek çok yeni kavram ve düzenlemeyi Türk Borçlar Hukuku'na kazandırmıştır.[66] Eşin rızası alanında yapılan düzenlemelere de bu kapsamda değerlendirilebilecek -818 sayılı BK'da karşılığı bulunmayan- iki yeni maddede yer verilmiştir. TBK'nun 349. maddesinde kiralanmış aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde ve 584. maddesinde ise evli kişilerin kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için eşin rızası aranmıştır.

Aslında bu iki madde de TBK'yla getirilen yeni düzenlemeler üst başlığında toplanabilecek olsalar da kendi aralarında farklılığa sahip-

---

lenden ayrı yaşamakta olması halinde de rızasının aranmayacağı kabul edilebilir. Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 495; Baygın, C.: "*Evlat Edinmenin Koşulları*", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 624.

64 Aydoğdu, M., s. 351.

65 Baygın, C., s. 24.

66 Bunlardan bir kısmı, genel işlem koşulları, tehlike sorumluluğu ve aşırı ifa güçlüğü gibi başka kanunlarca ya da yargı kararlarınca kabul edilmiş kavramlarken; bir kısmı da geçici ödemeler, rücu zamanaşımı ve kefalette eşin rızası gibi Türk Hukuku'nda ilk kez düzenlenen kavramlardır.

tirler. Zira kiralanmış aile konutuyla ilgili düzenlemeler, hali hazırda zaten TMK'nun 194. maddesinde yer alırken, yasama tercihiyle bir de TBK'nun 349. maddesinde ayrıca yer bulma şansını yakalamışlardır. Yani TBK'nun 349. maddesi anılan Kanun açısından yeni bir düzenleme olmakla birlikte, Türk Hukuku açısından bir yenilik getirmemiştir. Buna karşılık kefalette eşin rızasına ilişkin hükümler, hem TBK hem de Türk Hukuku açısından yenilik yaratmışlardır.

TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte en çok etkilenen sözleşme tipi, muhtemeldir ki kefalet sözleşmesi olmuştur. Yasa koyucunun hem geçerlilik şartlarına hem de sözleşme hükümlerine ilişkin esaslı değişiklikler yaptığı kefalet sözleşmesi, uygulamayı da yakından ilgilendiren bir sözleşme türüdür. Ayrıca kefalet sözleşmesiyle ilgili getirilen bazı yenilikler ve aşağıda yapılacak açıklamalar TBK'nun 603. maddesi[67] gereğince kişisel güvence veren diğer sözleşmeleri de etkileyecektir. Bu durum da göz önünde bulundurulduğunda, özellikle eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı, sadece kefalet sözleşmesiyle sınırlı değildir.

A. Aile Konutu Kirası Sözleşmesi[68]

Aile konutunun kiralanmış olması halinde, eşin rızasına bağlı işlemlerin hangileri olacağı sorusunun yanıtı, hem TMK'nun 194. hem de TBK'nun 349. maddelerinin birlikte ele alınması sonrasında verilebilecektir. Yasa koyucu TMK'nun 194/1. maddesinde, "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez... veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.*" ifadesini kullanmıştır. 6098 sayılı TBK'nun kabulüyle birlikte "*Aile konutu*" kenar başlıklı 349/1. maddede bir de "*Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez.*" düzenlemesi Türk Hukuku'na katılmıştır.[69]

---

67 TBK'nun 603. maddesinde "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler de uygulanır.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

68 Yasa koyucu, TMK'da da TBK'da da aile konutunu konu alan kira sözleşmelerine bu adı vermiş olmasa da, getirilen düzenlemeler bu terimi kullanmanın önünde bir engel teşkil etmemektedir.

69 Bu başlık altında, çalışmanın "*B. Aile Konutu İşlemleri*" başlığı altında incelenen, eşin rızasının hukuki niteliği, verilme zamanı, rızanın alınmamasının sonuçları gibi pek çok konu tekrara düşmemek amacıyla bir kez daha incelenmeyecektir.

Yukarıda anılan her iki düzenlemeden de ortaya çıkan sonuç, aile konutu kirası sözleşmesinin, eşin rızası olmaksızın feshedilemeyeceğine ilişkindir. Fesih beyanının eşin rızasıyla geçerli hale gelmesi için, aile konutunun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması şarttır. Eşin rızasının aranacağı fesih kavramı, hem TBK'nun 328. maddesinde düzenlenen belirsiz süreli kira sözleşmelerini, hem TBK'nun 331. maddesinde düzenlenen haklı nedenle olağanüstü feshi hem de TBK'nun 347. maddesinde düzenlenen kiracıya tanınan fesih hakkını içerecek genişliktedir.[70]

Her iki maddede de fesihten söz edilmiş olmakla birlikte, sözleşmeden dönme de bu kapsamda değerlendirilmelidir. [71] Ancak irade sakatlıkları halinde gündeme gelecek iptal beyanının, eşin rızasıyla bir ilgisi yoktur.[72] Hatta tahliye taahhüdünde bulunmak, açılan tahliye davasını kabul etmek, sözleşme süresini kısaltan ya da kullanım imkanını daraltan tadiller, şerhin terkinine razı olmak gibi işlemler için de eşin rızası aranmalıdır.[73] Buna karşılık, kira sözleşmesinin sona ermesine yol açabilecek pasif davranışların (kira bedelinin ödenmemesi, kiralananın akde uygun kullanılmaması vb.), eşin rızasına tabi tutulamayacağı açıktır.[74]

Kiralayanın yapacağı fesihler için eşin rızasının aranmayacağı tartışmasızdır. Feshe rıza gösteren eş, her iki maddede de yapılan düzenleme karşısında, bunu açık irade beyanıyla yapmalıdır. Rıza beyanının muhatabı, kiralayandır. Rıza ancak somut fesih işlemleri için verilebilir, önceden verilecek soyut ve genel rızalar normun amacıyla örtüşür nitelikte değildir. Kanunlarda eşin rızası için şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte; TBK'nun 348. maddesi[75] ışığında, eşin rızasının da yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir.[76]

---

70 Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 281.

71 Ancak konut henüz teslim edilmeden yani aile konutu sıfatını kazanmadan yapılacak dönme için, eşin rızasının aranmasına gerek yoktur.

72 Yavuz, C., s. 282.

73 Gümüş, A. M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 59; Kılıçoğlu, A., s.11; Acar, F., s. 72. Bir eşin yapacağı işlemin diğerinin rızasına tabi tutulmasının kural değil, istisna olduğunun altını çizen Barlas, kira sözleşmesine ilişkin şerhin kaldırılmasının sözleşmenin feshi gibi bir sonuca yol açmayacağı ve istisna hükümlerin yorum yoluyla genişletilmemesinin temel hukuk ilkesi olduğu gerekçesiyle, eşin rızasına bağlanmasına karşı çıkmaktadır. Barlas, N.: Hukuki İşlem, s. 132.

74 Yavuz, C., s. 282; Acar, F., s. 72.

75 TBK'nun 348. maddesinde "*Konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.*" ifadesi kullanılmıştır.

76 Aynı yönde bkz. Yavuz, C., s. 282; rızanın sözlü de verilebileceği yönünde bkz. Gümüş, A. M., Kira, s. 59.

Kiracı eşin kira sözleşmesiyle ilgili yapacağı işlemlerden sadece fesih değil; TMK'nun 194/1. maddesinde kullanılan *"sınırlayamaz"* ifadesi gereğince, alt kiracı alınması veya kira sözleşmesinin devri de eşin rızasına bağlı işlemler olarak değerlendirilmelidir. TBK'nun 349/2. maddesinde düzenlenen *"Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hakimden bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir."* kuralına ilişkin açıklamalar, *"B. Aile Konutu İşlemleri"* başlığı altında TMK'nun 194/2. maddesi çerçevesinde ele alındığından, burada bir kez daha üzerinde durulmayacaktır.

TMK'nun 194/4. maddesinde *"Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."* kuralı düzenlenmiştir. Bu maddenin bir benzeri de TBK'nun 349/3. maddesinde *"Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde kiraya veren, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır."* şeklinde kaleme alınmıştır.

Her iki maddenin de ortak yanı, aile konutu kirası sözleşmesinde, sözleşmenin tarafı olmayan eşe kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle, sözleşmenin tarafı olma hakkının tanınmasıdır. Bundan sonrasında TMK'da duruma eş açısından bakılarak, bildirimde bulunan eşin diğeri ile müteselsilen sorumlu olacağı; TBK'da ise duruma kiralayan açısından bakılarak, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Ancak her iki maddede de eşin rızasıyla yapılacak bir işlem söz konusu değildir.

B. Kefalet Sözleşmesi

TBK'nun *"Eşin Rızası"* kenar başlıklı 584/1. maddesinde, *"Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır."* ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemenin kabulüyle birlikte, Türk Hukuku'nda evli kişilerin kefalet sözleşmesine ilişkin ehliyetleri açısından üçüncü döneme girilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte bulunduğu süre içinde, bu Kanun'un 169/2. maddesi gereğince, evli kadın kocasının alacaklısıyla -kocası lehine- kefalet sözleşmesi yapabilmek için sulh hukuk hakiminin onayına gereksinim duyuyordu. Türk Hukuku'nda evli kişilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmelerine ilişkin ilk dönemde, sadece karının rızası için bir tasdik mekanizması öngörülmüştür. Koca ise tek başına bağımsız iradesiyle kefil olabilir.

TMK'nun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ve eşler arasında işlem serbestisini kabul etmesiyle (başka bir deyişle 169. maddenin TMK'da karşılığına yer verilmemesiyle) eşlerin tek başlarına ve herhangi bir onaya gereksinim duymadan kefalet sözleşmesi yapabildikleri en özgürlükçü dönem başlamıştır. Bu ikinci dönem, TBK'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar yaklaşık 10 buçuk yıl sürmüştür.[77] 01.07.2012 tarihinden günümüze kadar ise eşlerin kefil olama iradelerine ancak diğer eşin de bu konuda rıza göstermesiyle hukuki sonuç bağlanmaktadır.

743 sayılı Kanun'da benimsenen mahkemenin onayıyla, 6098 sayılı Kanun'da benimsenen eşin rızası normları arasındaki temel fark, kısıtlamaların düzenlenme nedenine ilişkindir. İlk düzenleme, evlilik birliğindeki ekonomik olarak güçsüz ve etki altında kalmaya müsait olan tarafı -yani karıyı- kişi olarak korumayı amaçlarken; ikinci düzenleme, karı ya da kocayı kişisel olarak birbirlerinin kefalet sözleşmelerinden korumaya değil, evlilik birliğini korumaya yöneliktir. Bu fikri, TBK'nun 584. maddesinde, herhangi bir mal rejimi ayrımı yapılmaksızın eşin rızasının geçerlilik şartı olarak benimsenmiş olması da desteklemektedir.

Özen'e göre[78] ise TBK'nun 584. maddesinde getirilen yenilik, ailenin korunması düşüncesine hizmet etmektedir. Kırca'ya göre[79],

---

77 Bu dönemde kefalet sözleşmesinin kurulmasının eşin rızasına bağlanması, sadece TMK'nun 199/2. maddesi çerçevesinde hakim kararıyla kararlaştırılabilir. Çalışmanın *"C. Mahkeme Kararıyla Eşin Rızasına Bağlanan İşlemler"* başlığında da belirtildiği üzere, hakim 199. maddede aranan şartların varlığı halinde eşlerin sadece tasarruf işlemlerini değil; maddenin ikinci fıkrası gereğince taahhüt işlemlerini (bu noktada kefalet sözleşmesini) de diğerinin rızasına bağlayabilir. Barlas, N.: "*Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006, s. 55.

78 Özen, F.: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 174.

79 Kırca, İ.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni*", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a

düşüncesizce (hatta daha çok kocanın düşüncesizce kefil olmasının) girişilen kefaletlerin önüne geçmenin yanı sıra, hatır kefaletlerinin sebebiyet verdiği ekonomik yıkımlara karşı evlilik birliğinin ve ailenin korunması, normun temel amaçlarındandır. Ayrıca bu düzenlemeyle birlikte, ödeme günü gelene veya kefil olan eşin ölümüne kadar bilinmeyen ve diğer eşin durumunda da kötüleşmeye yol açabilecek olan kefalet sözleşmelerinin önüne geçilecektir.[80]

TBK'nun 584. maddesinin gerekçesine bakıldığında, bu önemli hükmün düzenlenme sebepleriyle ilgili doyurucu bilgiye ulaşılması mümkün olmamaktadır. Madde gerekçesinde, özetle, 818 sayılı Kanun'da yer verilmeyen yeni bir madde olduğu belirtilmekte ve hükmün değişik ifadelerle tekrarı yapıldıktan sonra da *"Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 484. maddesi göz önünde tutulmuştur."* bilgisi verilmektedir.

Bu noktada, TBK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, 584. maddede yapılan bir değişikliğe de değinmekte fayda vardır. TBK'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan eleştiriler ve değişiklik önerileri sonucunda 10.04.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6455 Sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nun 584. maddesine aşağıdaki fıkra[81] eklenmiştir:

"Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz."[82]

Armağan, Ankara 2006, s. 437.

80 Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011, s. 809.

81 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesinde eklenen fıkranın, hangi fıkradan sonra geldiği belirtilmemiştir. Bu durumda üçüncü fıkra olarak eklendiği kabul olunmalıdır.

82 TBK Tasarısı'nda eşin rızasıyla ilgili hükümde yukarıdaki eklenen fıkraya benzer bir ikinci fıkraya yer verilmiştir. Yasalaşmayan bu fıkraya göre: *"Kefalet, ticaret*

1. Eşin Rızasının Arandığı Haller

TBK'nun 584/1. maddesinin açık hükmü karşısında eşin rızasının aranmasının önkoşulu, kefalet sözleşmesini kefil sıfatıyla akdedecek olan kişinin, sözleşmenin kurulduğu sırada evli olmasıdır. Kefil olma iradesine sahip olan eşin cinsiyetinin norm açısından bir önemi yoktur; yasa koyucu karı koca arasında bir ayrım gözetmemiştir. Bekarken kefil olan kişinin evlenmesi durumunda, eşinin rızası aranmayacağı gibi; evliyken eşinin rızasını almadan kefil olan kişinin sözleşmesi, boşanmayla (ayrılık kararıyla veya ayrı yaşamaya başlama ile) sağalmayacaktır. Yasa koyucu eşin rızasını düzenlerken, kefalet türleri arasında da ayrım gözetmemiştir.

Eşin rızası, doğal olarak, kefilin kendi ad ve hesabına akdettiği kefalet sözleşmeleri için aranacaktır. Kişinin doğrudan temsilci veya tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket ederek imzaladığı kefalet sözleşmeleri için, eşinin rızasını almasına gerek yoktur.[83] Çünkü bu durumlarda eş bizzat kefil sıfatını üstlenmemekte, temsil ilişkisi veya organ vasfı sonucunda işlemin hukuki sonuçları, temsil olunan kişi ya da tüzel kişi üzerinde doğmaktadır.[84]

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının arandığı hallerin, eşlerin benimsemiş oldukları mal rejimiyle herhangi bir ilgisi yoktur. Eşler ister yasal mal rejimini ister başka birini (hatta mal ayrılığını) benimsemiş olsunlar, 584. maddenin kapsamındadırlar. Maddenin öngördüğü ilk iki istisna ilk fıkrada "*mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça*" ifadesiyle kaleme alınmıştır.

---

siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz." Ayrıca TBK'nun 584. maddesinin mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinin, 01.12.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan ikinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir: "*Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu (komandite) ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü; bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı sıfatıyla verilmişse bu rıza aranmaz."* Çeviri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, N.: "*İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri*", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 267-268; Kırca, İ., s. 448 vd.

83 Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 306; Özen, F., s. 175; Kırca, İ., s. 439.

84 Kırca, İ., s. 439.

Yani evli kişiler, haklarında verilmiş bir ayrılık kararı varsa ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahiplerse, eşlerinin rızası aranmaksızın kefil olabileceklerdir.

Eşin rızasının aranmasına ilişkin ilk istisna, TMK'nun 170. maddesi uyarınca eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş olmasıdır.[85] Ayrılık kararının talep üzerine verilmiş olmasıyla (TMK m. 167), istem boşanma olmakla birlikte, hakimin TMK'nun 170/3. maddesine göre ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını tespit ederek vermiş olması arasında, ayrılık kararının hüküm ve sonuçları açısından bir fark olmadığından; 584. madde açısından da bu durum önem taşımayacaktır. Ayrılık kararı döneminde eşin rızası aranmaksızın ve alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi, eşler ortak hayatı tekrar kurdukları zaman da geçerliliğini (herhangi bir rızaya ihtiyaç duymadan) koruyacaktır.

TBK'nun 584/1. maddesinde eşin rızasının aranmayacağı ikinci hal, yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmasıdır. Mehaz düzenlemede yer verilmeyen bu istisnaya dair, Gerekçe'den de doyurucu bir bilgiye ulaşılması mümkün değildir. TMK'nun 197/1. maddesinde, *"Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir."* ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca eşlerin, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra da dava devam ettiği sürece ayrı yaşama hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir.[86]

Demek ki eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu bu iki halde, kefalet sözleşmesi için eşin rızası aranmayacaktır. Boşanma ya da ayrılık davasının açılmış olduğu haller açısından düzenleme daha tartışmasız olsa da 197/1. maddenin sağladığı ayrı yaşama hakkı esnasında kefalet sözleşmesi için eşin rızasının aranmaması, üzerinde durulmaya değerdir. Zira maddeye göre eşlerden biri, ekonomik güvenliği (ya da aile huzuru) ortak hayat nedeniyle tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Zaten ekonomik güvenliği tehlikeye düştüğü için ayrı yaşama hakkı tanınmış olan eşten, bir de eşinin yapacağı kefalet sözleşme-

---

85 Özen, ayrılık kararı süresince, kefil olan kişinin eşi, genellikle akla uygun ve anlaşılabilir sebepler göstermeksizin rıza vermeyi reddedeceğinden kefalet sözleşmesinin yapılması pratikte olanaksız hale gelecektir gerekçesiyle rızanın aranmamasının olağan olduğunu belirtmektedir. Özen, F., s. 176.

86 Öztan, B., s. 447; Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 130.

lerine rıza gösterme (denetimde bulunma) hakkının alınmış olması, TBK'nun 584. maddesinin düzenlenme amacıyla bağdaşır nitelikte değildir. Öte yandan bu sebeplerle ayrı yaşama hakkının doğduğu evliliklerde, eşlerden birinin diğerinin yapacağı kefalet sözleşmesine sorunsuz bir şekilde rıza göstereceğini düşünmek de hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir.

Ayrıca TBK'nun 584. maddesinin açık hükmü gereğince, sadece yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğduğu hallerde eşin rızası aranmayacaktır. Yani yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olunmaksızın gerçekleştirilen fiili ayrılıklarda (boşanma ya da ayrılık davasının da açılmamış olduğunun kabulüyle), kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşin rızasına bağlı olmayı sürdürecektir. Buna karşılık, yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş olduğu halde, birlikte yaşamayı sürdüren eşler açısından -madde lafzi yorumlanmayacak olursa- eşin rızasını alma zorunluluğu sürmelidir. Çünkü bu durumda korunmaya çalışılan evlilik birliğinin ekonomik bütünlüğü sürmekte ve ayrı yaşanılan eşe rızasını almak için ulaşmanın zorluğu söz konusu olmamaktadır.[87]

Yasa koyucunun eşin rızasına, ayrılık kararının yanı sıra, mehaz düzenlemenin aksine yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması şeklinde bir istisna daha getirmiş olması, uygulamada bazı sorunlara yol açabilecektir. Zira kefalet sözleşmesinin geçerliliği, alacaklının menfaatini doğrudan ilgilendirdiğinden, kefilin eşinin rızasının alınıp alınmadığı da alacaklının gündeminde önemli bir yer tutacaktır. Zira rızanın varlığı, varlığını iddia eden kişi, yani esas itibariyle alacaklı tarafından ispatlanacaktır.[88] Bu durumda alacaklı -kefilin bekarını tercih etmek bir yana- kefilin eşiyle ayrı yaşama hakkının doğması nedeniyle, kefilin eşinin rızasının aranmadığına ikna olmakta zorlanacaktır. Bir diğer ihtimal ise tarafların yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmasına dayanarak eş rızası almadan yaptıkları kefalet sözleşmelerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmalarıdır. Diğer istisna olan ayrılık kararı, ortada bir mahkeme kararı olduğundan, bu tür belirsizliklere açık değildir.

Eşin rızasının arandığı tek hal, kefalet sözleşmesinin kurulması aşaması değildir. TBK'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan,

---

87 Baş, E.: *"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler"*, İÜHFM, C. LXX, S. 1, İstanbul 2012, s. 118-119.

88 Kırca, İ., s. 446.

"Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez." ifadesiyle, eşin rızasının arandığı ek haller belirlenmiştir. Buna göre adi kefaletin, müteselsil kefalete dönüştürülmesi; kefilin sorumlu olacağı miktarın arttırılması ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olacak değişiklikler yapılması durumlarında, kefalet sözleşmesi kurulurken alınan eşin rızasına bir kez daha başvurulacaktır.[89]

TBK'nun 584. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan bu haller sınırlı sayıdadır ve tümü kefilin sorumluluğunun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kefil için ağırlaşacak şekilde tadiliyle, eşin başlangıçta rıza verdiği halden uzaklaşması söz konusu olacaktır. Yasa koyucu eşin rızasına ilişkin düzenlemenin, hiç bir yolla dolanılmasını (örneğin TBK m. 603) istemediğini belirtecek şekilde, sözleşmenin kefil aleyhine ağırlaştığı sayılan hallerde de eşin denetiminden geçmesini sağlamıştır.[90] Eğer kefilin eşi, kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliğe rıza göstermeyecek olursa, bu rızanın eksikliği, kefilin değişikliğe ilişkin olarak ortaya koyduğu rızanın da geçersiz olmasına yol açar.[91]

Sözleşmenin kurulmasından sonra eşin rızasının aranacağı ilk hal, *"kefilin sorumlu olacağı miktarın artması"* ifadesiyle nitelenmiştir. Kırca'ya göre[92], kefilin sorumlu olacağı miktardaki her artış, az ya da çok olması önem taşımaksızın eşin rızasına bağlıdır. Buna karşılık Gümüş'e göre[93], *"kefilin sorumlu olacağı miktar"* ifadesi, TBK'nun 583/1. maddesindeki

---

89 Bu noktada akla gelebilecek bir diğer ihtimal, kişinin bekarken akdettiği bir kefalet sözleşmesinden sonra evlenmesi durumunda, kefalet sözleşmesinin 584/2. maddede aranan unsurlardan en az birini içerecek şekilde tadil edilmesi için eşinin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Bir bakış açısıyla, sözleşmenin kurulması sırasında rızası alınmayan kişinin, sözleşmenin tadiline rıza göstermesinin gereksiz olduğu düşünülebilirse de; normun düzenlenme amacının evlilik birliğini korumak olduğu ve maddede sayılan tüm hallerin kefilin sorumluluğunun ağırlaşmasına neden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tadil sırasında evli olunan eşin rızasının aranması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

90 Kırca'ya göre bu haller, kefil olmaya benzer etkilere sahiptir; kefil olmaya benzer riskler taşımaktadır. Kırca, İ., s. 441.

91 Özen, F., s. 183.

92 Kırca, İ., s. 441.

93 Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 307.

"kefilin sorumlu olacağı azami miktarı" karşılamaktadır. Bu nedenle kefalet limiti altında kalındığında, kefilin sorumlu olduğu tutarı arttıran tadiller bakımından eşin rızası aranmaz. Örneğin kefilin sorumlu olduğu temerrüt faizi oranını arttıran tadil için eşin rızasının aranmasına gerek yoktur. Eğer kefilin eşi, miktar artırımına rıza vermeyecek olursa, kefalet sözleşmesi eski miktar üzerinden geçerliliğini korur.

Eşin rızasının arandığı bir diğer hal, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesidir. Buna karşılık birlikte kefiller arasında yapılan bir teselsül anlaşmasının eşin rızasına bağlı olup olmadığı açıklanmamıştır. Bununla birlikte doktrin[94], normun düzenleme amacından hareketle ve görüş birliğiyle, asıl borçluyla veya kefillerin arasında yapılacak teselsül kararlaştırmalarının da eşin rızasına tabi olacağını belirtmektedir. Eğer eş, akdin müteselsil kefalete dönüştürülmesine ya da teselsül sözleşmesine rıza vermezse, kefalet sözleşmesi eski şatlarıyla geçerliliğini korur.

Sözleşmenin değiştirilmesi sırasında eşin rızasının arandığı üçüncü ve son hal, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerdir. Öncelikle maddede yer alan güvence ve azalma kavramlarının geniş yorumlandığı ve ayni teminatlardaki azalmaların olduğu kadar, şahsi teminatlardaki eksilmelerin de eşin rızasına dahil edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Alacaklının, müteselsil borçlulardan veya birlikte kefillerden birini/bir kaçını ibra etmesi, alacağı teminat altına alan rehinden (tamamından veya bir kısmından) vazgeçilmesi bu kapsamda değerlendirileceğine şüphe olmayan hallerdir.[95]

Kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalıp azalmadığı, her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kırca[96], bu konudaki değerlendirme kriterlerini teminatlardaki azalma oranı, azalmanın geriye kalan teminatlarla karşılaştırılması, teminatların değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki, asıl borçlu ve birlikte kefillerin ödeme kabiliyetleri olarak belirlemiştir.

---

94 Kırca, İ., s. 441; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 307; Özen, F., s. 178; Çevik, S. Ö.: *"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası"*, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 89-90, İstanbul 1013, s. 122-123.

95 Kırca, İ., s. 442; Özen, F., s. 178; Çevik, S. Ö., s. 122; Gümüş, yukarıdaki örneklere, kefilin kefalet borcunun üçüncü kişiye naklini ve alacaklının kefilin rüçhan haklarını esaslı bir şekilde azaltmasını da eklemektedir. Gümüş, M. A., s. 308.

96 Kırca, İ., s. 443.

Eğer kefilin eşi, güvencelerin önemli ölçüde azalmasına ilişkin değişikliğe rıza göstermeyecek olursa, TBK'nun kefilin rızası olmaksızın, alacaklının teminatları elden çıkarması veya değerini düşürmesine ilişkin 592. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Yani kefilin sorumluluğu 592. maddenin ilk fıkrası gereğince, azalan güvenceye uygun düşen bir miktarda azalır; hatta maddenin dördüncü ve son fıkrasına göre, azalmaya alacaklının ağır kusurlu davranışı sebep olmuşsa, kefil borcundan kurtulur. Buna karşılık birlikte kefillerden birinin, diğer kefilin eşinin rızası alınmaksızın ibra edilmesi söz konusuysa, eşinin rızası alınmamış olan birlikte kefilin sorumluluğu da TBK'nun 587/3. maddesi gereğince sona erer.[97]

Güvencelerdeki azalma önemli ölçüde değilse, sadece kefilin rızasıyla yapılabilmesi mümkündür. Madde metninde bir açıklık bulunmamasına rağmen, borcunu ifa eden kefilin alacaklıya halef olacağı ve borçluya başvuracağı göz önünde bulundurulduğunda, asıl borcun yüklenilmesi için de kefilin yanı sıra eşinin de rızası aranmalıdır.[98]

Buna karşılık kefil lehine olan güvencelerin azalmadığı (örneğin rehnin eşdeğeriyle değiştirildiği) veya güvencelerin objektif nedenlerle azaldığı (örneğin piyasa koşullarındaki değişiklikler nedeniyle rehinlerin değerinin düştüğü, birlikte kefilin ödeme gücünü kaybettiği) durumlarda eşin rızası aranmayacaktır.[99]

TBK'nun 584. maddesinde eşin rızasının aranmayacağı son istisna, TBK'nun kabulü ve hatta yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bir yasa değişikliğiyle maddeye eklenmiş üçüncü fıkradadır. 10.04.2013 tarihinden beri geçerli olan bu hüküm uyarınca, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketlerinin ortak ya da yöneticileri tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler ve mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.

Benzer şekilde 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına

97 Özen, F., s. 181-182; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 310.

98 Özen, F., s. 178; Kırca, İ., s. 442; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 308. Bu işlem eşin rızası alınmaksızın yapılmışsa, TBK'nun 198/2. maddesi gereğince, kefilin rızası alınmamış gibi sonuç doğurması gereklidir. Baş, E., s. 120.

99 Kırca, İ., s. 442; Özen, F., s. 178.

Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz. Kırca'ya göre[100], kapsamına giren tacir ve esnaf açısından bir hak/nimet olan bu düzenleme, anılan kişilerin ticari deneyimleri nedeniyle, aileyi yıkıma uğratacak şekilde düşüncesizce kefalet sözleşmeleri yapmayacakları varsayımı ile getirilmiştir.

Eşin rızasının aranıp aranmadığının incelenmesini gerektiren son TBK hükmü, Kanun'un 583/2. maddesidir. Bu maddede, "*Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.*" ifadesi kullanılarak, kefalet akdi için aranan şekil kuralları, kefalet için verilen yetkiye ve kefalet vaadine de tahmil edilmiştir. Ancak madde metninden, bu durumlarda da eşin rızasının aranıp aranmadığı anlaşılamamaktadır.

Doktrinde[101] hakim olan görüş, TBK'nun 584. maddesinin dolanılmasının önlenmesi amacıyla, kefalet için verilen yetki ve kefalet ön sözleşmesi için de eşin rızasının aranacağı yönündedir. Benzer bir görüş birliği, kefalet sözleşmesi akdetmek konusunda yetkilendirme veya ön sözleşme esnasında verilen eşin rızasının, bu işlemlere dayanarak kurulan kefalet akdi için de geçerli olduğu; yani eşin rızasının bir kez daha aranmayacağı yönündedir.

Halbuki TBK'nun 583/2. maddesi ışığında, eşin rızasının aranması konusu, kefalet için verilen yetki ve kefalet ön sözleşmesi arasında ayrım yapılarak ele alınmalıdır. Zira kefalet için temsil yetkisi verilmesi, veren kişiyi borç altına sokan bir işlem değildir. Bu nedenle eşin rızası temsil yetkisi verilirken değil; temsilci kendine tanınan yetkiyi kullanarak kefalet sözleşmesini akdettiği sırada verilmelidir. Buna karşılık kefalet vaadi, ister alacaklıyla ister başka bir kişiyle (örneğin borçluyla) yapılsın, başta aynen ifa talebi olmak üzere ön sözleşen ke-

---

100 Kırca, İ., s. 450, 452.

101 Özen, F., s. 176; Çevik, S. Ö., s. 122; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309. TBK'nun 583/2. maddesinde şekil kurallarından söz edildiği, eşin rızasının ise bir ehliyet sınırlaması olduğundan bahisle, temsil yetkisi tanınması ve ön sözleşme yapılmasında eşin rızasının aranmaması fikri için bkz. Baş, E., s. 121.

fil için borçlandırıcı niteliktedir. Bu nedenle TBK'nun 584. maddesinin ruhuna uygun bir yorumla, kefalet vaadi ancak eşin rızasıyla geçerli olarak kurulabilir.[102]

Buraya kadar yapılan açıklamalar eşin rızasının gerektiği halleri düzenleyen veya ilgilendiren hükümlerle ilgili olmakla birlikte; eşin rızasına ilişkin akla gelen bazı olasılıkların üzerinde durulmasında da fayda vardır. Bunlardan biri kefalet sözleşmesini kefil sıfatıyla akdedecek olan kişinin eşinin ehliyetsiz olması durumudur. Eğer eşin rızasının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu (başka bir ifadeyle temsilci aracılığıyla kullanılamayacağı) kabul olunacak olursa, eşi ehliyetsiz olan kişinin kefalet sözleşmesine kefil sıfatıyla taraf olma hakkı elinden alınmış olacaktır.

TMK'nun vasinin yasak işlemlerini düzenleyen 449. maddesinde, "*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak vasinin vesayet altındaki kişi adına kefil olamayacağına ilişkin bu hükmün, vasinin vesayet altındaki kişi yerine eşinin kefil olması için rıza gösteremeyeceği şeklinde yorumlanması doğru değildir. Yani vasinin kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasını, vesayet altındaki eş yerine verebileceği kabul olunmalıdır.[103]

Ancak kısıtlı olan eşin vasisi diğer eş ise (yani kefil sıfatını taşıyacak olan kişi), aralarında bir menfaat çatışması yaşanabileceğinden, TMK'nun 426. maddesinin uygulanması gerekecektir. Bu maddeye göre, "*Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*", vesayet makamı ilgilinin istemi üzerine ya da resen bir temsil kayyımı atar. Kefil olacak kişinin aynı zamanda eşinin de yasal temsilcisi olması durumunda, eşin rızası vesayet makamınca tayin edilecek vesayet kayyımı tarafından verilmelidir.[104]

Ehliyetsiz eş için yasal temsilci tarafından rıza verilebileceğinin kabulü, eşin bu rızayı iradi bir temsilci aracılığıyla da kullanıp kullanamayacağı sorusunu akla getirir. Nasıl ki kefalet sözleşmesinin bile temsilci aracılığıyla yapılması TBK'nun 583. maddesinde kabul olu-

102 Aynı yönde bkz. Kırca, İ., s. 440-441; Baş, E., s. 121.
103 Özen, F., s. 175; Çevik, S. Ö., s. 120.
104 Aynı yönde bkz. Çevik, S. Ö., s. 120.

nuyorsa, eş de -kendisi borç altına girmeyen kişi olarak- rızasını iradi temsilci aracılığıyla da verebilmelidir.[105] Ancak verilen rıza yetkisi ve kapsamı, belirli/belirlenebilir kefaletler için olmalıdır. Eşin rıza verme konusunda iradi temsilcisi olarak diğer eşi (kefil olma iradesinin sahibini) seçmesi, normun düzenlenme amacıyla örtüşmeyecektir. Yani kefalet sözleşmesine kefil olarak taraf olma iradesiyle, eş olarak rıza gösterme iradesi aynı kişide birleşmemelidir.

Kefil olma konusunda verilecek temsil yetkisinin, kefalet sözleşmesinin şekil kurallarına tabi olduğunu düzenleyen TBK'nun 583/2. maddesinin ışığında, eşin rızası için verilecek temsil yetkisinin de yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir. Şekil kurallarının kıyasen genişletilmesi, TBK'nun 12/1. maddesi[106] gereğince yerinde olmamakla birlikte, geçerlilik için olmasa bile, ispat kolaylığı açısından söz konusu yetkilendirmenin, yazılı şekilde yapılması uygun olacaktır.[107]

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası açısından özellik taşıyabilecek diğer ihtimaller, bir eşin diğerine kefil olmasına ya da eşlerin kefalet sözleşmesinin tarafları olması durumuna ilişkindir. Eşler bir kefalet sözleşmesinin birlikte kefilleri olabilecekleri gibi; eşlerden biri diğerinin alacağı için de kefil olabilir. Tüm bu olasılıklarda eşin rızasının aranması gerekip gerekmediği üzerinde durulmasında yarar görülmektedir.

Eşin rızasının aranıp aranmadığının inceleneceği ilk ihtimalde, eşlerden biri diğerine kefil olmaktadır. Bir bakış açısıyla, eşlerden biri asıl borç ilişkisinin tarafı olduğuna göre, artık evlilik birliği için korunacak bir menfaat kalmamıştır; bu nedenle diğer eşin kefaleti için asıl borçlu olan eşin rızanın aranmasına gerek yoktur denilebilir. Ama TBK'nun 584. maddesinin düzenlenme amacına daha uygun olacak

105 Aynı yönde bkz. Yavuz, N., s. 820; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 308.

106 TBK'nun 12/1. maddesinde "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiç bir şekle bağlı değildir.*" düzenlemesi bulunmaktadır.

107 Benzer bir durum, taşınmaz üzerindeki ayni hak tasarruflarında da söz konusudur. TBK'nun 504/3. maddesi gereğince vekilin taşınmaz üzerindeki ayni hak tasarrufları için özel yetkilendirme arandığı halde, bu yetkilendirme için bir geçerlilik şekli TMK'da da TBK'da da öngörülmemiştir. Doktrinde taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi veren vekalet sözleşmelerinin en azından ispat şekli olarak, resmi şekilde yapılmalarına ilişkin görüş birliği bulunmaktadır. Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 210; Oğuzman, K.- Seliçi, Ö., s. 285; Akipek, J. G.-Akıntürk, T. : Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 465.

yorum, eşlerden zaten borç ilişkisine taraf olmuş olana, eşinin kendisine kefil olup olmaması konusunda bir tercihte bulunma hakkının tanınmasıdır. Yani eşlerden biri diğeri lehine kefil olacak olsa da, eşin (asıl borç ilişkisinin tarafı olan eşin) rızası alınmalıdır.[108]

Eşlerin bir kefalet sözleşmesinin birlikte kefilleri olmaları durumunda, birbirlerinin rızasına gereksinim duyup duymayacakları da bir diğer meseledir. Bu noktada yukarıda açıklanan fikirler bir kez daha ileri sürülebilecek olsa da; sonuç, eşler birlikte kefil olacak olsalar da yine de birbirlerinin rızasını almalıdırlar, şeklinde belirecektir.[109]

Üçüncü ve son olasılıkta, eşlerin kefalet sözleşmesinin karşılıklı tarafları olması durumu üzerinde durulacaktır. Yani bu kez eşlerden biri, onun başkasından olan alacağı için üçüncü kişi lehine, eşiyle kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapmaktadır. Daha kısa bir ifadeyle sözleşme kurulursa, eşlerden biri alacaklı, diğeri kefil sıfatını taşıyacaktır. Bu ihtimal dahilinde alacaklı eşin, eşinin kefil olmasına ilişkin iradesinin, kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik iradesine mündemiç olduğu kabul edilmeli ve ayrıca bir eş rızası aranmamalıdır.[110]

2. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği, Şekli, İçeriği ve Zamanı

Eşin rızasının, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenmiş bir geçerlilik şartı olduğu göz ardı edilemeyecek olmakla birlikte, doktrinde bu düzenlemenin kefil olma ehliyetine ilişkin bir sınırlama olduğu görüşü hakimdir.[111] Eşlerin fiil ehliyetine yönelik bu sınırlama, emredici niteliktedir ve aksinin kararlaştırılabilmesi ya da feragat edilebilmesi mümkün değildir. Eşin rızasının alınmadığı veya geçerli olmadığı tüm kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. TBK'nun 587/3. maddesinde aranan şartların varlığı halinde, birlikte kefillerden birinin kefaletinin, eşin rızasının olmaması nedeniyle kesin hükümsüzlüğü halinde; diğer kefillerin kefaletleri de sona erecektir.

---

108 Özen'in bakış açısıyla, kendisi aile bütçesine yük getirmiş olan bir kişi, eşinin kefil sıfatıyla bir yük daha getirmesine yanaşmayabilir. Aile bütçesine gelecek bu katmerli (çifte) yük, eşin rızası dahilinde gerçekleşmelidir. Özen, F., s. 177; ayrıca bkz. Öz, T.: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, İstanbul 2012, s. 103.

109 Çevik, S. Ö., s. 121.

110 Öz, T., s. 103; Özen, F., s. 177; Çevik, S. Ö., s. 121.

111 Kırca, İ., s. 438; Özen, F., s. 174; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 305; Çevik, S. Ö., s. 119.

Kesin hükümsüzlüğün (butlan) özelliği gereği, bu sözleşmelerin sonradan yapılacak bir eklemeyle veya zamanın geçmesiyle geçerli hale gelmeleri mümkün değildir. Eşin geçerli rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünü herkes (kefil, kefilin eşi, asıl borçlu ve hatta alacaklı) ileri sürebileceği gibi, yargıç da resen dikkate almakla yükümlüdür. Kesin hükümsüzlüğün dava yoluyla tespit edilmesine gerek olmadığı gibi bu konuda beyanda bulunulmasına da bağlı değildir.

Eşin rızasının alınmamasının bu kadar ağır sonuçları olan bir düzenlemede, yasa koyucu eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermemesi durumunda başvurulacak bir yol da düzenlememiştir. Halbuki eşin rızasının arandığı bazı maddelerde (iki tanesi aile konutuna ilişkin olan TMK m. 194/2, TBK m. 349/2 ve mal ortaklığı rejimine ilişkin TMK m. 265) yasa koyucu, eşin rızasının sağlanamaması ya da haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumlarında, hakimin müdahalesinin talep olunabileceğini düzenlemiştir.

Bu durum bazı yazarlarca, eşin rıza göstermemek için bir gerekçe sunmak zorunda olmadığı[112], eşin rıza göstermemesi için haklı bir sebep aranmadığı[113] ve rıza gösterip göstermemek konusunun kendi takdirinde olduğu[114] gerekçeleriyle yerinde bir yasama tercihi olarak değerlendirilmiş ve bu konuda hakimin müdahalesinin istenemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu tutum, eşe rıza göstermemek konusunda mutlak bir takdir hakkı sağlamakta ve yeri geldiğinde bu hakkın bir cezalandırma ya da intikam aracı olarak kullanılmasının da önünü açmaktadır.

Bazı yazarlar[115] ise, eşin haklı bir nedene dayanmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda, TMK'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde hakimin müdahalesinin istenebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte TMK'nun 195. maddesinde yasa

112 Kırca, İ., s. 447; Özen, F., s. 181..

113 *"Zaten bir kefalet sözleşmesinin imzalanmasının da, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokacağı düşünüldüğünde, sadece bu bile her zaman haklı bir neden olarak görülebilir."* Baş, E., s. 126-127.

114 Çevik, S. Ö., s. 129.

115 Aksoylu, N.: *"Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler"*, Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010, s. 99; Yılmaz, M.: *"Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 7, Ankara 2011, s. 77.

koyucunun eşlerin birlikte veya ayrı ayrı hakimin müdahalesini talep edebilecekleri daha özel bir düzenlemeye yer vermiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Maddeye göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler hakimin müdahalesini isteyebilirler.

Burada önemli olan, eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermemesinin, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Öztan'a göre[116], eşlerden birinin müştereken alınacak bir karara haklı bir sebep olmadan katılmaması, aile birliğine karşı yerine getirmek zorunda olduğu görevin bir ihlali sayılabilir. Dural, Öğüz ve Gümüş[117], evlilik birliği için önem taşıyan bir konuda eşlerin farklı fikirlere sahip olmalarını başvuru için yeterli kabul etmiştir. Yazarlar, eşlerden birisinin görüşlerinin, diğerinin karar alma özgürlüğünü ciddi olarak etkilemesi ya da tehlikeye sokması durumunu da bu kapsamda değerlendirmektedir.

Eşin rızasına ilişkin normun koruduğu esas değerin, evlilik birliğinin ekonomik menfaatleri olduğu dikkate alındığında; eşlerden birinin kefil olup olamaması ya da diğer bakış açısıyla eşin buna rıza gösterip göstermemesi de evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle eşin haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçındığı durumlarda, TMK'nun 195. maddesine dayanılarak hakimin müdahalesinin istenebileceğinin kabulü gerekir.

TBK'nun 584/1. maddesinde eşin rızasının *"yazılı"* olarak verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yazılılıktan anlaşılması gereken adi yazılı şekildir. Yani yasa koyucu kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, nitelikli yazılı şekli benimsemiş olmasına rağmen; eşin rızası için adi yazılı şekli yeterli bulmuştur. Bunun anlamı, eşin kefalet senedinde bulunan rıza beyanını imzalamasının, eşin rızasının alınması açısından yeterli olduğudur. Kefilin eşi herhangi biri tarafından yazılmış bir beyanı imzalayabileceği gibi, imza yerine geçen bir işaret de kullanabilir.[118]

---

116 Öztan, B., s. 213.

117 Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A., s. 245.

118 Kırca'nın da haklılıkla belirttiği gibi, söz konusu imzanın elektronik imza olarak verilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. TBK'nun 15/1. ve Elektronik İmza Kanunu'nun 5/1. maddelerine göre, güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Elektronik İmza Kanunu'nun

Hatta herhangi bir rıza beyanı yazılmaksızın, eşin kefalet senedinin altına imza atması da rızanın alınmış olması açısından yeterli kabul edilmelidir. Zira eşin rızasının içeriğini oluşturacak tüm unsurlar, zaten kefalet senedinde yer almaktadır. Sözleşmeye taraf olmayan eşin bu senedin altını imzalamasının ise, rıza vermek dışında bir anlamı olamaz.[119] Eşin yasal ya da iradi temsilcisi de rızayı, yazılı şekil kuralına uygun olarak vermelidir.

Eşin rızasının kefalet senedi haricinde bir belgede yer almasında da bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu halde, eşin rıza verdiği kefalet sözleşmesi için ayırıcı bir takım unsurların bu belgede yer alması gerekir. Çünkü eşin rızadan feragat hakkı bulunmadığı gibi, geleceğe yönelik olarak (süreli ya da süresiz) eşinin yapacağı bütün kefalet sözleşmeleri için vereceği genel bir rıza beyanı da geçerli değildir. Hatta eş, genel rızada belirli bir üst limit kararlaştırmış olsa bile, bu sonucu değiştirmeyecektir. Bununla birlikte ayırıcı unsurları içerecek şekilde, birden fazla kefalet sözleşmesi için eşin rızasının tek bir belgeyle alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.[120]

Eşin rıza beyanının beyaza attığı bir imzanın üzerinin doldurulması suretiyle alınması durumunda, eğer doldurma işlemi eşin rızası doğrultusunda yapılmışsa; geçerli bir rızadan söz etmek gerekir. Zira kişinin borç altına girdiği işlemler açısından bile beyaza imzaya sonuç bağlanabiliyorsa, rıza gösteren eşi borç altına sokmayan ve anlaşma doğrultusunda doldurulan boşluğun da şekil kuralına uygun olmadığının söylenmesi doğru olmayacaktır.[121]

Eşin rızasının soyut ve genel değil, somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması gerekir. Yani eş, kefil olan eşinin içine girdiği borç ilişkisinin ve beraberinde üstlendiği sorumluluğun farkında olarak rıza göstermelidir.[122] Eğer eş rıza verirken yanılmaya düşmüşse

---

5/2. maddesinde teminat sözleşmelerinin e-imza ile yapılamayacakları öngörülmüş olsa da eşin teminat sözleşmesinin tarafı olmadığı ve rızasının teminat niteliği taşımadığı gerekçeleriyle, rızayı e-imzayla vermesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kırca, İ., s. 443.

119 Aynı yönde bkz. Kırca, İ., s. 445.

120 Kırca, İ., s. 444; Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 306; Çevik, S. Ö., s. 125. Eşin kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada hazır bulunmasına da gerek olmadığı açıktır. Özen, F., s. 180-181.

121 Çevik, S. Ö., s. 126; Baş, E., s. 123.

122 Kırca'ya göre, kefilin sorumlu olacağı azami miktara, kefalet tarihine, asıl bor-

(veya iradesi başka bir nedenle sakatlanmışsa), rızasını iptal edebilir. Kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan borçlunun hilesi, üçüncü kişi hilesi olarak değerlendirilmelidir. Alacaklı bu hileden haberdar değilse, eşin rızasının iptali söz konusu olmamalıdır.[123] Ancak eşin imzalamış olduğu kefalet senedini okumadığı veya esaslı unsurlarını bilmediği ve hatta senet düzenlenirken orada olmadığı iddiaları dikkate alınmamalıdır.[124]

Eşin rızasının belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmasının bir sonucu da, eşin rızasıyla kefalet sözleşmesinin birbirleriyle uyum içinde olmaları zorunluluğudur. Bu konudaki pek çok uyumsuzluk (örneğin asıl borca, alacaklıya, asıl borçluya) kefalet sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık üzerinde ayrıca durulması gerekli iki uyumsuzluk türü, adi-müteselsil kefalet ve azami miktara ilişkindir.

Kefalet sözleşmesi müteselsil kefalete ilişkin olmakla birlikte, eşin rızasından ne tür kefalete izin verildiği anlaşılamıyor veya adi kefalete izin verdiği anlaşılıyor ise; kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin ne olacağı, incelenmesi gereken ilk ihtimaldir. Hatta burada verilecek yanıt iki ayrı duruma (eşin rızasından ne tür kefalete izin verildiği anlaşılamıyor ya da adi kefalete izin verdiği anlaşılıyor) göre de değişebilecektir.

Öncelikle eşin müteselsil kefil sıfatıyla taraf olma iradesini ortaya koyduğu bir kefalet sözleşmesinde, eşin verdiği rızadan onayladığı kefalet türü anlaşılamıyorsa, eşin iradesinin yorumlanması gerekecektir. Bu durumda ilk akla gelecek fikir, eşin rızasının adi kefalete ilişkin olduğuysa da; eşlerin bulunduğu yer veya işin niteliği gereği müteselsil kefalet daha yaygın ise, eşin iradesi müteselsil kefalete rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmalıdır. Örneğin ticari işlerde kural müteselsil kefaleti işaret ettiğinden, böyle bir işlemde eşin rızasının müteselsil kefaleti kapsadığı yorumunun yapılması mümkün olacaktır.[125]

---

ca, alacaklıya, kefaletin türüne ilişkin bilgilere izin beyanında yer verilmesi, iznin münferit bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması, dolayısıyla geçerli bir iznin varlığı konusunda ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının aşılması açısından faydalı olmakla birlikte zorunlu da değildir. Kırca, İ., s. 444.

123 Özen, F., s. 182.

124 Kırca, İ., s. 446.

125 Kırca, İ., s. 444; Çevik, S. Ö., s. 124. Aksi yönde bkz. Baş, E., s. 124. Baş, normun dü-

İkinci ihtimalde ise kefalet sözleşmesi müteselsil kefalete ilişkin olmakla birlikte, eşin rızası açık bir şekilde adi kefalete ilişkindir. Bu durumda ileri sürülebilecek ilk fikir, eşin rızası adi kefalete ilişkin olduğuna göre, eşin rızası sağlanamamıştır ve kefalet sözleşmesi geçersizdir yaklaşımıdır.[126] Ancak sözleşmelerin ayakta tutulması prensibine daha uygun olacak çözüm yolu, eşin rızası adi kefalete ilişkin olduğuna ve tarafların iradesinin birleştiği müteselsil kefalet -çoğun içinde az da vardır ilkesi uyarınca- adi kefaleti de kapsadığına göre, sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulmasıdır.[127]

Eşin rızasının kapsamının aşıldığı bir diğer yaygın durum da kefalet sözleşmesinin azami miktarına ilişkin olabilir. Eğer kefalet sözleşmesinde, eşin rıza gösterdiği azami miktarın üstünde bir belirleme yapılırsa; bir görüşe göre kısmi hükümsüzlük kuralı uygulanmaksızın, sözleşmenin tümü kesin hükümsüz olur.[128] Ancak kısmi hükümsüzlük kuralları çerçevesinde, sözleşmenin, eşin rıza gösterdiği miktara kadar olan kısmıyla ayakta tutulması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

TBK'nun 584/1. maddesinde, "*... bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*" ifadesiyle, eşin rızasının verilme zamanı da belirlenmiştir. Bu düzenlemeye kıyasen TBK'nun 584/2. maddesinde düzenlenen değişiklikler açısından da en geç değişikliğin yapıldığı anda rızanın verilmiş olması gerekecektir. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin kurulmasından (veya kefilin sorumluluğunu artıracak şekilde değiştirilmesinden) sonra eşin işleme icazet göstermesi, işlemi geçerli hale getirmeyecektir.[129] Bu nedenle eşin rızası alınmadan akdedilen kefalet sözleşmeleri askıda hükümsüz değil; kesin hükümsüzdür.

---

zenlenme amacının ailenin korunması olduğundan hareketle, dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmekte ve eşin beyanından mutlaka müteselsil kefalete izin verdiğinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

126 Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309; Özen, F., s. 182-183. Özen, eşin adi kefalet için rıza vermesinin müteselsil kefaleti içeren bir sözleşme yapılmasına onay vermediği için, kefil olan eşin müteselsil kefalete ilişkin iradesini de geçersiz kılacağını ve sözleşmenin adi kefalet olarak da ayakta tutulamayacağını, tümüyle geçersiz olması gerektiğini belirtmektedir.

127 Aynı yönde bkz. Çevik, S. Ö., s. 124.

128 Gümüş, M. A.: Borçlar, s. 309.

129 Kırca, rıza kavramının hem izni hem de icazeti kapsadığı, oysa eşin kefalet sözleşmesine icazet vermesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle; rıza değil, izin teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtmiştir. Kırca, İ., s. 435.

Yasa koyucunun, eşin rızasının verilme zamanını en geç sözleşmenin kurulma anıyla sınırlamasının muhtemel amacı (gerekçede böyle bir bilgi bulunmamakla birlikte), kefalet sözleşmesini kuran eşin (kefilin), eşine yapacağı baskıyla rıza vermeye ilişkin serbest iradesini etkilemesinin önüne geçmektir. Ancak yasa koyucunun kapattığı icazet yolunun, uygulamada dolanılmasının mümkün olduğu açıktır.

Kefalet sözleşmesinin kurulma anı, genel olarak kefilin sözleşmeyi imzaladığı an olarak kabul edilse de eşin rızasının verilme anı açısından biraz daha geniş yorumlanmasında yarar vardır. Örneğin kefilin kefalet senedini imzalamasından sonra, arada bir zaman boşluğu olmadan eşinin de imzalaması halinde, rıza zamanında verilmiş kabul olunmalıdır.[130]

C. Kişisel Güvence Veren Sözleşmeler

TBK'nun "*Uygulama Alanı*" kenar başlıklı 603. maddesinde, "*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.*" düzenlemesine yer verilmiştir.[131] 818 sayılı BK'da karşılığı bulunmayan bu hüküm, kefalet sözleşmesiyle ilgili bazı maddelerinden faydalanılan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan da alınmamıştır. Yasa koyucu madde gerekçesinde kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanının genişletilmesinin amaçlandığını belirterek, şöyle devam etmiştir:

"*Madde kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fülini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefili koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.*"

---

130 Kırca, İ., s. 447; Çevik, S. Ö., s. 127. Özen'e göre eşin rızasının şarta bağlı olarak verilebilmesi mümkündür. Bu noktada önemli olan rızanın en geç sözleşmenin yapıldığı anda verilmiş olmasıdır. Rızanın bağlandığı şartın sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmesi, rızanın ve dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ayrıntılı bilgi ve örnek için bkz. Özen, F., s. 179.

131 Kırca'ya göre Türk Hukuku'nda eşin rızasına ilişkin hükmün önemi, 603. madde nedeniyle, İsviçre Hukuku'na kıyasen bir kat daha artmıştır. Kırca, İ., s. 437.

TBK'nun 603. maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere, eşin rızasına (aynı zamanda kefalet sözleşmesinin şekline ve kefil olma ehliyetine) ilişkin hükümler, sadece gerçek kişilerce yapılacak, kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler için geçerli olacaktır. Başka bir söyleyişle, gerçek kişilerce verilmiş olsalar da ayni teminat sözleşmeleri (taşınır, taşınmaz ya da alacak rehni) veya tüzel kişilerce verilen kişisel teminat sözleşmeleri, bu kapsamda değerlendirilmezler.

Doktrinde pek çok yazar[132], kefalet sözleşmesine ilişkin normların dolanılmasını engellediği; feri nitelikte bir sözleşmenin tarafı olmak için aranan koşulların, bağımsız bir kişisel teminat sözleşmesi için öncelikle aranması gerekliliği gibi gerekçelerle anılan hüküm için olumlu görüş bildirmişlerdir. Burcuoğlu[133], İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hükmün bir devrim niteliği taşıdığını ve TBK'nun en önemli hükümlerinden biri olduğunu belirtmektedir.

Ancak bu maddenin Türk Borçlar Hukuku'na hakim, temel ilke olan şekil serbestisini zedelediği, genel ve soyut bir istisnai hüküm oluşturduğu, yarattığı belirsizlik ortamı nedeniyle yasa yapma tekniğine de uygun olmadığı göz ardı edilmemelidir. Özellikle eşin rızasına ilişkin (veya kefalet ehliyetine ya da şekil kurallarına) hükme aykırılığın sonuçları düşünüldüğünde, uygulamada yaşanacak belirsizliklerin, pek çok borcun güvencesiz kalmasıyla sonuçlanacağı öngörülemez değildir. Yasal istisnalar açısından en güvenli ve hukuki belirlilik ilkesine uygun yol olan sayma yönteminin burada benimsenmesi, yerinde bir çözüm olurdu.

TBK'nun 603. maddesi uyarınca, öncelikle kefilin yanında yer alacak şekilde borca katılma, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devri olasılıklarında, eşin rızasının aranıp aranmadığının üzerinde durulmalıdır. Genel anlamda borca katılma işleminin, TBK'nun 603. maddesi kapsamına girip girmediği konusunda, doktrinde görüş birliği

---

132 "Çok yerinde bir düzenleme olarak gördüğüm bu hükmün (TBK m. 603), değiştirilmeksizin yasalaşmasının çok yararlı olacağı kanısındayım." Altop, A.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi*", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 160; Barlas, N.: Kefalet, s. 64; Özen, F., s. 48; Yavuz, N., s. 864; Baş, E., s. 139.

133 Burcuoğlu, H.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler*", Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 291.

yoktur. Baskın görüş[134], teminat amaçlı borca katılmalar açısından eşin rızasının aranması gerektiğini ifade ederken; kurumun ana işlevinin teminat sağlamak olmadığı ve şekle tabi olmayan bir asıl borca katılmak için şekil kuralı öngörülmesinin de doğru olmadığı gerekçeleriyle, eşin rızasının aranmasının gerekmediğini belirtenler de vardır.[135]

Borca katılma işleminde, taraflarca açıkça amaçlanmasa da alacaklı lehine kişisel bir güvencenin sağlanması, her halde ortaya çıkan bir sonuçtur. Zira alacaklı bu işlem sonrasında katılanın da kişisel malvarlığına başvurma hakkına sahip olmaktadır. Özellikle borca kefilin yanında katılmanın söz konusu olduğu tüm hallerde, katılanın eşinin rızası alınmalıdır. Benzer bir durum, kefilin borcunu üstlenen kişi açısından da gündeme gelir. Geçerli bir üstlenme işlemi, borcu üstlenenin eşinin rızası alınarak kurulmalıdır.

TBK'nun getirdiği yeni düzenlemeler olan sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma, sırasıyla TBK'nun 205 ve 206. maddelerinde düzenlenmişlerdir. Sözleşmeyi kefilin yerine devralan veya sözleşmeye kefilin yanında katılan kişilerin eşlerinin rızası, bu devir veya katılma sözleşmeleri açısından kurucu unsur olarak değerlendirilmelidir. Zira yukarıda sayılan tüm haller, kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların dolanılması amacıyla kullanılabilecek sonuçlara sebep olacak niteliktedir.

Ayrıca üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşmesi, kredi emri ve avalin[136] de TBK'nun 603. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.[137] Tüm bu sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmeleri için, kişisel güvence veren tarafın eşinin rızasının alınmış olması zorunludur. TBK'nun 603. maddesinde kullanılan "*eşin rızasına ilişkin hükümler*" ifadesinden, eşin rızasının bu sözleşmelerin sadece kurulma aşamasında değil; kişisel güvence veren kişi aleyhine ağırlaştırıldığı durumlarda da aranması gerektiği anlaşılmalıdır.

---

134 Kırca, İ., s. 437; Özen, F., s. 49; Öz, T., s. 132; Baş, E., s. 140.

135 Yavuz, N., s. 865; Develioğlu, M.: "*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004, s. 320.

136 Demirkapı, E.: "*Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti*", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 753 vd.

137 Yukarıdakilere ek olarak himaye beyanının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Kırca, İ., s. 437-438; Yukarıdakilere ek olarak teminat amacıyla baştan müteselsil borç üstlenmenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Özen, F., s. 49; Avali hariç tutarak yukarıdakilere katılan Baş, E., s. 140.

Bununla birlikte Yargıtay[138], yakın tarihli bir kararında, "*Takibe konu çekin incelenmesinde; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olup, kambiyo vasfını taşıdığı, borçluların aval veren olduğu g*örülmektedir. 6102 Sayılı TTK'nun 702 (6762 Sayılı TTK'*nun 614). maddesi hükmüne göre, avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Kıymetli evraklar 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre ticari iş sayıldıklarından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur.*" gerekçesiyle, aval verenin eşinin rızasını işlem için bir geçerlilik şartı olarak görmediğini açıklamıştır. Yargıtay'ın TTK ile TBK arasında kurmuş olduğu genel hüküm-özel hüküm ayrımına katılmak çok mümkün olmasa da, avalde avalistin eşinin rızasının aranmasını gerektirecek TBK hükmünün 584. değil; 603. madde olduğu şüphe götürmez açıklıktadır.

III. NÜFUS PLANLAMASI HAKKINDA KANUN'DA EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

Buraya kadar yapılan açıklamalar, hukuki işlemin geçerliliğinin eşin rızasına bağlanmasıyla ilgili hükümler barındıran iki temel Kanun'a (TMK ve TBK) ilişkindir. Çalışmanın bu bölümünde, anılan iki temel Kanun'dan daha uzun uygulama süresi bulmuş başka bir yasal düzenlemede, eşin rızasına ilişkin hükümlerin incelenmesi yapılacaktır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için eşin rızasının gerekli olduğu düzenlenmiştir.

NPHK'un "*Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin*" kenar başlıklı 6/1. maddesinin ikinci cümlesinde, "*4. maddenin ikinci ve 5. maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları alınacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.*" düzenlemesi yapılmıştır. Kanun'un 6/1. maddesi gereğince, evli olmaları halinde eşlerinin de işleme rıza göstermesi gereken kişiler, Kanun'un 4/2. maddesi gereğince sterilizasyon ve 5/1. maddesi gereğince gebeliğin sona erdirilmesi yönündeki tıbbi müdahaleleri yaptıran kişilerdir.

Eşin rızasının arandığı iki tıbbi müdahalenin sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi olduğu belirlendikten sonra, kısaca bu iki

138 Yargıtay 12. HD., 2013/16400 E., 2013/25100 K., 04.07.2013 T.

kavramın üzerinde durulmasında da yarar görülmektedir. NPHK'un *"Sterilizasyon ve Kastrasyon"* kenar başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında sterilizasyon, *"Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçları tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir."* ifadesiyle tanımlanmıştır. Eşin rızasıyla ilgili olan 6. maddenin yollama yaptığı, 4. maddenin ikinci fıkrasında ise *"Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır."* ifadesi yer almaktadır.

Kanun'un *"Gebeliğin Sona Erdirilmesi"* kenar başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrasında *"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir."* ifadesiyle iradi yasal kürtaj süresi düzenlenmiştir. Yasa koyucu Kanun'un 5/1. maddesinde, *"istek üzerine"* ifadesiyle belirsiz bıraktığı, rıza sahibinin kimliğini, 6. maddenin başlangıcında *"5. maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine... bağlıdır."* ifadesiyle netleştirmiştir.

Yukarıda açıklanan maddelerden ortaya çıkan sonuç, sterilizasyon işlemini yaptıran evli kadın ya da erkeğin ve gebeliği sona erdirmek isteyen evli kadının eşinin rızasına ihtiyaç duymakta olduğudur. Bu noktada yasa koyucu evli kadının rahim tahliyesi için açıkça kocanın rızasından söz etmemiş olmakla birlikte, rahmi tahliye edilecek olan kişi karı olduğuna göre, rızası aranacak olan kişi de kocadır.

NPHK'un 6. maddesinde eşin rızasının şekline ilişkin bir belirleme olmamakla birlikte, Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasına dayanılarak çıkartılan, *"Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"*ün *"İzin Belgesinin Alınma Yöntemi"* kenar başlıklı 15. maddesinde bu konuya şu şekilde açıklık getirilmiştir: *"İzin belgeleri, 13. maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır."*

Tüzükte yer alan düzenlemeden anlaşılması gereken, sterilizasyon veya rahim tahliyesine ilişkin tıbbi müdahaleyi yaptıracak kişinin de eşinin de rızasının yazılı olarak arandığıdır. Kanun'da bu rızanın alınmaması halinde, yaptırımının ne olduğu konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında 2008 yılındaki kanun değişikliğine kadar

olan düzenlemede, eşin rızasının alınmadığı durumlarda, düzenlemeye aykırı hareket edenlerin, fiillerinin daha ağır bir cezayı gerektirmemesi koşuluyla ağır para cezasına çarptırılacakları yer almaktaydı. Bununla birlikte 2008 yılında yapılan değişiklikle bu madde kaldırılmış ve yerine başka bir yaptırım düzenlenmemiştir.

Kanun'da eşin rızasını almadan bu tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren kişi için cezai bir yaptırım öngörülmüş olmamakla birlikte, kendisinin rızası alınmadan eşine bu müdahalelerde bulunulan kişi (eşinin gebeliğine son verilen ya da eşi sterilizasyon işlemine tabi tutulan), uğradığı manevi zararın giderimini tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenden talep edebilecektir. Benzer şekilde kendi rızasını almaksızın bu işlemleri yaptıran eşinden de uğradığı zararın giderimini talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta eşlerden birinin diğerinin rızasını almaksızın bu işlemlerden birini yaptırması, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilebilir.

Ancak bu söylenenlerin hiçbiri NPHK'un 6. maddesinde düzenlenen eşin rızasının arandığı halleri haklı gösterecek nitelikte değildir. Öncelikle 24.05.1983 tarihinde kabul edilen bu Kanun, 743 sayılı yürürlükten kalkan Medeni Kanun döneminin izlerini taşımaktadır. Yukarıda çeşitli vesilelerle değinildiği üzere, 4721 sayılı TMK'nu ise kadın-erkek eşitliği gözetilmek suretiyle kaleme alınmıştır. Bu açıdan bakıldığında NPHK'un kabulünden sonra, yasa koyucu cinsiyet eşitliği konusunda ciddi anlamda yaklaşım değiştirmiştir.

Ayrıca NPHK'un 6. maddesinde yer alan eşin rızasıyla ilgili düzenleme, başta Anayasa olmak üzere, pek çok normla çelişir niteliktedir. Anayasa'nın 17/2. maddesinde "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" düzenlemesi yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin usulüne uygun şekilde kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 5/1. maddesinde "*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye* özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir." kuralı bulunmaktadır.

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rı-*

zaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz." ve 24. maddesinde, "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir."* düzenlemelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ne Anayasa'da, ne kabul edilmiş uluslararası anlaşmalarda ne de ikincil düzenlemelerde, bir kişiye yönelmiş tıbbi müdahale için başka bir kişinin (küçük ve kısıtlıların durumu hariç olmak üzere) izninin arandığı durumlar vardır.

Benzer bir hüküm Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7/d maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer verilen, "*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*" ifadesiyle organ ve doku alacak hekime bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak maddede organ ve doku verecek olan kişinin iradesi, eşinin rızasına tabi tutulmamakta, sadece haberinin olması sağlanmaktadır. Durumdan haberdar olan ve eşinin organ ve doku vermesini istemeyen kişinin, eşini ikna ederek organ ve doku verme kararından vazgeçirme dışında bir şansı bulunmamaktadır.

Ayrıca hükümde, "*birlikte yaşadığı eşinin*" ifadesinin kullanılmış olması da dikkat çekicidir. Yani eşin haberi olup olmadığının araştırılması, sadece birlikte yaşayan eşler için bir zorunluluktur. Eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi, boşanma veya ayrılık davası açılması veya yasal olarak ayrı yaşama haklarının doğması gibi nedenlerle eşler ayrı yaşıyorlarsa bu zorunluluk da ortadan kalkacaktır.

Halbuki NPHK'da çağdaş hukuk anlayışının aksine ve eşin rızasının arandığı hallerin bazılarında yer verilen (kefalet sözleşmesi) ayrı yaşama istisnasını da içermeyecek şekilde bir düzenleme tercih olunmuştur. Haklı bir neden olmaksızın rıza vermekten kaçınan veya ulaşılamayan eşle ilgili bir düzenleme de getirilmemiş olması, normun daha da katı hale gelmesine neden olmaktadır. Bu gerekçelerle NPHK'da yer alan düzenleme, en kısa zamanda değiştirilmesi gereken eşin rızasına ilişkin düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır.

SONUÇ

Üç ana bölümden oluşan bu çalışmanın temel amacı, Türk Hukuku'nda eşin rızasının arandığı hallerin ortaya konulması ve değerlendirilmesidir. Bu amaçla iki temel Kanun'da (TMK ve TBK) eşin

rızasının arandığı haller çalışmanın ilk iki bölümünü oluşturmuş ve ardından NPHK'da eşin rızasının arandığı durumların incelemesine geçilmiştir. Konuya kronolojik açıdan yaklaşılacak olursa, TBK'da düzenlenen eşin rızasının arandığı haller, en yakın tarihli düzenlemelerdir.

NPHK'da düzenlenen ve gebeliğin sona erdirilmesi için aranan kocanın rızası dışında, eşin rızasının arandığı her yerde kadın-erkek eşitliği gözetilmiştir. Yasa koyucu eşler arasında cinsiyet ayrımı yapmaksızın, birinin iradesini diğerinin denetimine sunmuştur. Eşin rızasının bir hukuki işlem (TMK ve TBK'daki düzenlemeler) için arandığı hallerin neredeyse tamamında (TMK'nun 229. maddesi hariç), bu rıza işlem için bir geçerlilik unsuru olarak düzenlenmiştir.

Rızanın aranma anına ilişkin genel bir kuraldan söz edilebilmesi mümkün değildir. Eşin rızasının verilme anına ilişkin özel bir vurgu olmayan normlar açısından (TBK'nun 584. maddesinin aksine), rızanın hem izin hem de icazet olarak verilebileceği kabul olunmaktadır. Zira yasa koyucu eşin rızasını bazı yerlerde sadece izni kapsayacak şekilde dar, bazı yerlerde ise hem izni hem de icazeti kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır. Kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasında dar anlamda kullanım, TMK'da eşin rızasının arandığı hallerde ise geniş anlamda kullanım örnekleri oluşmaktadır.

Benzer şekilde eşin rızasının verilme şekline ilişkin ortak bir kuraldan da söz edilebilmesi mümkün değildir. Yasa koyucu TBK'nun 584. maddesinde eşin rızasının sadece zaman açısından değil, şekil açısından da sınırını -yazılılık kriteriyle- çizdiği halde; taşınmaz mülkiyetini doğrudan ilgilendiren bazı düzenlemeler de bile (TMK'nun 194. veya 199. maddelerinde olduğu gibi) rızanın verilme şekline ilişkin bir açıklık getirmemiştir.

Yasa koyucunun eşin rızasını aradığı her halin yerinde olduğunu söylemek nasıl mümkün değilse, bunun tersinin de doğru olmadığı açıktır. Önemli olan evli kişilerin her türlü işlemi yapmaya ehil olduklarının kural, eşin rızasının arandığı hallerin ise istisna olduğu gerçeğidir. Bu ön kabul, eşin rızasının arandığı hallerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceğinin de garantisidir. Demek ki eşin rızasının bir hukuki işlemin geçerlilik unsuru yapıldığı tüm haller yasal istisnalardır.

KAYNAKLAR

Acar, F.: Aile Konutu Mal Rejimleri, B. 3, Ankara 2012.

Acar, H.: "*Türk Medeni Kanunu M. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı*", Kazancı Hukuk Dergisi, S. 47-48, İstanbul 2008.

Akartepe, A.: "*Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması*", EÜHFD, C. XIII, S.1-2, Erzincan 2009.

Akipek, J. G.-Akıntürk, T. : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Aksoylu, N.: "*Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler*", Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010.

Altop, A.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi*", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007.

Ayan, S.: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

Aydoğdu, M.: Evlat Edinme, B. 2, Ankara 2010.

Bağcı, Ö.: "*Aile Konutu Üzerinde Tasarruf*", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, İstanbul 2007.

Barlas, N.: "*Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006 (Anılış: Kefalet).

Barlas, N.: "*Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (Anılış: Hukuki İşlem).

Baş, E.: "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*", İÜHFM, C. LXX, S. 1, İstanbul 2012.

Baygın, C.: "*Evlat Edinmenin Koşulları*", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003.

Bulut, H.: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007.

Burcuoğlu, H.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler*", Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010

Çevik, S. Ö.: "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası*", Kazancı Hukuk Dergisi, S. 89-90, İstanbul 1013.

Demirkapı, E.: "*Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti*", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003.

Develioğlu, M.: "*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004.

Doğan, M.: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.

Dural, M - Öğüz, T - Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005.

Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara 2008.

Gençcan, Ö. U.: Boşanma Hukuku, Ankara 2006.

Gümüş, A. M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012 (Anılış: Kira).

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012 (Anılış: Borçlar).

Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008 (Anılış: Evliliğin Genel Hükümleri).

Gümüş, M. A.: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, B. 2, İstanbul 2007 (Anılış: Yeni Şerhler).

Hatemi, H.: Aile Hukuku, C. I, İstanbul 2005.

Havutçu, A.: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.

Kılıçoğlu, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.

Kırca, İ.: "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni*", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006.

Koç, N.: "*İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri*", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001.

Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 2002

Öktem, S.: "*Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*", TBB Dergisi, S. 67, Ankara 2006.

Öz, T.: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, İstanbul 2012.

Özen, F.: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.

Öztan, B.: Aile Hukuku, B. 5, Ankara 2004.

Şahinci, A.: "*Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması*", AÜHFD, S. 2, Ankara 2010.

Şıpka, Ş.: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B. 2, İstanbul 2004.

Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.

Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.

Yılmaz, M.: "*Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 7, Ankara 2011.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN EGE HAVA SAHASINDA TÜRKİYE VE YUNANİSTAN ARASINDAKİ SORUNLAR

THE PROBLEMS BETWEEN TURKEY AND GREECE IN THE AEGEAN AIRSPACE IN RESPECT OF THE INTERNATIONAL LAW

Ülkü HALATÇI ULUSOY*

Özet: 1973'ten bu yana Ege Denizi'nde yaşanan gerilimler Türkiye ve Yunanistan'ı üç defa savaşın eşiğine getirmiştir. Bunun sonucunda birbiriyle zincirleme bağı olan karasularının genişliği, kıtasahanlığı, hava sahası, egemen topraklar üzerinde uçuş, antlaşmalara aykırı olarak adaların silahlandırılması, münhasır ekonomik bölge ile ilgili çok sayıda hukuki sorun ortaya çıkmıştır Bununla birlikte günümüzde iki devlet arasında daha sık gerçekleştirilen ikili görüşmeler neticesinde bir normalleşme süreci yaşanmaktadır. Bu görüşmeler sayesinde Temmuz 2013'ten bu yana Ege hava sahasında iki ülke arasında herhangi bir çatışma meydana gelmemiştir.

Ege'deki hava sorunları ile bağlantılı uyuşmazlıkların esasında hukuki ve teknik yönleri bulunmaktadır. İlgili uyuşmazlıklar üç grup altında toplanabilir: 1) Yunanistan'ın 6 mil karasularına sahip olmasına rağmen 10 millik hava sahası iddiası; 2) FIR (uçuş bilgi bölgesi) sorunları ve 3) NATO hava kontrol sorunları. Bu makalenin de amacı, bu hava sahası sorunlarını anılan iki devletin ulusal düzenlemeleri ve uluslararası hukuk kuralları açısından değerlendirmektir.

Anahtar Sözcükler: ulusal hava sahası, uluslararası hava sahası, karasuları, Chicago Sözleşmesi (1944), Ege Hava Sahası, FIR, NATO. Abstract:

Abstract: Turkey and Greece have come a long way since tensions in the Aegean Sea since 1973 and they were on the verge of war three times. On this account many layers of legal disputes have arisen relating to the breath of territorial seas, the continental shelf, airspace, military over-flights of sovereign territory, militarisation of islands contrary to treaties and exclusive economic zones. However nowadays there is normalisation process between two countries with frequent bileteral talks.Thanks to these negotiations, no conflicts have arisen between Turkey and Greece in the Aegean airspace since July 2013.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The Aegean disputes related to airspace issues, in essence, are legal disputes involving political and technical aspects. The can be classified in three groups: 1) The Greek claim of 10 miles of airspace despite its 6 miles territorial sea limit; 2) FIR (Flight Information Region) problems and 3) the NATO Airspace Control Issues. The aim of this article is to examine these airspace problems with regards to national regulations of these two countries and international law rules.

Keywords: national airspace, international airspace, territorial waters, Chicago Convention (1944), Aegean Airspace, FIR, NATO.

GİRİŞ

Fiziksel özelliklerini ruhuna da yansıtan Ege Denizi, her zaman kıyıdaş devletlerin çıkar çatışmaları ile karşı karşıya kalmıştır. Yunanistan ve Türkiye arasındaki sorunlar zaman zaman bu devletleri savaşın eşiğine getirmiştir. Birbiri ile zincirleme bağı olan bu sorunlardan biri de hava sahasının genişliği ve kullanımına ilişkindir.

Devletler arasında hukuki bir konu üzerinde ortaya çıkan bir anlaşmazlık uluslararası hukuk uyuşmazlığı olarak nitelendirilirken, siyasi gerilim, taraflardan birinin ya da her ikisinin de isteklerini genişletme eğilimini güçlendiren karşıtlığın ağır bastığı bir olgudur. Siyasi gerginliğin hedefi, güç ilişkilerinin değiştirilmesidir. Ne zaman ki uluslararası çatışmalar siyasal yönlerinden ayrılır, işte o zaman uzlaşmazlık noktaları tam olarak ortaya çıkarılabilir.[1] Türkiye ve Yunanistan arasında da Ege Denizi sorunları hukuki ve siyasi uyuşmazlıklar nedeni ile uzun süredir bir gerilime neden olmaktadır. Bu iki devlet henüz aralarındaki hukuki uyuşmazlıklar konusunda bile mutabık kalamamaktadır. Türkiye'nin hukuki uyuşmazlık olarak gördüğü pek çok konuyu Yunanistan hukuki uyuşmazlık olarak nitelendirmekten kaçınmaktadır. Anılan gerekçe ile de sorunların bir uluslararası mahkemede çözülmesi imkânsız hale gelmektedir. 1973 yılında iki devlet arasında kıtasahanlığına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlık, çözüm bekleyen çok sayıda sorunlar paketi yaratmıştır. Egemenliği dev-

[1] KATSOUFROS, Theodoros, "*Ege Denizi ile İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları*", Türk-Yunan Uyuşmazlığı (der: VANER, Semih), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, s.76.

redilmemiş adalar, adaların silahlandırılması, karasularının genişliği, hava sahası ve buna bağlı sorunlar, kıtasahanlığı ve münhasır ekonomik bölge Ege Denizi'nde çözüm bekleyen sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[2]

Bütün bu sorunlara rağmen İki NATO müttefiki olan Yunanistan ve Türkiye arasında en azından belli süredir suların durulduğu bir döneme girilmiştir. Bunun nedeni de bir süredir iki ülke arasında devam eden istikşafi görüşmelerdir.[3] Dışişleri Bakanlığı'nın çok önem verdiği ve üzerinde hassasiyetle durduğu 2002 yılında başlayan bu görüşmeler gizli nitelikte olup 55.si 9 Eylül 2013'te gerçekleştirilmiştir. Günümüze kadar toplam 55 defa gerçekleştirilen bu temaslardan henüz bir sonuç alınamasa da Ekim 2013 itibariyle son 3 ay içerisinde Ege Hava Sahası'nda herhangi bir gerilim yaşanmamıştır. Ayrıca muharip deniz güçleri de denizde karşı karşıya gelmemiştir.[4] Bu görüşmelerin içeriği bilenemese de bu konuda 6 Ağustos 2013'te TBMM'ye sevk edilen "Türkiye ile Yunanistan Hükümeti Arasında Denizcilik Alanında İşbirliğine İlişkin Kanun Tasarısı" bize bir ipucu vermektedir. Bu Kanun, iki ülke arasında deniz ticareti ve turizm alanında işbirliğine ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.[5] Barışçıl nitelikteki bu girişimler, Yunan jetlerinin Türk jetlerine yönelik tacizlerini durdurmuştur.[6]

---

2 *Kurumahmut*, Ege Denizi'ndeki sorunları, *Temel Sorun* (egemenliği devredilmemiş adalar), *Ana Sorunlar* (karasuları sorunu, kıtasahanlığı ve münhasır ekonomik bölge, hava sahası sorunları, askerden arındırılmış adalar sorunu) ve *diğer sorunlar* (arama ve kurtarma sahalarının sınırlandırılması) olarak sınıflandırarak bunları hangi devletin uyuşmazlık konusu olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Bkz. KURUMAHMUT, Ali; YAYCI, Cihat, Temel Deniz Hukuku: Savaş ve Barış Dönemi, Deniz Basımevi Müdürlüğü, İstanbul, 2011, s.135. Ayrıca bkz. VAN DYKE, Jon M., "*An Analysis of theAegeanDisputes Under International Law*", Ocean Development& International Law, Vol:36, 2005, s.63.

3 Ayrıntılı olarak bkz. http://www.mfa.gov.tr/turkiye-yunanistan-siyasi-iliskileri.tr.mfa. (21.10.2013)

4 2011 yılı itibariyle son beş yıl içinde bir Türk pilotunun doğrudan Yunan askerlerinin açtığı ateşle, iki Yunan pilotunun çarpışma neticesinde, iki Yunan ve bir Türk pilotun ise eğitim uçuşlarındaki kaza neticesinde hayatını kaybettiği düşünüldüğünde bunun ne kadar önemli bir gelişme olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Bkz. "*Türkiye ve Yunanistan: Ege'deki Anlaşmazlığı Çözmenin Zamanı*", International CrisisGroup, Avrupa Brifingi No:64, İstanbul/Atina/Brüksel, 19 Temmuz 2011, s.10.

5 http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/235759.pdf. (18.10.2013)

6 En son 11 Temmuz'da Sisam Adası'nın kuzey batısında, Ege uluslararası hava sahasında eğitim uçuşu gerçekleştiren Türk F-16 uçağına, Yunanistan'ın Limni Adası'ndan kalkan F-16 uçakları tarafından, 1 dakika süre ile radar kilidini mu-

Bu çalışmada güncelliğini her daim koruyan ve günümüzde olumlu gelişmelerin yaşandığı Türkiye ve Yunanistan arasındaki hava sahası sorunları, uluslararası hukuk kuralları kapsamında ele alınarak değerlendirilmiştir. Ege'deki hava sahası sorunları üç temel başlık altında incelenmiştir. İlki, ulusal hava sahasının sınırı/genişliği sorunu; ikincisi, teknik bir konu olan FIR (uçuş bilgi bölgesi) sorunu, üçüncüsü de NATO kapsamında hava kontrol sahaları sorunudur.[7]Mevcut diğer sorunlar çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sorunlar değerlendirilmeden önce konuya ilişkin uluslararası hukuk kuralları ile Yunanistan ve Türkiye'nin ulusal düzenleme ve uygulamalarının incelenmesi gerekmektedir.

I. Türkiye ve Yunanistan Arasındaki Hava Sorunlarında Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Kuralları

Hava hukuku denildiğinde hava sahası ve ondan yararlanma ile ilgili bütün hukuk kuralları anlaşılmaktadır. Daha kapsamlı bir ifade ile hava hukuku kavramı içine, kısaca havacılık adıyla anılan havada ulaşım ve ona bağlı ilişkileri inceleyen kurallardan başka, havadan ses ve elektrik dalgalarını aktaran telsiz telgraf-telefon, radyo ve televizyon gibi her türlü iletişim ve haberleşme yöntemlerine ilişkin kurallar ile meteoroloji kuralları da girmektedir.[8] Dar anlamda hava hukuku ise, sadece havacılık ile sınırlı hukuk kurallarını kapsamaktadır.[9]

Hava sahasının hukuki statüsü konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, hava sahası açık denizler gibi uluslararası

---

hafaza etmek suretiyle tacizde bulunulmuştur. Yılın ilk 6 ayında Yunan jetleri, Türk jetlerine, 67 defa tacizde bulunmuştur. Ayda ortalama 10'un üzerinde jet tacizinin yaşandığı bir süreçte, 11 Temmuz'dan (2013) bugüne kadar iki ülkenin jetleri arasında hiç bir gerilimli durumun olmaması dikkat çekmiştir. Ege Denizi'ndeki Türk karasularına yönelik Yunanistan'ın ihlali ise, en son 30 Haziran'da yaşanmıştır. Son iki aylık dönem içinde Ege Denizi'nde havada ve denizde muharip unsurlar arasında bir sorun yaşanmaması, iki ülke arasında Ege'de barışın tesisi ve işbirliği konusunda kamuoyuna duyurulmayan önemli bir mutabakata varıldığı izlenimine neden olmuştur. http://gundem.milliyet.com.tr/jetlerin-kapismasidurdu/gundem/detay/1759941/default.htm. (10.10.2013)

7 Benzer yönde bkz. SYRIGOS, Angelos, M., TheStatus of theAegeanSeaAccordingto International Law, Sakkoulas, Athens, 1997, s.16.

8 AKİPEK, Ö.İlhan, Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, AÜHF Yayını, Ankara, 1959, s.5.

9 PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri: II. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s.437.

topluluğun bütün üyelerinin yararlanmasına açık olmalıdır. Bir engelle karşılaşılmaksızın bütün teknolojik gelişmelerden yararlanılmasını amaçlayan bu görüş, devletlerin çıkarları ile güvenliğinin sağlanması konusuna önem vermez.[10] Ancak hava sahası dikey bir alan olduğundan ülke güvenliği ile daha yakın bir ilişki içindedir. Yatay bir alan olan açık denizden bu yönüyle olan farkı göz ardı edilmemelidir. Diğer bir görüş ise, bu sorunu devletin çıkarları açısından ele alarak hava sahasının sınırlanmamış bir yüksekliğe kadar devletin egemenliğine tabi olduğunu ileri sürmüştür.[11] Günümüz uygulamasında ise, hava sahası üzerinde devletin egemenlik hakkı olduğu kabul edilmektedir. Hava sahasında devlet egemenliğine getirilen kısıtlama, devletin yapmış olduğu iki ya da çok taraflı antlaşmalardır. Ancak egemenlik ilkesinden hareket edilmesi, bazı konularda işbirliği sağlanmasını güçleştirmektedir.

Havacılık hukukundaki gelişmelerin 18. yy. sonlarında balonun yapılması ile ortaya çıktığı söylenebilir. Havacılık ile ilgili kural arayışları savaş hukuku içinde de varlık bulmuştur. Lahey Sözleşmeleri ile havadan patlayıcı madde atılması yasaklanmıştır.[12] I. ve II. Dünya Savaşları sırasında havadan gelebilecek tehlikelere karşı önlem alınması zorunluluğu, uygulamada devletin ülkesi üzerindeki hava sahasının devletin mutlak egemenliği altında olmasını gerekli kılmıştır. Bu nedenle I. Dünya Savaşı sonrasında konuya ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. 1919 Paris Sözleşmesi'ni, 1926 Madrid Sözleşmesi ile 1929 Havana Sözleşmeleri takip etmiştir.[13]

Uluslararası hava ulaştırması konusunda ilk çok taraflı sözleşme, 13 Kasım 1919 tarihinde Paris'te imzalanan "Hava Seyrüseferinin Düzenlenmesine İlişkin Sözleşme"dir. Bu sözleşme, tarafı olan devletlerin sivil uçaklarına, egemenliklerine tabi olan hava sahasında zararsız geçiş hakkı tanıma yükümlülüğü getirmiştir. Zararsız geçiş, askeri gerekçeler ve güvenlik nedenleriyle kısıtlanabilir. Taraf devletler, kabo-

10 Bkz. TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.45; AKİPEK, ss.15–31.

11 TOLUNER, s.45.

12 PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri II, s.438.

13 Sözleşmelerle ilgili bilgi için bkz. MILDE, Michael, International Air Law and ICAO, Eleven International Publishing, The Hague, 2012, ss.5-13; GÜNEL, Reşat, V., Uluslararası Havacılık Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, ss.63-66.

taj hakkını[14] kendi uçaklarına saklı tutmuştur. Bu sözleşmenin eksik tarafı, uluslararası tarifeli hava seferlerini bu düzenin dışında tutmasıdır. Sözleşme'ye göre bu seferler ancak devletin rızası ile gerçekleştirilebilir.[15] Ardından kabul edilen 1944 tarihli "Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi" (Chicago Sözleşmesi) 1919 tarihli Sözleşme'nin yerini almak üzere hazırlanmış ve büyük ölçüde aynı ilkeleri benimsemiştir. Chicago Sözleşmesi, 4.4.1947'de yürürlüğe girmiştir.[16] Bu Sözleşme, uluslararası hava (kamu) hukukunun (*public international air law*) Magna Carta'sı olarak kabul edilmektedir. Sözleşme'nin gereklerinin yerine getirilebilmesi amacıyla anılan Sözleşme ile Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) kurulmuştur. Günümüzde 191 üyesi bulunan ICAO uluslararası sivil havacılığı düzenleyen bir Birlemiş Milletler (BM) uzmanlık kuruluşudur.[17]

Uluslararası hava hukuku, Chicago Sözleşmesi'nde de kodifiye edildiği üzere iki temel ilkeye dayanmaktadır. İlki, tüm devletlerin kara ve deniz ülkesi üzerindeki hava sahasında tam ve münhasır yetkiye sahip olması; ikincisi ise, ilki ile paralel olarak açık denizler üzerindeki hava sahasının tüm devletlere açık olması dolayısı ile egemenliğe ve herhangi bir devletin yargı yetkisine konu olmamasıdır.[18] Bu konuya ilişkin Sözleşme'de doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte 12. maddesine göre, açık denizlerde Sözleşme esaslarına göre vaaz edilmiş kuralların uygulanması öngörülmüştür. Açık denizler bütün devletlerin kullanımına açıktır.[19]

---

14 Bir ülkenin bir yerinden diğer bir yerine yolcu, posta ve yük taşıma hakkı.

15 TOLUNER, s.49.

16 Paris Sözleşmesi'nden farklı olarak Chicago Sözleşmesi'nin 5. maddesinde tarifeli uluslararası seferlerini yapmayan uçaklara havadan transit olarak geçiş yapma hakkının yanı sıra önceden izin almaksızın ticari olmayan amaçlarla yere inme hakkı tanınmıştır. Tarifeli uçuşlar Sözleşme'de düzenlenmiş olmakla birlikte, uçağın ineceği devletin özel izni şartına bağlanmıştır. (m.6) Bununla birlikte tarifeli uçuşlara ilişkin Uluslararası Hava Serbesti Antlaşması ve Beş Serbesti Antlaşması adında iki ek sözleşme daha yapılmıştır. Ancak devletler bu ek antlaşmaları onaylama yerine iki taraflı antlaşma yapmayı tercih etmektedir. Sözleşme metni için bkz. http://www.icao.int/publications/pages/doc7300.aspx. (201.10.2013)

17 Bkz.http://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx. (19.10.2013); Ayrıca bkz. MILDE, ss.127–205.

18 BÖLÜKBAŞI, Deniz, Turkey and Greece, The Aeagean Disputes: A Unique Case in International Law, Cavendish Publishing, London, 2004, s.605.

19 BÖLÜKBAŞI, ss.605–606.

Ulusal hava sahasında her devlet, o alan üzerinde tam ve münhasır yetkilere sahiptir, ülke devletinin egemenliği geçerlidir. Hava ulaşımı konusunda deniz ulaşımından farklı olarak yerleşik uluslararası örf adet hukuku kuralları bulunmadığından karasularında uygulanan *zararsız geçiş hakkı* hava sahasında uygulanmamaktadır.[20] Buradan çıkan sonuç şudur: her devlet uluslararası bir yükümlülüğü olmadıkça ülkesi üzerindeki uçuşları istediği gibi düzenleyebilir ve gerektiğinde yasaklayabilir. Bu da izinsiz gerçekleştirilen uçuşların egemenliğin ihlali anlamına geleceğini göstermektedir.

Chicago Sözleşmesi'nin 1 ve 2. maddelerine göre, kara ülkesi ve karasularının üzerindeki saha, devletin ulusal hava sahasını teşkil eder. Devletin egemenliği karasularının bittiği yerde son bulur. Açık deniz üzerindeki hava sahası üzerinde hiçbir devletin egemenlik yetkisi yoktur. Benzer şekilde kıyı devletinin kıtasahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinin olması bu deniz alanları üzerinde de devletlere egemenlik yetkisi vermez. Öte yandan ICAO, uluslararası hava sahasında uyulması gereken bazı kurallar da belirlemiştir. Ancak bu kurallar sadece sivil uçaklar için geçerli olduğundan devlet uçakları bu kurallardan etkilenmez.[21]

1958 tarihli Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, devletin egemenliğinin karasularının üzerindeki hava sahasını da kapsadığını belirtmektedir. 1958 tarihli Karasuları Sözleşmesi'nin 2. maddesini aynen tekrarlayan 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)[22] madde 2/2'ye göre, kıyı devletinin egemenliği karasularının üzerindeki hava sahasını da kapsamaktadır. Hava sahasının hukuki statüsünün karasularınınki ile aynı olması, uluslararası hukukun bir genel ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun tek istisnası önce de belirtilen gemilere karasularında zararsız geçiş hakkı tanınmışken, uçaklara karasuları üzerindeki havasahasında böyle bir hak verilmemiş olmasıdır.[23]

---

20 SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.374.
21 SUR, s.376.
22 Sözleşme için bkz. http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm (10.10.2013)
23 KATSOUFROS, s.86 ss.76-106.

Uluslararası hava sahasında geçerli hukuki rejim ise serbestliktir. Konuya ilişkin olarak 1982 tarihli BMDHS madde 87/1'de açık deniz üzerinde bulunan hava sahasında bütün devletlerin uçuş serbestisi olduğunu düzenlenmektedir. Bitişik bölge ve münhasır ekonomik bölge üzerindeki hava sahasında da uçuş serbestliği ilkesi geçerli olacaktır.

Chicago Sözleşmesi'nin 2. maddesinde ulusal hava sahası ile ilgili olarak, "bu Sözleşme'nin amaçları açısından bir devletin ülkesi deyimiyle bu devletin toprakları ve bu topraklara bitişik olan yine aynı devletin egemenliği altında bulunan karasularının kastedildiği" düzenlemesi yer almaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu Sözleşme'nin amacının devletlerin hava sahasını belirlemek olmadığıdır. Sadece devletlerin egemenliğinin devletin kara ülkesi ve deniz alanlarında olduğu gibi hava sahasında da geçerli olduğunu teyit etmektedir. O nedenle bir devletin hava ülkesini belirleyebilmek için öncelikle karasularının belirlenmesi gerekmektedir. O nedenle de deniz hukukuna ilişkin sözleşmeler de uluslararası hava hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilir hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Ege Denizi'ndeki karasularının genişliğine ilişkin sorun[24], hava sahası sorunları ile birlikte bir madalyonun iki yüzünü oluşturmaktadır. Bir devletin hava ülkesinin sınırını deniz ülkesi, deniz ülkesinin sınırını da karasularının dış sınırı belirlemektedir. O nedenle öncelikle Yunanistan ve Türkiye'nin karasularına ilişkin mevzuat ve uygulamalarını konuya ilişkin deniz hukuku sözleşmelerinin ilgili hükümleri ve örf adet hukuku kuralları kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

II. Yunanistan'ın Deniz ve Hava Hukuku'na İlişkin Ulusal Düzenlemeleri ve Uygulamaları

Yunanistan, 19. yüzyılın sonuna kadar karasuları genişliğini gümrük, sağlık gibi konularda farklı amaçlar ile herhangi bir ulusal mevzuatında "karasuları" terimine yer vermeksizin uygulamıştır. I. Dünya Savaşı sırasında Yunanistan'ın karasuları ve hava sahasına ilişkin politikasında güvenlik kaygısı ve ekonomik nedenler ön plana çıkmıştır. O dönemde denizcilik ve balıkçılık alanındaki gelişmelere koşut ola-

24 Bu konuda bkz. ODMAN, Tevfik, "*Ege'de Türk-Yunan Karasuları Genişliği Sorunları*", Deniz Hukuku Sempozyumu, Çağ Üni. Yayınları No:18, 2012, ss.83–112.

rak denizlerin serbestisi ilkesini benimsemiştir. Yunanistan, karasularının genişliğini, tek taraflı olarak 6 mile çıkardığı 1936 yılına kadar 3 mil olarak kabul edilmiştir.[25] Oysa o dönemde karasularının genişliği Lozan Antlaşması'nda 3 mil olarak belirlenmiştir. Nitekim 1931–1936 yılları arasındaki değişik düzenlemelerine bakıldığında Yunanistan'ın da 3 mili kabul ettiği görülmektedir. Ancak 1936 yılında çıkarılan 230 sayılı Kanun, karasularının genişliğini sahilden itibaren 6 mil olarak belirlemiştir.[26]Bundan önce de1931 tarihli 5017 sayılı Kanun'da yer alan karasularının genişliğinin "hava seyrüseferi ve hava polisliği" amacıyla 10 mil olduğunu düzenleyen "Havacılık ve Kontrolü Amacıyla Karasularının Genişliğinin Saptanması" hakkında 6/18 Eylül 1931 tarihli Kraliyet Kararnamesi çıkarılmıştır.[27]Anılan Kararname'nin dayanağı, Yunanistan'ın 1921 tarihli Kanun ile onaylayarak taraf olduğu "Hava Seyrüseferinin Düzenlenmesine İlişkin 1919 Paris Sözleşmesi" ve 13 Haziran tarihli "5017 sayılı Sivil Havacılık Kanunu"'dur.[28] 5017 sayılı Kanun'a bakıldığında karasularına ilişkin özel bir düzenleme olmadığı görülür. Sadece Kanun'un 2. maddesinde Yunanistan'ın kendi hava sahasında tam ve mutlak bir egemenlik yetkisi olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemede yer alan Yunan ülkesinden anlaşılan ise, "Yunanistan'ın karasuları ve üzerindeki hava sahası"dır.[29] Yunanistan'ın bu durumu ICAO'ya bildirimi ancak 1974 yılında Yunan Hava Bilgilendirme Yayını (AIP)(para. 1.2.1) ile gerçekleşmiştir. Ancak burada 10 millik hava sahası uygulaması, 5017 sayılı Kanun'dan farklı olarak "sivil havacılık ve hava polisliği" amaçlarına yönelik belirlenmiştir.[30]

Görüldüğü üzere Yunanistan, 6.9.1931 tarihli bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile o tarihte 3 millik[31] karasularına sahip bulunmasına rağmen, hava sahası genişliğini 10 mile çıkarmıştır. Ancak yine de Yunanistan'ın, "*hava sahasının dış sınırının karasularının dış sınırına göre belirleneceği*" ilkesine uygun görünme gayreti içinde olduğu dik-

25 ÖZMAN, Aydoğan, "*Ege Karasuları Sorunu*", AÜSBFD, C.LXIII, S.3–4, 1988, s.176.
26 UN Legislative Series, ST/LEG.SER.B/6, 1956, s.18.
27 BAŞEREN, Sertaç, Ege Sorunları, TÜDAV Yayınları, No:15, Ankara, 2003, s.113.
28 Decree of 6/18 September 1931 to Define TheExtent of theTerritorialWatersforthePurposes of Aviationandthe Control There of https://www.un.org/depts/los/.../PDFFILES/GRC_1931_Decree.pdf
29 UN Legislative Series, ST/LEG.SER.B/6, 1956, s.18.
30 BAŞEREN, s.173.
31 Mil olarak deniz mili (nautical mile NM) olarak kullanılmaktadır.

kat çekmektedir. Çünkü Yunanistan, sözkonusu Kararname ile doğrudan hava sahasını 10 mil ilan etmek yerine karasuları genişliğini belli konularda 10 mil ilan etme yolunu seçmiştir.[32] O dönemde bir hava aracının motorunun sesinin duyulabildiği mesafe düşünüldüğünde Yunan akademisyenler ve diplomatlar emsalsiz bir uygulamaya imza atıldığını belirtmişlerdir.[33]

1960 yılının sonlarına gelindiğinde ise Yunanistan, güvenlik endişeleri nedeniyle ulusal deniz ve hava sahasını genişletme eğiliminde olmuştur. Özellikle 1974 yılında Türkiye'nin gerçekleştirdiği Kıbrıs Barış Harekâtı bu endişelerini daha da artırmıştır. Birleşmiş Milletler III. Deniz Hukuku Konferansı sırasında da Yunanistan karasularının 12 mile çıkartılması gerektiğini savunmuştur.[34] BM şemsiyesi altında deniz hukukuna ilişkin düzenlenen bütün konferanslara katılan Yunanistan, kabul edilen bütün Sözleşmeleri de onaylamıştır. Bunlardan 1982 tarihli BMDHS, son derece kapsamlı olup günümüzün deniz hukukuna ilişkin en önemli kaynaklarından biridir. Yunanistan'ın karasuları ile ilgili son düzenlemesi de bu Sözleşme'yi onaylayan 1995 tarihli 2321 sayılı Kanun'dur.[35] İlgili Kanun'un 2. maddesinde Yunanistan'ın karasularını 12 mile çıkarma konusunda Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca vazgeçilmez haklara sahip olduğu düzenlenmektedir. Ancak günümüzde Yunanistan'ın karasuları genişliğine ilişkin uygulaması 6 mildir.[36] Sonuç olarak 6 millik karasuları uygulaması, sivil havacılık ve hava polisliği konularında 10 mile çıkmaktadır.[37]Buna göre Yunanistan, üzerinde helikopter bulunan bir geminin 10 mil ge-

---

32 PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri II, s.442.

33 "Türkiye ve Yunanistan: Ege'deki Anlaşmazlığı Çözmenin Zamanı", s.9.

34 ASSONITIS, George, "*The Greek Airspace: The Legality of a 'Paradox'*", Journal of Legal Studies, Vol:8, s.163.

35 Bkz. BAŞEREN, s.113.

36 1982 tarihli BMDHS, karasuları konusunda bugüne kadar üzerinde uzlaşma sağlanamayan genişlik sorununa ilişkin önemli yenilikler getirmiştir. Sözleşme'nin 3. maddesi ile bu genişliğin karasularının ölçülmeye başladığı esas hatlardan itibaren en çok 12 mile kadar uzanabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, karasularına ilişkin olarak bütün devletler için geçerli sabit bir genişlik belirlememiş, onun yerine aşılmaması gereken bir sınır (bir tavan) tespit etmiştir. Bkz. ÖZMAN, Aydoğan, "*Deniz Hukukunda Yeni Gelişmeler*", Ege'de Deniz Sorunları Semineri, AÜSBF Yayınları, No:552, Ankara, 1986, s.19. Sözleşme'de bu düzenlemenin sınırı 300. maddesi ile bu hakkın kötüye kullanılmaması yönünde bir kısıtlama getirdiği görülmektedir.

37 BÖLÜKBAŞI, s.577.

nişliğindeki bölge içerisine girmesini ihlal saymazken, bu bölge içerisinde, gemideki helikopterin havalanması durumunu ihlal olarak kabul etmektedir.[38]Yunanistan'ın güvenlik endişelerine dayandırdığı bu uygulamasının tarafı olduğu Chicago Sözleşmeleri'ne aykırı olduğu görülmektedir.[39]

Esasında Türkiye ve Yunanistan arasında 1974 yılında gerçekleşen Kıbrıs Barış Harekâtı'na kadar geçen süreçte herhangi bir hava sahası sorunu yaşanmamıştır. Devletlerin karşılıklı olarak askeri nitelikte önlemler alması ve Yunanistan'ın ulusal mevzuatında var olan düzenlemeleri uygulamaya koyarak uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmesi neticesinde günümüze kadar süregelen sorunlar ortaya çıkmıştır. Önce de ifade edildiği gibi uygulanan uluslararası hukuka göre ulusal hava sahası, bir devletin egemenliği altında bulunan kara ülkesi ile buna bitişik olarak yer alan içsularının ve karasularının üstünde bulunan hava sahasıdır. Öyleyse bir devletin ulusal hava sahasının dış sınırı, karasularının bittiği çizgi olmaktadır. Bu durum gerek uluslararası antlaşmalar gerek devlet uygulamaları ile teyit edilmiştir. Devletlerin uygulamalarında bu duruma ters düşen tek örnek, Yunanistan'ın ulusal hava sahasıdır.[40]

III. Türkiye'nin Deniz ve Hava Hukukuna İlişkin Ulusal Düzenlemeleri ve Uygulamaları

Osmanlı Dönemi'nde karasuları genişliği uygulamasının çeşitli düzenlemelere bakılarak 3 mil olduğu söylenebilir.[41] 1964 yılına kadar da Türkiye'nin ulusal mevzuatında karasularına ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Lozan Antlaşması'nın sonucu olarak bu tarihe kadar 3 mil olan karasuları genişliği, 476 sayılı Karasuları Kanunu[42]'nun 1/1. maddesi ile 6 mile çıkarılmıştır. Aynı Kanun'un 2. maddesine göre Türkiye, daha geniş karasuları kabul eden ve uygu-

38 YÜCEL, Serhan, "Ege'de Bitmeyen Sorunun Bir Unsuru Olarak Türk ve Yunan Karasuları ve Ulusal Hava Sahaları", Güvenlik Stratejileri Dergisi, Vol: 12 / 2010, s.95, ss. 83101.

39 Bkz.*www.icao.int/secretariat/legal/.../**greece**_en.pdf.* (20.10.2013)

40 PAZARCI, Hüseyin, "*Lozan Antlaşması'ndan 1974'e kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası*", Üçüncü Askeri Tarih Semineri: Türk-Yunan İlişkileri, Ankara, 1986, ss.26–29.

41 BAŞEREN, s. 115.

42 RG, 24 Mayıs 1964, S.11711.

layan devletlere karşı, "karşılıklılık" esasında daha geniş karasuları kabul etme ve uygulama hakkını korumuştur. 20 Mayıs 1982 tarihinde çıkardığı 2674 sayılı Karasuları Kanunu[43] ile bu Kanun'u yürürlükten kaldırarak 1. maddesi ile karasuları genişliğinin 6 mil olduğunu ilan etmiştir. Ayrıca Hükümet'e hakkaniyet ilkesine ters düşmeyen durumlarda belirli denizlerde daha geniş karasuları ilan etme yetkisi de vermiştir. 29 Mayıs 1982 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi de önceki uygulamayı aynen kabul etmiştir.[44] Böylece Ege'de 6 mil olan karasuları genişliği, Karadeniz ve Akdeniz'de 12 mil olarak uygulama alanı bulmuştur.

TBMM, 8 Haziran 1995'te Yunan Hükümeti'nin Lozan Dengesi'ni bozacak şekilde karasuları genişliğini 6 milin üzerine çıkarması halinde Türkiye'nin hayati çıkarlarını korumak için Türk Hükümeti'ne her türlü yetkinin verildiğini Yunan ve Dünya Kamuoyu'na dostane duygular ile duyurmuştur.[45] Türkiye bu konudaki hassasiyetini 12 millik karasuları düzenlemesi nedeniyle 1982 tarihli BMDHS'ne taraf olmayarak da göstermiştir. Böylece bu düzenlemenin bir örf adet hukuku kuralı olmadığı iddiasını da ulusal düzenlemeleri ile desteklemektedir.

Hava hukuku bazı konularda deniz hukukuna paralel ve onu izleyen bir gelişme göstermiş olmasına rağmen henüz oldukça yeni bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu alanda örf adet hukuku kuralları henüz oluşum aşamasında olduğundan hava hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası antlaşmalara başvurulmaktadır. Türkiye, Yunanistan'ın aksine uluslararası hava hukukuna ilişkin ilk önemli çok taraflı düzenleme olan 1919 Paris Sözleşmesi'ne taraf olmamıştır.[46]Günümüzde geçerli olan uluslararası hava hukuku kurallarını kapsayan 1944 tarihli Chicago Sözleşmeleri'ne ise başından beri taraftır.

---

43 RG, 29 Mayıs 1982, S.17708.

44 RG, 29 Mayıs 1982, S.17708.

45 BAŞEREN, s.117. Ayrıca Yunanistan'ın iç hukukunda kabul etmiş olduğu 12 milin fiilen uygulanması durumunda bunun savaş nedeni (casus belli) sayılacağı hususunda TBMM'den bir karar çıkmıştır. Bkz. 8 Haziran 1995 tarihli TBMM kararı.

46 Bu Sözleşme, her devlete kendi ülkesi üzerindeki hava sahasında egemenlik hakkı tanımaktadır. Ancak Sözleşme, diğer devletlerin sivil uçaklarına zararsız olmak ve kurallara uymak koşulu ile uçuş serbestîsi tanımaktadır. Öte yandan askeri uçakların uçuş yapabilmeleri özel izne tabiidir. Sözleşme için bkz. *library.arcticportal.org/1580/1/**1919_Paris**_conevention.pdf* (20.10.2013)

Hava hukukuna ilişkin Türk mevzuatına baktığımızda uluslararası hava hukuku kurallarına paralel düzenlemeler içerdiği görülmektedir. 14.10.1983 tarihli 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre, "*Türk hava sahası kara ülkesi ve karasuları üzerindeki hava sahasından oluşup devletin tam ve münhasır egemenliği altındadır.*" Türk devlet hava araçları ve Türk Uçak Sicili'ne kayıtlı hava araçları dışında kalan her türlü hava aracının Türk hava sahasından geçişi, bir antlaşmada aksi öngörülmemişse, Ulaştırma Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır. Ayrıca Bakanlar Kurulu, kamu düzeni ve güvenliği ile askeri nedenlerle belli bölgeleri ya da Türk hava sahasının tümünü uçuşa yasaklayabilir. Yabancı hava kuvvetlerinin Türk havaalanlarını ve üslerini ziyaret edebilmeleri için en az 15 gün önceden diplomatik yolla hükümetten izin almaları gerekmektedir.[47]

Görüldüğü üzere Türkiye, düzenlemeleri ile ulusal hava sahası üzerinde tam ve mutlak bir egemenliğe sahip olmanın yanı sıra karasuları ve hava sahası uygulamasında paralellik ilkesini benimsemiştir. Karasuları ile ulusal hava sahası uygulaması özdeştir. Uluslararası hukukta kıyı devletlerine farklı amaçlar için farklı genişlikte karasuları ilan etme olanağı tanınmamaktadır. Aksine uluslararası hukukta karasuları ve hava sahası arasında bir özdeşlik olması gerektiği yönünde bir ilke bulunmaktadır.[48]Türkiye bu konudaki kararlılığını Yunanistan'ın 10 millik hava sahası uygulamasına gösterdiği tepkiler ile de ortaya koymuştur. 1974 yılında ilk önce Türkiye ardından da ABD bu durumun kabul edilemez olduğunu belirtmişlerdir. Nitekim Türkiye, Yunanistan sahillerinden itibaren 6–10 mil arasındaki askeri uçuşlarını Yunan yetkililerden herhangi bir onay almaksızın gerçekleştirmiştir. Yunanistan da bu durumu diplomatik yollar ile kınamıştır. Benzer şekilde ABD de bu durum karşısında kendi Freedom of

47 Bu husus, "Yabancı Kuvvetlerin Türkiye Limanlarını, Hava Üslerini ve Hava Alanlarını Ziyaret Etmesi Hakkındaki Yönetmelik"in 1. maddesinde düzenlenmiştir. RG, 22.07.1996, S.12355. Aynı yönetmeliğe göre, hava araçlarının durum ve sayısını belirleme ve kalış süresini sınırlama hakkı bulunmaktadır. Verilen izin geri de alınabilir. Yine konuya ilişkin Hudut Bölgeleri Uçuş Yönetmeliği uyarınca tarifeli uçuşlar dışındaki Türk ve yabancı hava araçlarının Türkiye sınırlarına ve FIR çizgisine (uçuş bilgi bölgesi) yakın bölgelerde uçuş yapabilmeleri için izin almaları gerekmektedir. Bkz. RG, 22.04.1972, S.14167.

48 PAZARCI, Hüseyin, "*Ege Denizi'ndeki Türk Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü*", Türk-Yunan Uyuşmazlığı (der: VANER, Semih), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, s.118.

Navigation (FON) programı kapsamında hareket ederek NATO askeri tatbikatları kapsamında Yunan sahillerinden 6–10 mil içindeki hava sahasında gerçekleştirmiş olduğu tatbikatlarda Yunan yetkililerin iznine başvurmamıştır.[49]

III. Türkiye ve Yunanistan'ın Ulusal Düzenleme ve Uygulamalarının Uluslararası Hukuk Kuralları Açısından İncelenmesi

A. Uluslararası Hukuk Açısından Yunanistan'ın 10 millik Hava Sahası Uygulaması

Yunanistan'ın farklı amaçlarla eşi görülmemiş bir devlet uygulaması olan karasularının ötesinde hava sahası ilanı, "Bir Paradoksun Hukukiliği" başlığı altında bir Yunan akademisyen olan Assonitis'in de çalışmasına konu olmuş ve bu durum "paradoks" olarak nitelendirilmiştir. Ancak yazar çalışmasında, bu tür durumların uluslararası hukukta çeşitli gerekçelerle meşru kabul edilebileceğini iddia etmektedir.[50]

Bilindiği gibi Yunanistan tarafı olduğu 1982 tarihli BMDHS'ne dayanarak karasuları genişliğinin 12 mile kadar uzanabileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca bunun genel olarak kabul gören bir evrensel hukuk kuralı olduğunu da iddia etmektedir. Buna koşut olarak da aynı şekilde hava sahasının da bu mesafeye kadar uzanabileceğini ve bu genişliğin mutlaka karasuları ile aynı olması gerekmediği görüşündedir. Bir başka ifade ile resmi açıklamaları ve düzenlemelerinden anlaşıldığı üzere Yunanistan'a göre, bir ülkenin ulusal hava sahası kara ve deniz ülkesinden bağımsızdır. O nedenle de bazı durumlarda deniz ülkesinin ötesinde hava ülkesi olması mümkündür.[51] Türkiye ve ABD ise, bu uygulamanın uluslararası örf adet hukuku kuralarına aykırı olduğu gerekçesi ile kabul edilemeyeceğini ve hava ülkesi ile deniz ülkesinin sınırları arasında paralellik olması gerektiğini beyan etmişlerdir. Bir başka ifade ile Yunanistan'ın hava ülkesi karasularının bittiği yerde sona ermelidir. Türkiye'ye göre, karasularının genişliğinin 12 mile ka-

---

49 GALDORISI, George, "*Current Development: the U.N. Convention on the Law of the Sea: A National Security Perspective*", AJIL, Vol:89, 1995, ss.209–210.

50 ASSONITIS, s.160.

51 ASSONITIS, s.167.

dar uygulanabilmesi Ege Denizi'nin özel durumu nedeniyle mümkün değildir ve bu yönde Türkiye'yi bağlayan evrensel bir örf adet hukuku kuralı mevcut değildir.

Assonitis'e göre ise, 1931 tarihli Kararname, Yunan hava sahasını 10 mil olarak sabitlemeyip karasularından bağımsız bir hava koridoru (airbelt) oluşturmaktadır. 10 millik uygulama, sadece hava ulaşımı ve kontrol amaçlı olduğundan bu konular dışında karasuları ve hava sahası arasında bir paralellik bulunmaktadır. Yunanistan'ın güvenlik endişeleri ile ekonomik ve ticari amaçları birlikte düşünüldüğünde bu Kararname, uluslararası hukuka uygun bulunacaktır. Bir başka ifade ile Yunanistan 6 millik hava sahasında tam bir egemenlik uygularken, 6–10 millik hava sahasında daha sınırlı bir egemenlik uygulamaktadır. Uluslararası hukukta hiçbir kural 12 milin altında olmak şartı ile karasularından daha geniş bir alanda ulusal hava sahası uygulamasını yasaklamamaktadır.[52]Ancak incelenen uluslararası sözleşmelerde bu görüşü destekleyen bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir.

Öte yandan Yunanistan, bu uygulamaya yönelik çok uzun bir süre itiraz edilmemiş olmasını bu yönde bir örf adet hukuku kuralının oluşumuna bağlamıştır. Oysa İngiltere, II. Dünya Savaşı'nın başında bu uygulamayı protesto etmiştir. Ancak bunu daha sonra fazla tekrarlamamıştır.[53]Türkiye ise, ilk olarak 1974 yılında Kıbrıs Barış Harekâtı sonrasında bu uygulamayı kınamış ve kabul etmeyeceğini açıklamıştır.[54] Ardından protestolar daha sık ve etkili bir şekilde tekrarlanmıştır. ABD de karasularının ötesinde 10 millik hava sahası egemenliğini kabul etmediğini açıklamıştır.[55] 1931 sayılı Kararname'nin uluslararası hukuk ve uygulamasına aykırı olduğunu ve bu durumun tanınmayacağını resmi açıklamalarında açıkça belirtmişlerdir. Diğer bir deyişle, eğer ABD uçakları Ege Denizi'nde Yunanistan ya da Türkiye'den 6 mil ötede uçuş gerçekleştirirse, bu hava sahası uluslararası hava sahası olduğundan herhangi bir izin ya da bildirime gerek

52 ASSONITIS, s.169.
53 ASSONITIS, s.171.
54 Türkiye'nin itirazları hem uluslararası hukukun genel ilkelerine hem de bazı NATO belgelerine (AAP-6 ve NATINAD gibi) dayanmıştır. Bkz. İNAN Yüksel; ACER, Yücel, "*The Aegean Disputes*", The Europeanization of Turkey's Security Policy: Prospects and Pitfalls, Edt. KARAOSMANOĞLU, Ali; TAŞHAN, Seyfi, s.138.
55 Bkz. Periscope Daily DefenceCapsules, June 21, 1994 (LEXIS)

yoktur.[56] Yunanistan'ın 10 millik hava sahası uygulamasını resmen tanıyan bir devlet ya da uluslararası örgüt bulunmamaktadır.[57]

Yunanistan'a göre anında verilen tek tepki olan İngiltere'nin protestosu hukuki bir etki doğurmamıştır.[58] Türkiye'nin ve ABD'nin yıllar sonra gelen tepkileri Yunanistan'a göre haklı değildir. Bunu desteklemek için de *Anglo-Norwegian Fisheries* Davası örnek gösterilmektedir. Davada Uluslararası Adalet Divanı (UAD), belli bir uygulamaya yönelik itirazın 60 yıl geçtikten sonra yapılması halinde, bunun makul bir süre sayılamayacağını ifade etmiştir.[59] Bir başka ifade ile Yunanistan'a göre 1931 tarihli Kararname'ye "makul süre içinde" herhangi bir itiraz gelmemiştir. Yıllar sonra gelen bu protesto ve itirazların da herhangi bir hukuki etkisi olamaz.[60] Türkiye ise, bu durumdan ancak 1974 yılında haberdar olduğunu bildirmiş ve derhal de buna tepki göstererek hem ICAO hem de üyelerine Yunanistan sahillerinden itibaren 6–10 mil arasında kalan bölgenin tehlikeli olduğunu teleks yolu ile duyurmuştur. Bunu vurgulamak amacıyla da Ege'de 14 Mayıs 1975'te gerçekleştirilecek olan Deniz Tatbikatı'nın Yunanistan kıyılarından 6–8 deniz mili uzaklıkta gerçekleştirileceğini açıklamıştır. Bu durumu ICAO'ya çektiği bir mesajla da bildirmiştir. Yunan adalarına da 10 milden daha yakın mesafede uçarak tutumunda istikrarlı olduğunu ortaya koymuştur.[61]

Uluslararası hukuka aykırı bir iç hukuk düzenlemesinin tek bir devlet tarafından uzun süre uygulanmasının örf adet hukuku kurallarının oluşumu için gerekli şartları sağlamayacağı açıktır. Devletlerin iç hukuk düzenlemeleri kendi başına uluslararası hukukta hak yaratamaz.[62] 1923 yılında Lahey'de düzenlenen bir Hukukçular

56 ASSONITIS, 168.
57 BAŞEREN, s.177
58 ASSONITIS, s.173
59 Bkz. *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, 1951, ICJ. paras.138–139; http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1951.12.18_fisheries.htm. (21.10.2013)
60 Yunanistan, Türkiye'nin geç gelen itirazını pekçok uluslararası düzenlemede 10 mil hava sahası uygulamasının yer aldığını ve Türkiye'nin de bunu bildiğini ileri sürerek kabul etmemektedir. 24 Ocak 1936 yılında Türkiye, Yunanistan, Romanya ve Yugoslavya arasında imzalanan Balkan Sözleşmesi'nde anılan devletlerin mevcut ulusal düzenlemeleri kapsamında ulusal hava sahalarının kabul edileceği düzenlenmektedir. ICAO'ya kuruluşu sonrasında bu konuda bilgilendirme yapıldığını iddia etmektedir. Sonuç olarak Türkiye, bu uygulamayı bildiği halde 1974 yılına kadar hiçbir itirazda bulunmamıştır. Bkz. SYRIGOS, ss.117–118.
61 BAŞEREN, s.175.
62 Aynı yönde bkz. BÖLÜKBAŞI, s.602.

Komisyonu'nda İtalya, denize kıyısı olan devletlerin hava sahasının 10 mile kadar uzanabileceğini iddia etmiş; ama diğer devletlere bunu kabul ettirememiştir.[63]Demek ki devletlerin hiçbir zaman bu yönde bir iradesi oluşmamıştır. Yunanistan'ın 6–10 mil uygulaması tarafı olduğu Chicago Sözleşmesi'ne aykırıdır. Yunanistan'ın karasuları ve hava sahası özdeşliğini kabul eden bu Sözleşme'ye taraf olması uygulamasının bir *opinio juris* olmadığını göstermektedir. Öyleyse, bu uygulamanın Türkiye açısından da bağlayıcı bir örf adet hukuku kuralı haline geldiğini iddia etmek yerinde olmayacaktır.

Yunanistan her ne kadar bildirim konusunda bir zorunluluk olmasa da 1931 tarihli Kararname'yi yayımladıktan sonra ilgili tüm devletlere ve uluslararası örgütlere (ICAN ve ICAO) havacılık işlemleri (aviation) amaçları ile hava sahasını 10 mile çıkardığını bildirdiğini iddia etmektedir. 1957 yılında BM Genel Sekreterliği tarafından yayınlanan "Karasuları Rejimi'ne İlişkin Kanunlar ve Düzenlemeler" hem Kararname'yi hem de değişikliklerini içermektedir.[64]Bu doküman aralarında Türkiye ve ABD'nin de olduğu BM Deniz Hukuku Konferansları'na katılan bütün devletlerin ulusal rejimlerini gösteren bir bilgi kaynağıdır. Buradan hareketle Yunanistan, Türkiye'nin makul bir süre içinde bilgisi olduğu halde Kararname'ye itiraz etmeyişini *zımni kabul* olarak nitelendirmektedir. Bu nedenle de sonraki pozisyonun değişmesi önceki durumu etkilemeyecektir. Türkiye, 1974 yılına kadar hem Kararname'den haberdar olmuş hem de davranış ve tutumları ile bu durumu kabul etmiştir.[65] Yunanistan bu durumu *estoppel* olarak değerlendirerek Türkiye'nin önceki davranış ve tutumlarının sonraki savunmasını engellediğini ileri sürmektedir.[66]Sonuç olarak, Yunanistan'ın kararlı ve sürekli uygulaması ve bu konuda menfaati olan devletlerden makul bir süre içinde itiraz gelmemesi Yunanistan'ın Ege'deki ulusal hava savasını hukuki bir zemine oturtmaktadır. Türkiye ise, 1974 yılına kadar Kararname'nin kendisi için bir sır olduğunu ileri sürerek[67] Yunanistan'ın bu iddialarını kabul etmemektedir.

63 ASSONITIS, 164.
64 Air Law and Treaties of the World", Library of Congress (1965) 823–825.
65 ASSONITIS, s.175
66 GRIEF, Nickholas, Public International Law in the Airspace of the High Seas, Nijhoff, 1994, ss.66–69; BAŞEREN, s.175.
67 SYRIGOS, , s.116.

Yunanistan'ın sözkonusu uygulaması, Ege Denizi'ndeki uluslararası hava sahasının yarı yarıya azalması sonucunu doğurmaktadır.[68] Bu durum sadece Ege Denizi'ne kıyısı olan Türkiye'yi değil aynı zamanda bütün devletlerin yararlanabileceği uluslararası hava sahasını daraltmaktadır. Üstelik bu hava sahasında zararsız geçiş hakkı uygulamasının da olmadığı düşünüldüğünde seyrüsefer üzerinde ne kadar önemli bir kısıtlama getirdiği daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yunanistan'ın sözkonusu düzenlemelerine bakıldığında sivil havacılığa yönelik oldukları anlaşılmakla birlikte, 10 millik hava sahası uygulamasının aynı zamanda *askeri uçuşları* da kapsayabileceği yönünde de bir iddiası bulunmaktadır.[69] Kaldı ki "hava polisliği" teriminin uluslararası hukukta geçerli bir düzenlemesi ve uygulaması bulunmamaktadır. Ancak Yunanistan örneğinde olduğu gibi, bu terimin devletlere uluslararası hukukun tanıdığı hava sahasının ötesinde bazı egemenlik hakları vermesi sözkonusu olabilecektir ki böyle bir durum devletlerin iç hukuklarında yapmış oldukları düzenlemelerin sonucunda varlık bulamaz. Yunanistan'ın güvenlik açısından böyle bir ihtiyacı olduğu da gerçekleri yansıtmamaktadır.[70] Havacılık amacıyla olağan genişliğinin ötesinde karasuları ilan etmek hukuki açıdan bir hakkın kötüye kullanımı örneği olup pozitif hukukta bir dayanak bulamamaktadır.[71]

Sonuç olarak hiçbir deniz hukuku sözleşmesinde ya da örf adet hukuku kuralında devletlere farklı amaçlara yönelik karasuları ilan etme yetkisi verilmemektedir.[72] Devletler, ülke sınırlarının dışında hiçbir alanda egemenlik yetkisi iddiasında bulunamazlar. Altı açık deniz olan bir hava sahasının ulusal nitelik taşıması mümkün değildir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bu bağlamda Ege'de hava sahası sorunu konusunda, Türk tezini savunma amaçlı uzun yıllardır önleyici faaliyetlerde bulunmasına ve 10 millik hava sahası arasındaki bölgelerde uçaklarını uçurmasına rağmen, ülkedeki siyasi iktidarlar ile medya ve

---

68 BÖLÜKBAŞI, s.579. Ege Denizi'ndeki Yunan adalarının çokluğu düşünüldüğünde 10 millik hava sahası uygulamasının, Ege uluslararası hava sahasında Türk uçaklarının hareket serbestisini ne kadar engelleyeceği ortadadır.

69 BÖLÜKBAŞI, s.580.

70 BAŞEREN, s.178.

71 PAZARCI, Hüseyin, "*Lozan Antlaşması'ndan 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası*", Üçüncü Askeri Tarih Semineri Türk Yunan İlişkileri, Ankara, 1986, s.29.

72 PAZARCI, Hüseyin, "*Ege Denizi'ndeki Türk Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü*", s.118.

akademik kesimin, Türk tezini aynı kararlılıkta savunabilmekten uzak kaldığı ve dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetleri'nin attığı kararlı, ısrarlı ve somut adımları destekleyemediği görüşleri dikkat çekmektedir.[73]

B. Uluslararası Hukuk Açısından Yunanistan'ın FIR (Uçuş Bilgi Bölgesi) Uygulamaları

FIR, "kendine özgü ölçülerle hava sahasının tanımlandığı, içinde özellikle Uçuş Bilgi Hizmeti (FIS) ve Uyarı Hizmeti (AS) sağlanan havacılık bölgesidir".[74] ICAO'nun kuruluşunun ardından Örgüt bünyesinde gerçekleştirilen toplantılarda sağlanan mutabakatlar neticesinde bütün dünya atmosferi hava seyrüseferinin düzeni için ilgili hizmetlerin verildiği FIR hatlarına ayrılmıştır. Bir devletin kontrolünde devletin kara ve deniz ülkesinin büyüklüğüne göre bir ya da daha fazla FIR olması mümkündür. Hatta bunun ötesinde uluslararası hava sahasına uzanabilir. Öte yandan bir devletin kendi hava sahasında yürütülecek FIR hizmetlerinin sorumluluğunun başka bir devlete devredilmesi olanağı vardır.[75] Bununla birlikte kendisine ulusal hava sahası dışında sorumluluk verilen devlet, bu bölgede egemenlik iddiasında bulunamaz. Çünkü önce de belirtildiği gibi, uluslararası hukuk kurallarına göre devletler sadece kara ülkesi ve karasuları üzerindeki hava sahasında egemenlik yetkilerine sahip olabilecektir.

Türkiye ve Yunanistan arasındaki FIR sorununun ilki, Yunanistan'ın egemenliğinde olan FIR hattını ülke sınırı gibi göstererek hükümranlık iddiasında bulunması, ikincisi de Atina FIR sorumluluk alanına giren bütün askeri uçakların uçuş planı verme zorunluluğu olduğunu iddia etmesinden kaynaklandığı görülmektedir.

Ege'de uçuş güvenliğinin sağlanması amacıyla 18.10.1950–4.11.1950 tarihleri arasında ICAO'nun üyesi Ortadoğu bölgesi devletle-

---

73 YÜCEL, s.95.

74 GÜNEL, s.91; Chicago Sözleşmesi'nin "Hava Trafik Hizmetleri" başlıklı 11. Eki'nin ilk bölümü olan "Tanımlar" bölümüne göre Hava Trafik Hizmeti (Air Traffic Service), uçuş bilgi hizmeti (flight information service), uyarı hizmeti (alerting service), hava trafik tavsiye hizmeti (air traffic advisory service) ve hava trafik kontrol hizmeti (air traffic control service) gibi farklı anlamlara gelen jenerik bir terimdir. (Annex 11 to the Convention on International Civil Aviation, Air Traffic Services, Thirteenth Edition, July 2001, s.1-2)

75 GÜNEL, s.92.

rinin İstanbul'da gerçekleştirdikleri toplantıda FIR hatları saptanmış[76] ve Avrupa'da 1952 yılında Paris'te gerçekleştirilen Üçüncü Avrupa Bölgesel Seyrüsefer Antlaşması'nda onaylanmıştır.[77] Böylece Türkiye ile Yunanistan'ın egemenliği altındaki Doğu Ege Adaları arasındaki fiili karasuları sınırının batısında kalan alan Yunanistan'ın denetimine bırakılmıştır. Böylece Atina'nın kontrolünde bulunan FIR, Yunan egemenlik sahasının yanı sıra Ege Açık Denizi'nin de neredeyse tamamını kapsamaktadır.[78]Ancak Türkiye, günümüzde bu FIR çizgisinin batıya kaydırılmasını istemektedir.[79] Ayrıca Türkiye, Yunanistan'ın Ege'de uçuş yapan bütün Türk askeri uçaklarının uçuş planı vermesi ve FIR'la ilgili yönergelere uymasını istemesi nedeniyle Yunanistan'ın teknik yetkilerini aştığını ileri sürmektedir.[80] Çünkü Atina FIR'ı kapsamında sadece sivil hava araçlarının uçuş planı sunması, bulundukları konumu bildirmesi gerekmektedir.[81]

Atina ve İstanbul FIR'larının belirlenmesi amacıyla ICAO kapsamında gerçekleştirilen bölgesel toplantılarda Türkiye, kontrolündeki FIR'ları ekonomik gerekçelerle maliyeti fazla olacağı için sınırlı tutma eğiliminde olmuştur.[82] Teknik bir husus olduğu için de çok üzerinde durmamıştır. Ancak 1963 sonrası Türkiye'nin Ege'deki askeri uçuşlarının artmasına koşut olarak sorunlar ortaya çıkmıştır. Ege'de FIR sorumluluğunun Yunanistan'a verilmesi ve İstanbul FIR'ı ile aralarındaki sınırın Anadolu sahilleri ile ona en yakın Yunan adaları arasından

---

76 ICAO, Final Report of The Rules of The Air an Air Traffic Control Committee, Montreal, February 1951, Doc. 7055, MID/2-RAC.

77 Bkz.23.5.1952 tarihli ICAO belgesi: Doc.7280, EUM II/1952.

78 BAŞEREN, s.184.

79 PAZARCI, Uluslararası Hukuk II, s.450; Bu sınır kabaca Türk-Yunan deniz sınırları üzerinden geçmektedir. Yunanistan'a göre Türkiye 1974'te keyfi olarak ve bölgesel antlaşmaları ihlal ederek İstanbul FIR'ının sınırını batıya, Atina FIR'ının sorumluluk ve denetimindeki alana kaydırmıştır. Türkiye'nin belirlediği yeni sınır, kıtasahanlığı için talep ettiği sınırın üzerinden geçmektedir. Bkz. KATSOUFROS, s.88. Ancak bu yönde hiçbir Türk yetkilisinin beyanına rastlamak mümkün değildir. Yunanistan'ın yayımladığı NOTAMLAR'ın gerekçesi de budur.

80 PAZARCI, Uluslararası Hukuk II, s.453

81 GÜNEL, s.96.

82 Atina FIR hattının sınırlandırılmasına ilişkin bölgesel toplantılar 1950 yılında İstanbul, 1952 yılında Paris ve 1958 yılında Cenevre'de gerçekleştirilmiştir. Bu toplantılarda alınan kararlar ICAO Konseyi'nde oybirliği ile onaylanmıştır. Türkiye sayılan toplantıların tamamına katılmış ve Atina FIR'ı için belirlenen sınırı kabul etmiştir. KASSIMERIS, Christos, "NATO and the Aegean Disputes", Defense and Security Analysis, Vol:24/2, s.171.

geçirilmesi sonrasında iki devlet arasında uyuşmazlık konusu olmaya başlamıştır.[83]

ICAO kapsamında FIR sorumluluğuna ilişkin yapılan antlaşmalar sadece hava trafiği ve bilgilendirme hizmetlerine ilişkin teknik sorumluluk yüklemektedir. FIR içinde devletlere herhangi bir egemenlik yetkisi tanınmamaktadır. Yunanistan'a FIR kapsamında sadece teknik sorumluluk verilmiş olup bu durum oradaki uluslararası hava sahasının hukuki statüsünü etkilememektedir. Benzer şekilde FIR, bir ulusal güvenlik bölgesi olarak da nitelendirilemez.[84] Sonuç olarak Türk askeri uçakları hem örfi hukuk hem de antlaşmalar hukuku kapsamında bir uluslararası hukuk ilkesi sonucu başka bir devletin ulusal hukukuna tabi olamaz. Yunanistan, FIR sorumluluğunu yanlış yorumlayıp genellikle kötüye kullanarak Ege Denizi üzerindeki hava sahasında *de facto* bir egemenlik kurmaya çalışmaktadır.

Atina FIR'ının tanımında olmamasına rağmen Yunanistan başta NATO ve IMO olmak üzere çeşitli uluslararası platformlarındaki girişimlerinde İstanbul-Atina FIR hattının Yunanistan'ın doğu sınırı olduğunu iddia etmektedir. Ayrıca Yunanistan tarafından, bazı haritalarda da İstanbul-Atina FIR hattının Türk Yunan sınırı olarak gösterildiği görülmektedir.[85] Bu, Türkiye açısından kabul edilemez bir durumdur. Atina-İstanbul FIR hattı bazı bölgelerde 6 deniz millik karasuları dışında açık deniz kesiminden geçerken (örneğin Bozcaada güneybatısında 22 deniz mili, Marmaris güneydoğusunda 18 deniz mili), bazı bölgelerde karasularından geçmektedir (örneğin kuzeybatısında 2 deniz mili). Devletler arasındaki siyasi bir sınırın, açık denizden ya da ilgili devletlerden birinin karasularının içinden geçmesi siyasi sınır kavramının niteliğine ters düşecektir. Yunanistan bu iddiası ile İstanbul-Atina FIR Hattı'nın batısında kalan bütün ada, adacık ve kayalıklar üzerinde egemenlik tesis etmeyi amaçlamaktadır.[86] Anlaşıldığı gibi, FIR sorununu özellikle antlaşmalarla egemenliği devredilmemiş ada, adacık ve kayalıklardan ayrı tutmak pek mümkün görünmemektedir. Öncelikle bu sorunlar çözülmeden ICAO belgelerinde ve havacılık yayınların-

83 BAŞEREN, s.183.
84 BÖLÜKBAŞI, s.615.
85 KURUMAHMUT, Ali, Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s.26.
86 KURUMAHMUT, s.27.

da yer alan ifadelerin uygulanması mümkün görünmemektedir. Bir başka ifade ile "Türkiye'nin batı sınırı" tanımına dayandırılan bir FIR sınırı veya seyrüsefer harita ve planlarında benzer şekilde gösterilen hatlar gerçek ve hukuki bir durumu yansıtmamaktadır.

Yunanistan Atina FIR'ında *de facto* bir-Kanada ve ABD tarafından da uygulanan ancak uluslararası hukukta kabul görmeyen[87]- Hava Sahası Kimlik Bildirme (ADIZ) yaratma çabasındadır.[88] Oysa FIR uygulaması devletlere egemenlik yetkisi vermez. Yunanistan'ın uygulamaları göstermektedir ki 10 deniz millik hava sahasında sadece güvenlik kaygısı yatmamaktadır. Aksine Yunanistan bu hava sahası üzerinde tam ve mutlak bir egemenlik hakkı olduğunu iddia etmektedir.[89]

Yunanistan açıklanan bu egemenlik iddiasına koşut olarak Atina FIR'ındaki askeri uçuşlar konusunda da kendisinden izin alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Oysa devlet uçakları ve askeri uçaklar ICAO kapsamı dışında tutulduğundan anılan uçaklara ilişkin düzenlemeler ve sivil hava trafiğinin güvenliği açışından alınması gereken tedbirler her devletin kendisine bırakılmıştır. Uluslararası hava sahalarında ise, her devlet askeri tatbikat yapma hakkına sahip bulunmaktadır.[90]Önce de ifade edildiği gibi devlet uçakları ICAO kapsamı dışında tutulduğundan bu uçakların kural olarak uçuş planı verme zorunlulukları yoktur. Öte yandan uçuş planı doldurulmasını da içeren Chicago Sözleşmesi EK-2'de yer alan kurallara uygulamada devletlerin de olabildiğince uylmasını tavsiye eden bir Asamble kararı alınmıştır.[91] Türkiye de böyle bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, Ege uluslararası hava sahasındaki askeri uçuşları için 1979 yılına kadar Yunanistan makamlarına uçuş planı vermiştir. Ancak bir gereklilik sonucunda bu uygu-

87 Bkz. GÜNEL, ss.109–110.

88 Silahlı çatışmalar sırasında bölgesel ve ulusal hava savunma bilgilendirme bölgelerinin (ADIZ) silahlı çatışma sırasında açık deniz alanlarına kadar uzanabileceği çeşitli örneklerde görülmüştür. Örneğin, 1983 yılında Nicaragua 25 mile, İran-Irak çatışması sırasında İran/Arap Körfez ülkeleri, 1982 yılında Falkland Adaları'nın işgali sırasında İngiltere 200 mile kadar çıkarmıştır. Bkz. VAN DYKE, s.86. Ancak Ege Denizi'ndeki özel durum buna izin vermez.

89 BÖLÜKBAŞI, s.588.

90 Chicago Sözleşmesi, devlet uçaklarına ilişkin düzenleme içermez. (m. 3-a) Devlet uçakları, askeri uçaklar, gümrük uçakları ve polis hizmetlerine ilişkin uçakları kapsamaktadır.(m. 3-b). Sözleşme'ye taraf hiçbir devletin devlet uçakları başka bir devletin hava sahasında o devletin rızası olmaksızın uçamaz. (m. 3-c)

91 A–24-7 Appendix P.

lamadan vazgeçilmiştir.[92] Yunanistan ise, Atina FIR'ı içindeki bütün uçuşlar için uçuş planı istemeye devam etmektedir.[93]Anlaşılmaktadır ki Yunanistan, askeri uçuşlardan uçuş planını hava trafik hizmet sorumluluğunu bir tür hava savunma aracı olarak kullanmak istediği için istemektedir. Bu nedenle deEge hava sahasının yaklaşık yarısını oluşturan uluslararası hava sahasında özellikle Türk askeri uçaklarına karşı uluslararası hukuka aykırı faaliyetler icra etmekte ve devamlı gerginlik yaratmaktadır.

Chicago Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre, devletlere askeri ihtiyaçlar ve kamu güvenliği konularında uçuşa yasak bölgeler tesis etme olanağı tanınmıştır. Yine olağanüstü durumlarda ülkenin tamamı ya da bir kısmında uçuşların geçici olarak sınırlanması hatta yasaklanması mümkündür. Ancak Sözleşme kapsamında devletlerin tatbikat yapacakları zaman ilgili bölgenin FIR sorumluluğunu yürüten devletten tatbikat yapacağı bölgenin yerinin ve zamanın duyurulmasını amaçlayan NOTAM (Notice to All Airmen) yayınlamasını istemesi gerekir. Bu isteği alan devletin bu NOTAM'ı yayınlama sorumluluğu bulunmaktadır.[94]Atina FIR'ının Yunanistan'a verilmesi ile birlikte Yunanistan'ın sorumluluğu, bütün Ege Denizi'ndeki hava sahasını kapsayacak şekilde artmış olduğundan Yunanistan yönüne uçan uçakların Türkiye'den ayrıldıktan sonra Atina Kontrol Merkezi'ne uçuş raporu vermesi, Yunanistan'ın da bunu aynı şekilde duyurması gerekmektedir. Ancak Yunanistan, Ege uluslararası hava sahasında tatbikat yapılacak sahaların NOTAM'lanması ile ilgili metinler üzerinde değişiklik yapmakta, bazen geç yayınlamakta ve hatta bazı durumlarda hiç yayınlamamaktadır.[95]Bütün bu uygulamalar hakkın kötüye kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır.[96]

Görüldüğü üzere, Ege'deki hava sahasına ilişkin hukuki uyuşmazlıkların hem teknik hem de siyasi yönleri bulunmaktadır. Bu sorunlar

---

92 YÜZBAŞIOĞLU, s.106.

93 AIP Greece, VOl:1, 5 Eylül 2002/7, RAC 1-1-1, para.2.1.4.1

94 ARI, Tayyar, "*Ege Sorunu ve Türk-Yunan İlişkileri: Son Gelişmeler Işığında Kara Suları ve Hava Sahası Sorunları*", *dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/468/5378.pdf*., s.60.

95 BULUT, Gökay, EUROCONTROL (AVRUPA HAVA SEYRÜSEFER TEŞKİLATI) Bünyesinde Geliştirilen Tek Avrupa Sahası ve Benzeri Düzenlemelerin Ege Hava Sahası Sorunlarına Etkileri, AÜSBE Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.51

96 PAZARCI, Hüseyin, "*Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*", AÜSBF yayınları, S.550, 1986, s.5.

tamamen Yunanistan'ın Ege Havasahası'na ilişkin mevcut uluslararası hukuk kuralları ve uygulamalarına aykırı iddia ve eylemlerinden kaynaklanmaktadır.[97]Türkiye'nin bugün bu sorunların çözümüne ilişkin Yunanistan'ın kötüye kullanımı nedeniyle Atina FIR'ının ICAO bünyesinde gözden geçirilmesini istemektedir. Böylece ICAO'nun da desteği alınarak bu konuya ilişkin iki taraflı bir antlaşma yapılması mümkün olabilecektir.[98]

C. NATO Kapsamında Hava Kontrol Sahaları Sorunu

Bölgesel bir savunma örgütü olan NATO kapsamında Türkiye'yi de içine alan güney bölgesinde hava savunma sorumlulukları ilk olarak 1962 yılında Güney Bölgesi Hava Komutanlığı (COMAIRSOUTH) tarafından belirlenmiştir.[99] Ege Denizi'ni içine alan erken ihbar bölgeleri Türk ve Yunan Hava Taktik kuvvetleri arasında paylaştırılmıştır.[100] İki devlet arasında erken ihbar bölgelerini ayıran sınır Ege'nin ortasından geçirilmişken, 1964'te Yunanistan bu sınırı FIR limiti ile çakıştırmıştır. Yunanistan NATO'nun askeri kanadından ayrılıncaya kadar da böyle devam etmiştir.[101]

NATO kapsamında hava savunma sorumluğu askeri uçaklarla ilgili olarak Yunanistan ve Türkiye arasında paylaşılmışken daha sonra Yunanistan Kıbrıs krizini ön plana çıkararak NATO'yu ikna etmiş ve Ege'deki Erken İhbar Hattı'nın İstanbul/Atina FIR hattına çakıştırılmasını sağlayarak bütün Ege Denizi üzerindeki hava savunma sorumluluğunu da üstlenmiştir. Ancak 1974'te Yunanistan NATO'nun askeri kanadından çekilmiş ve Türkiye bu düzenlemeyi kabul etmediğini açıklamıştır.[102] Yunanistan'ın askeri kanada geri dönmesini sağlayan *Rogers Planı* sonrası Hava Savunma Sorumluluk Bölgesi sorunu tekrar gündeme gelmiştir. Yunanistan 1974 öncesi durumu yeniden kabul

97 BÖLÜKBAŞI, s.575.
98 BOROU, Olga; OZALP, Egemen, "*Sources of Friction in Greek-TurkishRelations: the-AegeanDispute*", www.eliamep.gr/old/eliamep/files/Borou%20et.al..doc (21.10. 2013), s.16.
99 YÜZBAŞIOĞLU, A., Hava Hukuku Açısından Ege Hava Sahası Sorunları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989, s.63.
100 GEDİKOĞLU, Osman, Ege Hava Sahası Sorunları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988, s.36.
101 BULUT, s.63.
102 ARI, s.60.

ettirmeye çalışmıştır. 1974 Kıbrıs Barış Harekâtı sonrasında bu konu bir krize dönüşmüştür. Savaş sırasında Türkiye güvenlik amacıyla 2 Ağustos 1974'te NOTAM-714'ü yayınlamış ve Türkiye'ye doğru gelen ve Ege'de kuzeyden güneye inen orta hatta yaklaşan yabancı uçakların İstanbul Uçuş Kontrol Merkezi'ne durum raporu vermesini talep etmiştir. Bu NOTAM iki ülke arasındaki hava sahası uyuşmazlığını uluslararası alanda duyurmuş ve Doğu Ege'yi tehlikeli bölge ilan etmiştir. Yunanistan bu talebi olumsuz karşılamış, ilk önce NOTAM-714'ün dikkate alınmaması ile ilgili NOTAM-1018'i, ardından da bunu kaldırarak Ege hava sahasını yasak bölge ilan eden ve bütün Ege hava sahasının tehlikeli bölge ilan eden NOTAM-1066 ve NOTAM-1152'yi yayımlamıştır.[103]Anılan NOTAM'larda Yunanistan bu bölgedeki hiçbir uçuş ile ilgili sorumluluk kabul etmeyeceğini de açıklamıştır.[104]

1980 yılına kadar yapılan görüşmelerden bir sonuç alınamamış; ancak aynı yıl içinde her iki devlet de konuya ilişkin NOTAM'ları kaldırdıklarını ilan etmişler, böylece Ege hava sahası sivil havacılığa yeniden açılmıştır.[105] İlişkilerdeki normalleşme süreci çok uzun sürmemiş, 1981 yılında Papandreau'nun Başbakan olması ile birlikte eski uygulamalara dönülmüştür. Aynı yıl Yunanistan, G18 hava koridorunun güzergâhını Limni üzerinden geçecek şekilde değiştirerek Türkiye'nin Ege'deki tatbikatlarını engellemek istemiştir.[106]Sözkonusu uygulama, Türkiye'nin itirazı üzerine 1985 yılında ICAO'nun toplantısında görüşülmüş ve G18 için yeni bir güzergâh belirlenmiştir.[107] Ayrıca Yunanistan Limni üzerinde 3000 deniz mil karelik bir kontrol sahası oluşturmaya çalışmaktadır.[108]

NATO'nun Ege hava uyuşmazlığına dâhil olması, Ege'nin operasyonel hava kontrolü ve Yunanistan'ın ilan ettiği hava sahasında NATO'nun amaçları ile ilgili olmak üzere iki yönlü olarak ortaya çık-

103 Bkz. BÖLÜKBAŞI, ss.640–644.
104 KASSIMERIS, s.171.
105 ARI, s.62.
106 Yunanistan, ICAO kurallarına aykırı olarak bölge ülkeleri ile koordine etmeden uluslararası hava sahasında kontrollü hava sahaları tesis etmekte ve uluslararası hava sahasının kullanım alanını daraltmaktadır. Örneğin Türkiye ile koordine etmeden Limni'de uluslararası hava sahasına taşan bir meydan kontrol sahası inşa ederek eski H-59 (önceden W-14 idi), G-18 ve B-7 hava yolları ile Türkiye'nin uluslararası askeri hava sahasındaki uçuşlarını kısıtlamaya çalışmıştır. Bkz. BULUT, s.51.
107 ARI, s.62.
108 GÜNEL, s.106.

maktadır. Yunanistan'ın 1980 sonrası NATO askeri yapısına yeniden entegre olması ile Türkiye ve Yunanistan arasında operasyonel kontrol işlemlerini hangi devletin üstleneceği konusunda uyuşmazlık çıkmıştır. Yunanistan, 1974 öncesi döneme dönülmesini talep ederken, Türkiye de hava sahasının kontrolünün iki ülke arasında paylaştırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu sorun Rogers Planı'nın her iki ülke tarafından kabulü sonrasında aşılmış, Ege Denizi tekrar Sivil Hava Trafiği'ne açılmıştır.[109]

Yunanistan önce de belirtildiği gibi askeri uçakları da FIR kapsamına sokmaya çalışmaktadır. Bunun için 1974 öncesi uyguladığı Erken İhbar Hattı (Komuta Kontrol Sahaları) ile FIR bölgeleri arasında bir çakışma olduğunu iddia ederek bu uygulamayı devam ettirmek istemektedir. Oysaki 1974'te Yunanistan'ın NATO'nun askeri kanadından ayrılması ile bu uygulama sona ermiş ve bu konuda gerekli önlemlerin alınması her devletin kendi inisiyatifine bırakılmıştır. FIR sorumluluğu devletlere bu alanı hava savunma sahası olarak kullanma hakkı vermemektedir.[110]NATO tatbikatları gerçekleştiren ABD [111]ve NATO da Yunanistan'ın 10 millik hava sahası uygulamasını tanımamaktadır.[112]

1996'da Soğuk Savaş sonrası NATO yeni stratejik konseptine uygun olarak Güney Bölge Komutanlığı Hava Sahası'nı kontrol etmek üzere beş adet Birleştirilmiş Hava Harekât merkezi oluşturmuştur. Bunlardan birer tanesi de Türkiye ve Yunanistan'da kurulmuş olmakla birlikte barış zamanında herhangi bir sabit sorumluluk verilmemiştir. Burada amaçlanan, NATO bünyesinde sorunun tekrar gündeme gelmesini engellemektir. Oluşturulan yeni komuta yapısı ile önceki komuta kontrol sorumlulukları ve bununla ilgili sorunlar ortadan kalkmış görünmektedir. Öte yandan COMAIRSOUTH tarafından ilgili alt komutanlıklara verilecek yetki ve sorumluluk alanlarının belirlenmesi ve kullanılması konusunda da görüş ayrılıkları ve tartışmalar çıkabilecektir.[113]

---

109 http://etarih.org/soguksavas/?sayfa=1029210.1058045.0.0.0.php&Yunanistan'%FDn%20NATO'ya%20D%F6nmesi (10.10.2013)
110 ARI, s.63.
111 VAN DYKE, s.85.
112 BAŞEREN, s.177.
113 BAŞEREN, s.205.

Sonuç olarak günümüzde halen devam eden hava hukuku sorunlarının çözümünde NATO'nun daha kararlı ve etkili çözümler bulması gerekmektedir. Gerek AB gerek Rusya, Ukrayna gibi devletler ile Asya devletleri arasındaki ilişkileri geliştirmek istemyen[114]NATO'nun, geleceği ve güvenliği açısından Türkiye ve Yunanistan arasındaki Ege Denizi'ne ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde rol alması büyük önem taşımaktadır.

IV. Türkiye'nin Avrupa Birliği Adaylığı Açısından Ege Hava Sorunlarına Bakış

Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB) üyeliği süreci, Ege uyuşmazlıklarına farklı bir boyut katmış; iki devlet arasında çözümlenmesi gereken bu sorunlar, Türkiye aleyhine kullanılarak üyelik müzakerelerinin bir parçası haline getirilmiştir. Böylece sorunların çözümü ile üyelik arasında şartlı bir ilişki kurulmuştur.[115] Bu da hem AB üyelik sürecini hem de Yunanistan ile var olan sorunların çözümünü olumsuz etkilemektedir.

Türkiye-Yunanistan arasındaki sorunların çözümü açısından önemli bir gelişme, AB üyesi devletlerin "Tek Avrupa Sahası" konusunda gerçekleştirdiği değişikliklerdir. Tek Avrupa Sahası, dünyadaki en yoğun hava sahalarından biri olan Avrupa hava sahasındaki trafiği daha iyi yönetmek için hava sahasını ve bu saha içinde verilen seyrüsefer hizmetlerini Avrupa düzeyinde gerçekleştirmeyi sağlamak için 1999 yılında başlatılmış bir girişimdir. Tek Avrupa Hava Sahası projesi, Avrupa Hava Sahasında mevcut FIR hatlarını kaldırılarak yeni bir yapı oluşturmayı hedeflemektedir. Bu konuda yapılan düzenlemeler de yürürlüğe girmeye başlamıştır. Bu durumun Ege hava sahası sorunlarını etkilemesi muhtemeldir. Bu sistemin tam olarak hayata geçirilmesi durumunda, Yunanistan'ın 6 mil karasularına sahip olup belli konularda 10 millik hava sahası uygulaması hiçbir AB üyesinin uygulaması ile bağdaşmayacaktır. Tektip bir uygulamanın gerekliliği neticesinde Yunanistan'ın uluslararası hukuka da aykırı olan bu uygulamasından vazgeçmesi beklenmektedir.[116]

---

114 BOROU; ÖZALP, s.17.

115 AKSU, Fuat, "*Ege ve Kıbrıs Sorunlarının Çözümünde Avrupa Birliği'nin Tutumu*", Stratejik Araştırmalar Dergisi, Sayı:3, Yıl: 2, Şubat, 2004, s.113.

116 Aynı yönde bkz. GÜNEL, s.109.

22 Aralık 2003'te imzalanan bir işbirliği memorandumu kapsamında EUROCONTROL, Tek Avrupa Sahası'nı hayata geçirmek üzere görevlendirilmiştir.[117] Bu kapsamda oluşturulacak bir Avrupa Uçuş Bilgi Bölgesi AB üyeleri için ICAO'dan tek bir uçuş bilgi bölgesi kurması ve tanınması istenecektir. Bu durumun AB üyelik sürecinde olan Türkiye için sorunların çözümünde olumlu bir rol alması ihtimaline karşılık AB'nin halihazırda üyesi olan Yunanistan'ı kollayıcı bir tutum takınması da olasıdır. Ancak AB üyelik sürecinde Türkiye'nin karşılaştığı zorluklar düşünüldüğünde sürecin Türkiye lehine işleme ihtimali yüksek görünmemektedir. Avrupa hava sahasının tek merkezden kontrolünün hedeflendiği ikinci aşamada, sivil havacılık amaçlarıyla, Ege ve Doğu Akdeniz uluslararası hava sahasında hava trafik kontrol hizmetlerinin üçüncü bir devlet tarafından sağlanması sorunların çözümüne katkı sağlayabilir.[118]

Neticede Türkiye ve Yunanistan arasındaki uyuşmazlık konuları devletlerin doğrudan egemenlik alanı içinde olduğundan nitelikleri açısından hukuki, siyasi ve teknik görüşmelerle ele alınarak çözülmelidir. Bu nedenle, AB Hukuku'nun iki devlet arasındaki sorunların çözümünde uygulanabilirliği sözkonusu değildir.[119] Sadece tarafların kabul etmiş oldukları uluslararası antlaşmalar ve örfi hukuku kuralları çözümü sağlayabilir. AB'nin devletler arasındaki sorunları doğrudan ele alıp bağlayıcı kararlar alma yetkisi bulunmadığından Türkiye açısından, Ege sorunlarını da üyelik sürecinin bir parçası haline getirmemesi gerekmektedir.

SONUÇ

En başta da ifade edildiği gibi Türkiye ve Yunanistan arasındaki uluslararası hava hukukuna ilişkin sorunlar, Ege Denizi alanına iliş-

---

117 BULUT, s.87; Günümüzde Avrupa Komisyonu ve GKRY ile birlikte 38 devlet EUROCONTROL'e üyedir. Üyeleri arasında Türkiye ve Yunanistan'ın da bulunduğu EUROCONTROL'ün görevi Avrupa'da güvenli, düzenli ve ekonomik trafik akışı sağlamak amacıyla, sivil ve asker kullanıcılar için tek hava trafik yönetim sistemi oluşturmayı hedefleyerek, Avrupa seyrüsefer hizmetlerini uyumlu hale getirmek ve bütünleştirmektir. Bkz. BULUT, ss.75–76. Ayrıca bu konuda bir başka çalışma için bkz. KILINÇ, Salih, U., Avrupa Birliği-EUROCONTROL Sivil Havacılık Düzenlemeleri ve Türkiye, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

118 BULUT, s.114.

119 KILINÇ, ss.206-207.

kin diğer sorunlar ile bir bütün teşkil etmektedir. Bütün bu sorunları bir bütün olarak değerlendiren Türkiye, uyuşmazlık konuları üzerinde Yunanistan ile gerçekleştirdiği istikşafi görüşmelerde bir uzlaşıya varabilirse önemli bir başarı elde etmiş olabilecektir. Ancak görüşmelerde Yunanistan'ın halen sadece kıtasahanlığı sorununu UAD'ye götürmek istediği, Türkiye'nin ise mümkün olduğunca iki taraflı görüşmelere öncelik vermek suretiyle çözümsüz kalan diğer konuları UAD'da çözmekten yana olduğu anlaşılmaktadır.[120] Uyuşmazlık konuları üzerinde bir uzlaşı olmadan sorunların ne görüşmeler yoluyla ne de UAD nezdinde çözülmesi mümkündür.

Son olarak bütün bu sorunların çözümünde Kıbrıs ile ilişkilendirmenin son bulması büyük bir öneme sahiptir. Ancak yakın zamanda Doğu Akdeniz'de yaşanan münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasına ilişkin gerginlik[121] bu konudaki beklentileri azaltmaktadır. Yine Kıbrıs ve Ege sorunlarının Türkiye'nin AB üyeliği önünde bir engel olması da çözümü zorlaştırmaktadır. NATO ve BM, Ege sorunlarının iki devlet arasında çözülmesi gereken ikili bir sorun olarak gördüklerinden konuya çok az ilgi göstermektedir. Oysa bu sorunların çözümü NATO'nun geleceği ve AB ile olan ilişkileri açısından son derece önemlidir. Türkiye ve özellikle çok önemli bir ekonomik krizde olan Yunanistan'ın da her iki devlete önemli bir mali yük getiren bu sorunların çözümünde iyi niyetli çabalarını ortaya koymalarının zamanı çoktan gelmiştir.

KAYNAKLAR

Kitaplar ve Tezler

AKİPEK, Ö. İlhan, Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, AÜHF Yayını, Ankara, 1959.

BAŞEREN, Sertaç, Ege Sorunları, TÜDAV Yayınları, No:15, Ankara, 2003.

BÖLÜKBAŞI, Deniz, Turkey and Greece, The Aegean Disputes: A Unique Case in International Law, Cavendish Publishing, London, 2004.

120 "Türkiye ve Yunanistan…", s.13.

121 Konuya ilişkin bkz. BAŞEREN, Sertaç H., "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları Sınırlandırmaları ve Yeni Enerji Politikaları", Deniz Hukuku Sempozyumu, Çağ Üni. Yayınları, No:18, Adana, 2012, ss.44–83.

BULUT, Gökay, EUROCONTROL (AVRUPA HAVA SEYRÜSEFER TEŞKİLATI) Bünyesinde Geliştirilen Tek Avrupa Sahası ve Benzeri Düzenlemelerin Ege Hava Sahası Sorunlarına Etkileri, AÜSBE Doktora Tezi, Ankara, 2011.

GEDİKOĞLU, Osman, Ege Hava Sahası Sorunları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988.

GRIEF, Nickholas, Public International Law in theAirspace of the High Seas, Nijhoff, Athens, 1994.

GÜNEL, Reşat, V., Uluslararası Havacılık Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

KILINÇ, Salih, U., Avrupa Birliği-EUROCONTROL Sivil Havacılık Düzenlemeleri ve Türkiye, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

KURUMAHMUT, Ali, Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998.

KURUMAHMUT, Ali; YAYCI, Cihat, Temel Deniz Hukuku: Savaş ve Barış Dönemi, Deniz Basımevi Müdürlüğü, İstanbul, 2011.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri: II. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

PAZARCI, Hüseyin, Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü, AÜSBF Yayınları, S.550, Ankara, 1986.

SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

SYRIGOS, Angelos, M., The Status of the Aegean Sea According to International Law, Sakkoulas, Athens, 1997.

TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

MILDE, Michael, International Air Lawand ICAO, Eleven International Publishing, The Hague, 2012.

YÜZBAŞIOĞLU, A., Hava Hukuku Açısından Ege Hava Sahası Sorunları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989.

Makaleler

AKSU, Fuat, "*Ege ve Kıbrıs Sorunlarının Çözümünde Avrupa Birliği'nin Tutumu*", Stratejik Araştırmalar Dergisi, Sayı:3, Yıl: 2, Şubat, 2004, ss.103–132.

ARI, Tayyar, "*Ege Sorunu ve Türk-Yunan İlişkileri: Son Gelişmeler Işığında Kara Suları ve Hava Sahası Sorunları*", *dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/468/5378.pdf*.

ASSONITIS, George, "*The Greek Airspace: The Legality of a 'Paradox'*", Journal of Legal Studies, Vol:8, ss.159–196.

BAŞEREN, Sertaç H., "*Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları Sınırlandırmaları ve Yeni Enerji Politikaları*", Deniz Hukuku Sempozyumu, Çağ Üni. Yayınları, No:18, Adana, 2012, ss.44–83.

BOROU, Olga; OZALP, Egemen, "*Sources of Friction in Greek-TurkishRelations: the-AegeanDispute*", www.eliamep.gr/old/eliamep/files/Borou%20et.al..doc *(21.10.2013)*, ss.1–28.

GALDORISI, George, "*Current Development: the U.N. Convention on theLaw of theSea: A National Security Perspective*", AJIL, Vol:89, 1995, ss.209–210.

İNAN Yüksel; ACER, Yücel, "*The Aegean Disputes*", The Europeanization of Turkey's Security Policy: Prospects and Pitfalls, Edt. KARAOSMANOĞLU, Ali; TAŞHAN, Seyfi, ss.125–160.

KASSIMERIS, Christos, "*NATO andtheAegeanDisputes*", Defenseand Security Analysis, Vol:24/2, ss.165–179.

KATSOUFROS, Theodoros, "*Ege Denizi ile İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları*", Türk-Yunan Uyuşmazlığı (der: VANER, Semih), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, ss.76–106.

ODMAN, Tevfik, "*Ege'de Türk-Yunan Karasuları Genişliği Sorunları*", Deniz Hukuku Sempozyumu, Çağ Üni. Yayınları No:18, 2012, ss.83–112.

ÖZMAN, Aydoğan, "*Deniz Hukukunda Yeni Gelişmeler*", Ege'de Deniz Sorunları Semineri, AÜSBF Yayınları, No:552, Ankara, 1986, ss.10–28.

ÖZMAN, Aydoğan, "*Ege Karasuları Sorunu*", AÜSBFD, C.LXIII, S.3–4, 1988.

PAZARCI, Hüseyin, "*Ege Denizi'ndeki Türk Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü*", Türk-Yunan Uyuşmazlığı (der: VANER, Semih), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, ss.106–127.

PAZARCI, Hüseyin, "*Lozan Antlaşması'ndan 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası*", Üçüncü Askeri Tarih Semineri Türk Yunan İlişkileri, Ankara, 1986.

Türkiye ve Yunanistan: Ege'deki Anlaşmazlığı Çözmenin Zamanı, International Crisis Group, Avrupa Brifingi No:64, İstanbul/Atina/Brüksel, 19 Temmuz 2011, s.10.

VAN DYKE, Jon M., "*An Analysis of the Aegean Disputes Under International Law*", Ocean Development& International Law, Vol:36, 2005, s.63, ss.36-63.

YÜCEL, Serhan, "*Ege'de Bitmeyen Sorunun Bir Unsuru Olarak Türk ve Yunan Karasuları ve Ulusal Hava Sahaları*", Güvenlik Stratejileri Dergisi, Vol: 12 / 2010, s.95, ss. 83 101.

Diğer Belgeler

AIP Greece, Vol:1, 5 Eylül 2002/7, RAC 1-1-1, para.2.1.4.1

Air Traffic Control Committee, Montreal, February 1951, Doc. 7055, MID/2-RAC.

ICAO belgesi: Doc.7280, EUM II/1952

Periscope Daily Defence Capsules, June 21, 1994 (LEXIS)

Anglo-Norwegian Fisheries Case, 1951, ICJ.

Air Law and Treaties of the World", Library of Congress (1965) 823–825.

RG, 24 Mayıs 1964, S.11711.

RG, 29 Mayıs 1982, S.17708.

RG, 29 Mayıs 1982, S.17708.

RG, 22 Nisan 1972, S.14167.

UN Legislative Series, ST/LEG.SER.B/6, 1956, s.18.

Decree of 6/18 September 1931 to Define The Extent of the Territorial Waters for the Purposes of Aviation and the Control There of https://www.un.org/depts/los/.../PDFFILES/GRC_1931_Decree.pdf

İnternet Kaynakları

http://etarih.org/soguksavas/?sayfa=1029210.1058045.0.0.0.php&Yunanistan›%FDn%20NATO›ya%20D%F6nmesi (10.10.2013)

http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1951.12.18_fisheries.htm. (21.10.2013)

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm (10.10.2013)

http://www.mfa.gov.tr/turkiye-yunanistan-siyasi-iliskileri.tr.mfa. (21.10.2013)

http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/235759.pdf. (18.10.2013)

http://gundem.milliyet.com.tr/jetlerin-kapismasi-durdu/gundem/detay/1759941/default.htm. (10.10.2013)

http://www.icao.int/publications/pages/doc7300.aspx. (20.10.2013)

http://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx. (19.10.2013)

ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS İLE KASTEN YARALAMA MUKAYESESİ VE UYGULAMA SORUNLARI

THE COMPARISION OF ATTEMPTED MURDER AND WOUNDING WITH INTENT AND QUESTIONS OF PRACTICE

Ersan ŞEN*
Ertekin AKSÜT**

Abstract: Attempted murder and wounding with intent are not easy to distinguish in practice. Criteria are set forth in the case law and in doctrines, in order to facilitate the distinction between attempted murder and wounding with intent. Our article aims to examine the abovementioned criteria through various decisions of the Court of Appeals. The concepts of self-defense and unjust provocation which may be applied in such cases, will, also, be addressed

Keywords: Homicidal attempt, malicious wounding, self defence, unjust provocation, Supreme Court, eventual intent, proportionality, wrongful act, agression, defence.

Anahtar Kelimeler: Öldürmeye teşebbüs, kasten yaralama, meşru savunma, haksız tahrik, Yargıtay, olası kast, orantılılık, haksız fiil, saldırı, savunma.

1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmında düzenlenen suç tiplerinden olan kasten öldürme ve kasten yaralama suçları ile ilgili olarak uygulamada en çok rastlanan tartışma, kasten yaralama ile öldürmeye teşebbüs ayrımına ilişkindir.

* Prof. Dr.
** Avukat

Mağdur üzerinde gerçekleşen neticenin yaralanma mı yoksa ölüm mü olacağı hususunda, sonuç her durumda maddi vakıa itibariyle "yaralanma" olduğunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, "ölüm" sonucunun gerçekleşmediği durumda failin hangi saikle hareket ettiğinin, başka bir anlatımla, öldürme kastı ile mi, yoksa yaralama kastı ile mi eylemini işlediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda Yargıtay içtihatları ile doktrinde yer alan görüşler yol gösterici nitelikte olup, uygulamada bazen net bir biçimde ayırımda bulunmanın kolay olmadığını da belirtmekte fayda görüyoruz.

2. Suça Teşebbüsün Şartları

Kasten insan öldürme suçuna teşebbüs ile kasten insan yaralama arasındaki farkın daha iyi anlaşılması açısından öncelikle, suça teşebbüsün hangi durumda mümkün olabileceği hususuna değinmek gerekecektir.

Suça teşebbüs, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacak, kendisi hakkında verilecek cezada, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirime gidilecektir.

TCK m.35'deki tanıma göre suça teşebbüs için öncelikle, bir suç işleme kastının bulunması gerekmektedir. Kast kavramı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Suça teşebbüste failin kastı, işlemeyi tasavvur ettiği suçu tamamlamak amacına yönelik olmalıdır.

Bir suçu işlemeye teşebbüs kastından söz edilemez. Kasten öldürmeye teşebbüsten söz edebilmek için, failin hareketinin tereddüde yer verilmeyecek şekilde öldürme niyeti ile gerçekleşmesi gerekir. Suç kastının belirlenmesi açısından; fail ile mağdurun olaydan önceki davranışları, ilişkileri, husumetin olup olmadığı, olay sırasındaki hareketler ile sair hususların birlikte düşünülmesi ve buna göre karar verilmesi isabetli olacaktır[1].

[1] Osman Yaşar–Hasan Tahsin Gökcan–Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (Madde 1-44), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.956.

Teşebbüsün cezalandırılabilmesinin bir diğer koşulu da, fail tarafından doğrudan doğruya icraya başlanmasıdır. Elverişli vasıtaya sahip olan fail, fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamadıkça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulamaz. Ceza hukuku, kural olarak hazırlık hareketleri ile ilgilenmez.

Suça teşebbüsün son koşulu, suçun elde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıdır. Öldürme kastı ile hareket eden failin, suçun icrasına başlamasına rağmen ölüm neticesinin meydana gelmemesi kasten öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilecektir.

Kasten öldürme suçuna teşebbüs hükümlerinin mi, yoksa kasten yaralama hükümlerinin mi tatbik edileceği noktasında önemle durulması gereken husus, sanığın kastının hangi suçu işlemeye yönelik olduğunda toplanmaktadır.

3. Öldürme Kastının Varlığı için Aranan Kıstaslar

Kasten insan öldürme suçunda, doğrudan doğruya bir kişiyi öldürmeye yönelik elverişli bir fiilin işlenmesi ile failin, insan öldürme suçunun teşebbüs alanına girmiş olacağını[2], şayet fail fiilini yaralama kastı ile işlemiş ise, fail hakkında kasten öldürmeye teşebbüsten değil, kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmolunacağını ifade etmek isteriz.

Maddi vakıalarda kastın hangi suça ilişkin olduğuna yönelik tartışmalar mevcut olmakla birlikte Yargıtay, bu sorunun çözümü için birtakım kıstaslar ortaya koymuştur.

Buna göre; fail ile mağdur arasındaki husumetin nedeni ve niteliği, failin suçta kullandığı aracın mahiyeti, atış veya darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda oluşan yaraların yerleri ile nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkanı olup olmadığı, olayın akışı ve sebebi ve failin işlemeyi kastettiği suçun oluşmasına iradesine dışında engel bir halin bulunup bulunmadığı hususları, adam öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran ölçütler olarak belirlenmiştir[3].

---

2 Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-R.Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.175.

3 Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.44.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.07.2008 tarihli ve 2008/1-88 E., 2008/184 K. sayılı kararına göre ise, öldürme kastının varlığı için;

- Fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunup bulunmadığı,
- Olayda kullanılan vasıtanın öldürmeye elverişli olup olmadığı,
- Mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti,
- Darbelerin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı,
- Failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir sebepten dolayı mı son verdiği,
- Olay sonrası mağdura yönelik davranışları

Hususları dikkate alınmalıdır.

Failin kastının belirlenmesinde başvurulan ölçütlerden hepsinin, öldürme kastını ortaya koyacak şekilde aynı olayda gerçekleşme zorunluluğu yoktur. Ölçütlerden sadece birisinin gerçekleştiği durumda, failin kastının insan öldürmeye yönelik olduğu; buna karşılık ölçütlerden çoğunun gerçekleştiği durumlarda failin kastının yaralamaya yönelik olduğu söylenebilir. Örneğin, mağdura karşı bıçakla birden fazla darbede bulunulması ve tarafların arasında daha önceden bir husumetin bulunması halinde şayet darbe, mağdurun hayati bölgesine vurulmamışsa veya mağdurun hayati bölgesine karşı hareket etmesine rağmen, öldürmeye elverişli bir aletle saldırı sözkonusu değilse öldürme kastından değil, yaralama kastından bahsedilebilecektir. Bu açıdan esas olan, somut olayın özelliğidir[4]. Hakim, yukarıda sayılan şartlar çerçevesinde karar tesis ederken "şüpheden sanık yararlanır" ilkesini de gözetmeli ve sanıkların öldürme kastı ile hareket ettiği hususunda tereddüt yaşadığı halde kasten yaralama hükümlerini uygulamalıdır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.06.2011 tarihli ve 2011/1-114 E., 2011/150 K. sayılı kararına göre, "*Aralarında önceye dayalı öldürmeyi gerektirecek husumetleri olmayan ve çıkan tartışma sebebiyle gece geç saatlerde aniden gelişen ve hedef seçme olanağı bulunmayan kavganın hareketli ortamında, ele geçmeyen kesici aletlerle mağdurları yaralayan sanıkların eyleminde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile 1. Ceza Dairesi'nin sü-*

[4] Osman Yaşar–Hasan Tahsin Gökcan–Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (Madde 45-85), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.2578.

reklilik kazanmış uygulamalarıyla hayati tehlike yaratan isabetlerin bir adetle sınırlı kalması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların öldürme kastıyla hareket ettikleri kuşkulu kalmaktadır. Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan 'in dubio pro reo' yani 'kuşkudan sanık yararlanır' kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkumiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı gözardı edilerek ulaşılan olası kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkumiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilebilmesinin başka bir yolu da bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, sanıklar N. ve S.'nin, mağdurlar D. ve T.'yi öldürme kastlarıyla hareket ettiklerini gösteren kesin ve inandırıcı kanıtlar bulunmadığından, eylemlerinin kasten yaralama olarak kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, Yerel Mahkemece kanıtların hatalı değerlendirilmesi ve dosya kapsamına uymayan gerekçeler ve kabulle, sanıkların eylemlerinin öldürmeye kalkışma olarak nitelendirilmesi suretiyle direnme kararı verilmesi ve hüküm kurulması isabetsiz olup, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir".

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.02.2010 tarihli ve 2009/209 E., 2010/29 K. sayılı kararına göre ise, "*Olay öncesinde sanık ile maktul arasında öldürmeyi gerektirecek bir husumetin bulunmaması, yaranın yeri, eylemine devam etmesine herhangi bir engel sebep bulunmayan sanığın eyleme kendiliğinden son vermesi ve yaralanan maktulü kurtarmak için aktif çaba harcaması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde; sanığın kastının, öldürmeye yönelik olmayıp yaralamaya yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. maddesi uyarınca hüküm kurulmalıdır*" [5].

---

5 Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.09.2007 tarihli ve 2007/16 E., 2007/178 K. sayılı kararında da, "*Sanıkların amaç ve saikleri, husumetin yoğunluğu ve niteliği, öldürmeyi sağlayacak daha etkin bir araçla (silah, bıçak gibi) olay mahalline gitme imkanı varken olayı tornavida ile gerçekleştirmeleri ve eyleme devam etme fırsatı varken kendiliklerinden vazgeçerek devam etmemeleri, darbe sayısının birlikte değerlendirildiğinde, eylemin*

Fail ile mağdur arasında önceye dayalı kan davası veya geçmişteki bir anlaşmazlığın bulunması gibi, önceye dayalı ve adam öldürmeyi gerektirecek bir husumet varsa, failin öldürme amacı ile hareket ettiği düşünülebilir[6]. Ancak ortada bir kan davasının bulunması hali, her somut olayda bizatihi öldürme kastının varlığını ortaya koymaya yeterli olmayabilir. Taraflar arasında daha önce bir husumetin mevcut olması, failin mevcut adam öldürme kastını nasıl bertaraf etmeyecekse; sadece husumetin varlığı hali, failde öldürme kastının oluştuğuna dayanak sayılamayacak, net bir kanaate varabilmek için somut olaydaki diğer şartların varlığı aranacaktır[7].

Örneğin, bıçağın öldürmeye elverişli bir araç olduğu kuşkusuz olmakla birlikte, nereden elde edildiği hususunda üzerinde birtakım şüpheler bulunan bıçağı, kendisini veya bir başkasını korumak maksadı ile rastgele sallayan failin, öldürme kastı ile hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Hatta eylem neticesinde mağdur, hayati tehlike geçirmiş olsa bile, sadece bu olgudan yola çıkılarak failin öldürme kastı ile hareket ettiğinin söylenemeyeceği açıktır; zira "hayati tehlike" kriteri, ancak diğer şartlar ve olayın oluşu ile birlikte değerlendirildiğinde, failin öldürme kastının ortaya çıkarılmasında önem kazanabilecektir[8].

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 21.04.2008 tarihli ve 2007/2234 E., 2008/3203 K. sayılı kararında da, "*Yoldan geçerken birbirlerine omuz atma meselesi yüzünden çıkan kavgada sanığın rastgele salladığı bıçak darbelerinden birinin mağdur Hakan'ın sol bacak ön yüzde kasıktan 10 cm aşağısına isabet ederek damar harabiyeti sonucu yaşamını tehlikeye sokacak şekilde

---

silahlı nitelikli yaralama kapsamında kaldığı, adam öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı olaydan ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından anlaşılmış olup, savunmada belirtilen durumlar inandırıcı bulunmayıp dosyada belirtilen deliller ve tanık ifadeleri değerlendirildiğinde, sanıkların 5237 sayılı Kanunda belirtilen silahla yaralama suçunu işledikleri sabit görülmüştür" ifadelerine yer verilerek sanıklar hakkında yaralama suçundan hüküm verilmiş olup anılan karar, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 10.10.2012 tarihli ve 2011/3526 E., 2012/7374 K. sayılı ilamı ile onanmıştır.

6 Osman Yaşar–Hasan Tahsin Gökcan–Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (Madde 45-85), a.g.e., s.2574.

7 Erhan Günay, İnsan Öldürme ve Yaralama Suçlarında Faildeki Kast, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.43.

8 Fatih Birtek, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:2, 2009, s.266, (http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2009-58-02/AUHF-2009-58-02-birtek.pdf).

yaraladığı ve eylemini kendi iradesi ile son verdiği olayda; ortaya çıkan kastının yaralamaya yönelik olduğu ve bu nedenle duyulardan veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına veya işlevinin yitirilmesine neden olup olmadığı hususunda raporu da alınarak sonucuna göre yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi" bozma nedeni olarak gösterilmiş, öldürmeyi gerektirecek ölçüde bir husumetin bulunmadığı, olayda bıçağı rastgele sallayan sanığın öldürme kastından söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 26.11.2012 tarihli ve 2009/8411 E., 2012/8682 K. sayılı kararına göre, *"Oluşa ve dosya kapsamına göre; olay günü sinemadan çıkan sanığın, mağdurlar ile ters bakışma nedeniyle tartıştığı, tartışma sırasında sanığın, kavga ortamında rastgele savurduğu bıçakla mağdur G'yi biri toraksa nafiz olup, sağ meme başında, sol ön kolda, omuzda, sağ koltuk altında, sağ glutea bölgelerine toplam yedi kez vurarak pnömotoraksa ve yaşamsal tehlike geçirmesine sebebiyet verdiği, sanığın, eylemine devam etmeden olay yerinden kaçtığı olayda; sanığın engel hal bulunmaksızın eylemine kendiliğinden son vermesi, yaşamsal tehlikeye yol açan yaranın tek oluşu, diğer yaraların basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir oluşu, sanık ve mağdur arasında öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunmaması, öldürme kastını gösterir her türlü kuşkudan uzak, kesin ve yeterli kanıt bulunmamış olması karşısında; sanığın yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile TCK m.86/1, 86/3-e, 87/1-d, 29, 62, 53 uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin, öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması"* bozmayı gerektirmiştir.

Sadece suçun maddi unsuru kapsamında incelenen "icra hareketleri" esas alınarak, failin hangi suçtan sorumlu tutulacağını belirlemek isabetli değildir. Önemli olan, failin kastının hangi suçu işlemeye yönelik olduğunu anlamak ve bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmaktır. Meydana gelen bir kavgada fail ile mağdur arasında önceye dayalı veya o an başlamış bir husumet tespit edilememiş, olayın oluş şekil de kasten öldürme suçunu gündeme getirmemekte ve olay sonundaki netice, mağdurun hayati önem taşıdığı kabul edilen vücut bölgelerine vurulan birkaç basit bıçak darbesinden ibaret ise, bu durumda suçun manevi unsuru kapsamına giren failin kastını bir kenara bırakarak, yalnızca suçun maddi unsuru içinde değerlendirilen yara yerlerinden ve olayda kullanılan vasıtadan yola çıkılarak TCK m.81'deki suç ile ilgili teşebbüs hükümlerinin tatbikinde hukuka uygunluk bulunmayacaktır[9].

[9] Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I (Madde 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.255.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 09.12.2011 tarihli, 2011/4961 E. ve 2011/7639 K. sayılı kararında; "*Sanığın mağdur katılanı bıçak ile batın sol alt kadranda yaklaşık 1 cm. genişliğinde ve 10 cm derinliğinde, sol meme üst kısmında yüzeysel kesi oluşturacak şekilde, büyük damar ve iç organ lezyonuna ve yaşamsal tehlikeye yol açmaksızın, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaraladığı olayda; mağdur katılanın sol göğsünden yüzeysel kesi oluşacak şekilde yaralanmasının kavganın hareketli ortamında mazur görülebilir olması ve yara yerinin, özellikle öldürücü bölgenin hedef alındığını göstermemesi, sanık ile mağdur katılan arasında daha öncesine dayanan ve öldürmeye gerektiren bir husumetin bulunmaması, sanığın eylemine engel hal olmaksızın son vermesi ve yaralanmanın mağdur katılanın yaşamını tehlikeye sokmaması karşısında, sanık hakkında silahla kasten yaralamak suçundan TCK m.86/1, 3-e uyarınca hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması"* hususunu hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir.

Bununla birlikte, somut olayda failin eyleminin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu yönünde karar veren **Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.03.2010 tarihli ve 2009/1-252 E., 2010/46 K. sayılı kararında**, "*Sanık ve katılan arasında, olay öncesinde iki kez yumruklaşmaya varan kavga yaşanmış olması ve sanığın olay öncesinde bu nedenle katılanı aradığı, kaçamaklı savunmasında da belirttiği üzere karşılaştıklarında, 20-25 metre mesafeden 3 el ateş ettiği anlaşılmaktadır. Sanık, silahını kolluk görevlilerine boş olarak teslim etmiştir. Bütün bu hususlar nazara alındığında, sanık ve katılan arasında olay öncesinde kavgaya varan husumet bulunduğu, mağdura, elverişli vasıta niteliğindeki 9 mm'lik tabanca ile yine sonuç almaya elverişli mesafeden, hayati bölge niteliğindeki batın bölgesine yönelik olarak ateş ettiği, 3 el ateş ettikten sonra silahında mermi kalmadığı ve mağdurun yaralandığını gördükten sonra herhangi bir müdahalede bulunmadan ya da yardım istemeden olay yerinden ayrıldığı sabit olup, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır; zira sanık, önceden aralarında bulunan husumet nedeniyle elverişli mesafeden, elverişli bir silah ile mağdurun hayati bölgelerini hedef seçerek, birden fazla kez ateş etmiş, mağdurun, bu atışlardan bir tanesinin isabet etmesi nedeniyle yaralanması üzerine ve silahında merminin bitmesi nedeniyle eylemine devam edememiş, onu olay yerinde bırakarak ayrılmıştır. Bu nedenle sanığın, sabit olan eylemine uyan, kasten öldürmeye kalkışma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, dosyadaki kanıtlara uymayan bir şekilde kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizdir."* ifadelerine yer

verilmiş, yukarıda sayılan unsurlardan husumetin varlığı, elverişli vasıta ile hareket edilmesi (tabanca), darbenin şiddeti, darbelerin hayati bölgelere vurulması, failin engel bir nedenden dolayı eylemine son vermesi (merminin bitmesi) ve mağdurun yaralandığını gördükten sonra herhangi bir müdahalede bulunmaması hususlarının, yani öldürme kastının varlığı için aranan şartların hepsinin somut olayda bulunması sonucunda eylemin kasten öldürmeye teşebbüs niteliğini haiz olduğu kabul edilmiştir[10].

4. Olası Kast Bakımından Değerlendirme

Öldürme kastının bulunmadığı durumlarda, failin en azından olası/muhtemel kastla öldürmeye teşebbüs ettiğinden bahisle ceza

---

[10] Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 19.03.2012 tarihli ve 2012/543 E., 2012/1923 K. sayılı kararında da, "*Sanık H.A.'nın mağdur M.A.'ya yönelik, sanık S.T.'nin mağdur H.K.'ye yönelik kasten yaralama suçlarıyla ilgili olarak; oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık H.A.'nın etkili mesafeden av tüfeği ile ateş ederek sağ gluteal bölge, sağ uyluk ve sol ayak bileğinden isabetle, treitz ve sigmoid kolonda harabiyete neden olacak ve hayati tehlike geçirecek şekilde mağdur M.A.'yı yaraladığı, sanık S.T.'nin mağdur H.K.'ye tabancayla etkili mesafeden ateş ederek sol orta koltuk altı ve sağ ön koltuk altı bölgelerinden isabetle mide ve karaciğerde harabiyete ve hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaraladığı olayda; suçta kullanılan vasıtalar, hedef alınan vücut bölgeleri, meydana gelen harabiyetin niteliği dikkate alındığında, sanıkların eyleme bağlı olarak öldürme kastı açığa çıktığı halde sanıklar H.A. ve S.T. hakkında öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerekirken, kasten yaralama suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayin edilmesi*" ve 25.05.2012 tarihli ve 2012/1119 E, 2012/4263 K. sayılı kararında, "*Sanığın, bir süre birlikte olduktan sonra kendisinden ayrılmak isteyen mağdureye suç tarihinden önce telefonla mesaj göndermek suretiyle '...sana söyleyeceğim tek şey, seni yaşatmayacağım. Bundan emin ol', 'Ben, seni Allah'a havale etmiyorum, senin cezanı kendim verecem, sonra Allah'a havale edecem bak gör' şeklinde birden fazla kez tehdit ettiği, resmi mercilere yansıtılmamakla birlikte onu darp ettiği, olay tarihinde de müşterek arkadaşları olan tanık S.'nin tarafları konuşmak için bir araya getirdiği sırada, yine birlikte olma teklifini kabul etmeyen mağdureye yumruk ile vurduğu, S'nin araya girdiği, bu sırada olay yerine aracı ile gelen tanık A.'in, arkadaşı mağdureyi olay yerinden götürmek istediği, sanığın da, mağdurenin arkasından sarılarak, namlusunun uzunluğu sekiz cm olan maket bıçağıyla mağdurenin hayati önem taşıyan ve ana damarların yüzeye yakın yerde bulunduğu boyun bölgesini hedef alıp, iki kez vurmak suretiyle onu yüzde sabit iz niteliğinde, sağ kulak altından başlayıp boynun orta hattına doğru eğik seyirli onbir cm uzunluğunda ve 0, 5 cm genişliğinde keşi ile ilk kesinin altı cm altında, dalgalanma gösteren onüç cm'lik keşi ve sağ kulak iç kısımda bir cm'lik kesiye neden olur şekilde yaraladığı, yere düşen mağdureye karşı bu kez tekme attığı, tanık A.'in sanığa engel olduğu, sanığın, mağdureyi yaraladıktan hemen sonra 'ben sana, seni öldüreceğim demedim mi' şeklinde bağırdığı olayda; sanığın olayda kullanılan ve öldürmeye elverişli olan falçata ile olay yerine gelmesi, darbe sayısı, hedef alınan bölgelerin ve yaraların niteliği, sanığın söylediği sözler, engel durum nedeniyle eylemin sürdürülememesi, mağdurenin yere düşmesi nedeniyle sanığın amacına ulaştığına inanması birlikte değerlendirildiğinde, söze ve eyleme bağlı olarak öldürme kastıyla hareket edildiği anlaşıldığı halde, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeden, yaralama suçundan hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini*" bozma nedeni olarak gösterilmiştir.

tatbiki yoluna gidilip gidilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir ki, bu hali ile olası kasttan, yani failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesinden de bahsedilemez; zira olası kastla işlenen suçlar teşebbüse müsait olmayıp, failin hedeflediği belirli bir netice yoktur. Sadece istediği neticenin yanında gerçekleşme ihtimali mevcut, fakat gerçekleşmesine de failin örtülü olarak rıza gösterdiği suçlar vardır. Bu açıdan failin, icra hareketine girişilmiş asıl suçun yanında ve gerçekleşen netice kadar ceza sorumluluğu doğacaktır[11]. Olası kastın esasını oluşturan hareketten belirli bir suçun doğabileceğini tahmin etmek ve buna rağmen hareketten vazgeçmemek suretiyle bu sonucu istemiş olmak hususu, ancak sözü geçen netice gerçekleştiği takdirde faile yüklenebilir. Suç teşebbüste, olası kastla hareket eden faile ceza verilemeyecektir[12]. Bu durumda fail, gerçekleşen netice kadar sorumlu tutulabilecektir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 21.11.2012 tarihli ve 2012/1872 E., 2012/8562 K. sayılı kararında, *"Sanıkların etkili mesafeden mağdur Engin'e ateş ettikleri sırada, Engin'in yanında bulunmakta olan mağdurlar Serdar ve Ergin'in de isabet alıp ölebilecekleri veya yaralanabilecekleri öngörebilecek durumda olduklarından, olası kastla hareket ettiklerinin kabulüyle, olası kastla işlenen suçlarda meydana gelen sonuca göre eylemin nitelendirilmesi gerektiğinden, sanıkların mağdurlar Serdar ve Ergin'e yönelik eylemlerinin olası kastla yaralama kabul edilerek, mağdur Serdar'a yönelik eylemlerine uyan TCK m.86/1, 86/3-e, 21/2, mağdur Ergin'e yönelik eylemlerine uyan aynı yasanın TCK m.86/1, 86/3-e, 21/2 gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, yazılı şekilde olası kastla insan öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi"* halinin bozmayı gerektirdiğini, olası kastla işlenen suçlarda gerçekleşen sonuca göre eylemde nitelendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Failin yaralama kastı ile hareket edip, ölüm neticesinin doğması halinde ise, "Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" başlıklı TCK m.87'nin 4. fıkrasında düzenlenen, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi hali gereği, fail hakkında ceza tatbiki yoluna gidilecektir.

---

11 Ersan Şen, Türk Ceza Hukuku – Suçun Genel Esasları ve Unsurları, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.344.

12 Sulhi Dönmezer–Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 11. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, s.417.

5. Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Hallerinde Meşru Savunma ve Haksız Tahrik Müesseselerinin Uygulanma Şartları

Yukarıda örneklerini sunduğumuz maddi vakıalarda bir diğer sorun, meşru savunma ve haksız tahrik hükümlerinin hangi koşullar altında uygulanacağına ilişkindir.

Genellikle kasten öldürmeye suçuna teşebbüs ve kasten yaralama suçunda, haksız tahrik veya meşru savunma hükümlerinin tatbik edilerek faile cezada indirim yapıldığı (haksız tahrik) veya ceza verilmediği (meşru savunma) görülmekte, şartları ve unsurları itibariyle farklı olmakla birlikte bu iki müesseseden hangisinin uygulanacağı pratikte tartışmaya konu olabilmektedir.

Maddi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu durumlarda, fiilin hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığı ve bu nedenle kişilerin sorumluluklarına gidilemeyeceği açıktır. Hukuka uygunluk nedenleri Ceza Hukukumuzda "hakkın kullanılması", "görevin ifası", "meşru savunma" ve "ilgilinin rızası" olmak üzere dörde ayrılır.

Çalışmamıza konu maddi vakıalarda "meşru savunma" halinin sözkonusu olabileceği ihtimaline binaen, bu halin hangi şartlarda mevcut olabileceğine ilişkin bazı değerlendirmeler yapmak gerekecektedir.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak "meşru savunma", Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre, "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*". Bu hukuka uygunluk sebebi gerçekleştiğinde, hukuka aykırılık unsuru oluşmadığından bahisle fiil suç sayılmayacaktır.

Buna göre meşru savunmadan söz edebilmek için; öncelikle bir saldırının bulunması, bu saldırının bir hakka yönelmiş ve haksız olması, ayrıca gerçekleşen veya gerçekleşmesi yahut tekrarı muhakkak olması; saldırı karşısında yapılan savunmanın da zorunlu, saldırıyı yapan kişiye yönelik ve saldırı ile orantılı olması gerekmektedir[13]. Yargıtay Ceza

[13] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.09.1995 tarihli ve 1995/1-228 E., 1995/226 K. sayılı

Genel Kurulu muhtelif kararlarında meşru savunmanın unsurlarına yer vermiş, bunları saldırıya ve savunmaya ilişkin olmak üzere iki kısımda incelemiştir. Buna göre, meşru savunmanın koşulları şunlardır:

Saldırıya İlişkin Koşullar:

a. Bir saldırı bulunmalıdır; burada somut bir saldırının varlığı gerekmekte ise de, başlayacağı muhakkak olan ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur.

b. Saldırı haksız olmalıdır.

c. Saldırı 765 sayılı Kanuna göre, nefse ya da ırza; 5237 sayılı Kanuna göre ise herhangi bir hakka yönelik olmalıdır.

d. Saldırı ile savunma eşzamanlı bulunmalıdır.

Savunmaya ilişkin Koşullar:

a. Savunma zorunlu olmalıdır,

b. Saldırı ile savunma arasında orantılılık bulunmalıdır[14].

---

kararında meşru savunma ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir: "*Yasal savunma halinde işlenen fiil, hukuka uygundur. Çünkü hukuk düzeni, hakkın saldırıya uğramasına izin vermez. Hukuk, haksızlığı gidermek, adaletsizliği, saldırıları yasaklamak amacını güder. Bu nedenle hukuku korumak, haksızlığı önlemek için savaşan kimsenin hareketi, hukuka aykırı olarak kabul edilip cezalandırılamaz. Savunmada bulunmak, kendisini ve mensup olduğu türü korumak tepkisinin bir sonucudur. Bu tepki aynı zamanda toplumun çıkarlarına da uygundur. Yasal savunmada hiçbir zaman ve hiçbir durumda sanığa kaçma yükümlülüğü yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçma olanağının bulunup bulunmadığı da dikkate alınamaz. Yasal savunmadan söz edilebilmesi için; maddi mahiyette bir saldırının bulunması, saldırı ile savunmanın hemzaman olması, savunmanın saldırının devamı sırasında yapılması, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunması gerekir. Saldırı başlamadan önce savunmaya geçilmesi haklı sayılamayacağı gibi, saldırı bittikten sonra savunmada bulunulması de meşru sayılamaz. Ancak, "saldırının halen varlığını" geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza, bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Örneğin, elindeki bıçağı uyarıya rağmen bırakmayan bir kimse saldırıya başlamış sayılacağı gibi, hasmını yere yıkan kişinin saldırılarını daha ileri derecelere götüreceği anlaşılıyorsa, saldırı sona ermiş sayılamaz. Henüz başlamamış saldırı tehlike teşkil edebilir ve sona eren bir saldırının tekrar edilmesi tehlikesi de bulunabilir. Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre saptanmalıdır. Saldırıya uğrayanın bizzat fail olması gerekmez. Üçüncü bir kişinin tecavüze maruz kalması halinde de yasal savunma koşulları gerçekleşebilir".*

14 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.02.2008 tarihli ve 2007/1-281 E., 2008/37

Meşru savunmada saldırının, meşru savunmada bulunan kişiye karşı yapılması şartı aranmaz. Bir başkasına yönelik haksız bir saldırı karşısında da meşru savunmada bulunulabilir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrasında, meşru savunma kapsamında savunulabilecek haklar arasında sadece vücut bütünlüğü ile namus sayılmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında ise meşru savunma kapsamında korunacak haklarla ilgili herhangi bir sınırlama öngörülmemiş ve bireyin, gerek kendisine ve gerekse başkasına ait herhangi bir hakkına yönelik yapılacak saldırıya karşı kanuni savunma hakkının olduğu belirtilmiştir[15].

Buna karşılık bazı haklara tecavüz edilmesi, meşru savunmayı gerektiren saldırı kapsamına girmez. Örneğin, kişiye hakaret edilmesi halinde meşru savunmadan yararlanılamaz. Ancak hakaretin hakaretle karşılanması halinde, TCK m.129 uyarınca ceza verilmemesi gündeme gelebilir[16]. Hakarete uğrama karşısında müessir fiille başvurulması meşru savunmanın değil, diğer şartları oluştuğu takdirde TCK m.29'daki haksız tahrik hükümlerinin tatbikini gündeme getirir.

Örneğin, A'nın B'ye yumruk vurmak suretiyle iki dişinin kırılmasına sebebiyet verdiği, aynı şekilde C, D ve E'nin B'ye yönelik olarak kasten yaralama, hakaret ve tehdit eylemlerini gerçekleştirdikleri, akabinde A'nın, B'nin akrabası F'ye yönelik olarak D ve E'yi azmettirdiği ve bu esnada F'nin, D ve E'ye karşı bıçakla yaralama fiilini işlediği durumda; B'ye yapılan ve A'nın, D ve E'yi azmettirmesi sonucu kendisine de yapılması hususunda şüphe bulunmayan saldırı karşısında (TCK m.25/1'de belirtilen "gerçekleşmesi muhakkak olan haksız saldırı") F'nin eyleminin meşru savunma kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür. Çünkü burada, F'nin meşru savunma bilincinde olduğu, somut olayda hemzamanlık ve saldırıda bir haksızlık bulunduğu görülmektedir. Ancak burada meşru savunmadan söz edebilmek için bir diğer koşulun, saldırı ile savunma arasında orantılılık olduğu da unutulmamalıdır.

Burada saldırının, F'den önce B'ye karşı yapıldığı, F'nin bu saldırıyı defetmek zorunluluğu altında kaldığı, yani ortada biten bir saldı-

---

K. sayılı kararı.

15 Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I (Madde 1-140), a.g.e., s.68.

16 Bkz. Osman Yaşar–Hasan Tahsin Gökcan–Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (Madde 1-44), a.g.e., s.619.

rıya tepki amaçlı karşı saldırının olmadığı, aksine meşru savunma ile haksız tahriki birbirinden ayıran ve F'nin fiilini savunma amaçlı hale getiren hemzamanlığın gerçekleştiği, bu şekli ile olayın "meşru savunma" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ortadadır.

Örneği biraz daha geliştirelim. F'nin elinde bıçak bulunsun, diğerlerinin elinde ise saldırı aleti bulunmasın. Bu halde dahi doğrudan doğruya meşru savunmanın oluşmadığı söylenemez; zira meşru savunmada orantılılık koşulunu her olaya göre ayrı değerlendirmek gerekir. Birden fazla kişinin saldırıda bulunması ve saldırıda bulunan kişilerin saldırılan kişiye göre fiziki açıdan daha güçlü gözükmesi karşısında F'nin bıçakla bu kişilere karşı eylemlerde bulunması, şayet D ve E'ye isabet eden bölgeler hayati bir önemi haiz değilse veya birden fazla eylemde bulunulmamışsa, meşru savunmanın sınırlarını aşmak olarak nitelendirilemeyecektir, yeter ki F'nin amacı, saldırıyı defetmek olsun.

Saldırıda bulunan kimse veya kimseler ile savunmada bulunan kimsenin kişisel durumlarını da dikkate almak ve silahın fiziki kuvvetsizliği gidermek için icat edildiğini unutmamak gerekir[17].

Savunma hareketlerinin ve bu hareketlerde kullanılacak vasıtaların orantılı olması gerekmesi ile birlikte, bu orantının somut durumu ortaya koyduğu heyecan, telaş veya korkudan dolayı mutlaka aynı veya yakın olması beklenemez. Burada hakimin, yapılan savunma hareketleri ve vasıtalar ile saldırı arasında kabul edilebilir bir dengenin olup olmadığını araştırması ve tespit etmesi gerekir[18].

Orantılılık meselesi ile ilgili emsal teşkil edecek bir kararında Yargıtay, miras anlaşmazlığı nedeniyle silahsız birkaç kişinin toplu olarak annelerini evinden zorla götürmek istemeleri üzerine, anne olan sanığın bıçağı, mağduru korkutmak için salladığı sırada mağduru yaralaması olayında, meşru savunma koşulunun gerçekleştiğini kabul etmiştir[19].

Meşru savunma bilinci; kişinin, kendisine veya başkasına yönelik bir tecavüzün varlığının bilincinde olması ve bu tecavüzü defetmek amacı ile hareket etmesi durumunda mümkündür[20].

---

17 Sulhi Dönmezer–Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 11. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, s.118.

18 Ersan Şen, Türk Ceza Hukuku – Suçun Genel Esasları ve Unsurları, a.g.e., s.408.

19 Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 05.03.2002 Tarihli ve 3997/632 sayılı kararı.

20 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.334.

TCK m.25'in gerekçesinde de belirtildiği üzere, meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu açısından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 15.05.2008 tarihli ve 1007/1774 sayılı kararında, "*Mağdur tarafın kalabalık bir grup halinde ellerinde sopa, demir boru ve taşlarla muhtarlık odası önüne gelip sanığın üzerine yürüdükleri, tanıkların bir olay olmaması için engel olmaya çalışıp sanığı içeriye aldıkları, buna rağmen, mağdur tarafın ellerindeki demir, sopa ve taşlarla köy odasına saldırdıkları, camları ve kapıyı kırıp içeri girdikleri sırada sanığın tabancasını çıkarıp uyardığı, içlerinde mağdur ve müdahilin de bulunduğu grubun eylemlerine devam etmesi üzerine ilk önce havaya ateş ettiği, saldırının sürdürülmesiyle yere ateş ettiği ve mağdurları hayati tehlike geçirmeyecek şekilde yaraladığı olayda, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen haksız saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiilden, yasal savunma nedeniyle TCK m.25/1 gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması*" hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir[21].

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.05.1990 tarihli ve 1990/1-133 E., 1990/155 K. kararında, "*Sanık ve arkadaşı; bıçak, mın*çıka, taş ve sopalar bulunan altı kişinin toplu saldırısına uğrayınca paniğe kapılıp salt kendisini korumak ve tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket ettiğine göre yasal savunma koşulları içindedirler. Kaçma olanağı varken kaçmamış olması bu koşulları ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yüklenilen suçu yasal savunma koşulları altında işlediği anlaşılan sanık hakkındaki direnme hükmünün açıklanan bu değişik gerekçesiyle bozulmasına karar verilmelidir" gerekçesine yer vererek, meşru savunmanın koşullarını oluştuğunu belirtmiştir.

Bu açıklamalarla birlikte, yukarıda meşru savunma ile ilgili olarak saydığımız koşullardan birisinin dahi gerçekleşmediği durumda TCK m.25/1 tatbik alanı bulamayacak, suça konu eylemin, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi durumunda, TCK m.29'daki haksız tahrik hükümleri uyarınca fail hakkında cezada indirime gidilebilecektir. Haksız tahrik, hemza-

[21] Karar için bkz. Osman Yaşar–Hasan Tahsin Gökcan–Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (Madde 1-44), a.g.e., s.649.

manlık ve zorunluluk içermeyen bir etki-tepki hali olduğundan, yani haksız fiile duyulan şiddetli elem veya hiddetten kaynaklandığından, haksız tahrikten kaynaklanan fiil hukuka uygun hale gelmeyecek ve suç olmaya devam edecek, ancak faile bir haklılık payesi de verilmek suretiyle haksız tahrikin ağırlığına ve yol açtığı etkiye göre failin cezasında indirime gidilecektir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 24.10.2011 tarihli ve 2011/5517 E., 2011/6217 K. sayılı kararında, "*Olay akşamı garaj odasında arkadaşlarıyla televizyon izlediği sırada maktulün alkollü bir şekilde yanlarına geldiği, sanığa küfür ederek televizyonu dışarı attığı, masa ve ısıtıcıyı tekmeleyerek ortalığı dağıttığı, tanıkların tutup sakinleştirmeye çalıştıkları, maktulün kendine ait araca giderek bir şeyler aradığı, sanığın da kendi tır kamyonuna bindiği, maktulün birkaç dakika sonra taşla sanığın kamyonuna vurarak küfür edip dışarı çağırdığı, sanığın inmesi üzerine ona vurmaya çalıştığı, sanığın da bıçakla maktulün göğsüne bir kez vurarak öldürdüğü olayda*", sanık müdafiinin meşru savunmaya yönelik açıklamaları isabetli görülmemiş ve fail hakkında haksız tahrik indiriminin tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Haksız tahrik, failin haksız bir yol açtığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında gerçekleşen karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. **Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;**

a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil olmalı,

b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,

c) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı, işlenen suç ile haksız tahrik arasında illiyet bağı olmalı,

d) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır[22].

Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı halinde, iki tarafın tahrik oluşturan haksız davranışları birbirine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri gözönünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet

[22] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2012 gün, 2012/1-560 E. ve 2012/227 K. sayılı kararı.

düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı[23], buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, başlangıçtaki haksız davranışa gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir[24].

Şartları ve unsurları itibariyle birbirinden farklı müesseseler olan meşru savunma ve haksız tahrik hallerinde temel farklılık, meşru savunma halinde bulunan failin, saldırıyı defetmek amacıyla hareket etmesi, haksız tahrikte ise haksız bir fiilin yol açtığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesidir.

Meşru savunma halinde, haksız bir saldırıya karşı o an için savunma mecburiyetinde kalındığı halde; haksız tahrikte, meydana gelen haksız saldırının karşısında savunma mecburiyeti olmadan, sadece haksız fiilin fail üzerinde meydana getirdiği öfke veya üzüntüye duyulan tepkiyle suç işlenmektedir[25]. Esasında, bir düşünceye göre iki durumda da suç oluşmaktadır. Meşru savunmada işlenen fiilin hukuka uygunluk sebebiyle faile ceza verilmemesi gündeme gelmektedir. Meşru savunmanın bu şekilde tanımlanan hukuki nitelendirilmesine katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Meşru savunma bir cezasızlık hali olmayıp, suçun dört unsurundan birisi olan "hukuka aykırılık" unsurunun gerçekleşmediği durumda fiil suç sayılmayacak ve suç sayılmayan fiilden dolayı da faile ceza verilemeyecektir. Çünkü suçun unsurlarından birisi oluşmadığında, somut olaya konu fiili suç olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Meşru savunma, bu yönü ile de haksız tahrikten ayrılır. Haksız tahrikte, tahrike konu fiil suç olmaya devam etmekte, fakat failin cezasında bir haklı nedenle indirime gidildiği halde, meşru müdafaada, savunmaya konu fiil suç teşkil etmemektedir.

---

23 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.05.2004 gün, 2004/174 E. ve 2004/118 K. sayılı kararına göre, *"Tepki suçunda tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından önem taşıyan husus, failin suçu önceki haksız davranışın doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında işleyip işlemediğidir. Mağdurdan gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir".*

24 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 gün, 2011/1-51 E. ve 2011/42 K. sayılı kararı.

25 Ersan Şen, Türk Ceza Hukuku – Suçun Genel Esasları ve Unsurları, a.g.e., s.479.

İki farklı müessesenin bazı maddi vakıalarda, özellikle karşılıklı kavga hallerinde karıştırılmasının nedeni de, hem meşru savunma halinde ve hem haksız tahrik halinde bir haksızlığa tepkinin bulunmasıdır. Bu açıdandır ki meşru savunma şartlarının oluşmadığı durumda, kişiye karşı yapılan saldırının haksızlık oluşturduğu da düşünüldüğünde, meşru savunma yerine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Yeter ki fail, tahrikin meydana gelmesine kendi kusuru ile sebebiyet vermemiş olsun.

KAYNAKLAR

Birtek, Fatih:"Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:2, 2009, (http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2009-58-02/AUHF-2009-58-02-birtek.pdf).

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 11. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997.

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 11. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997.

Günay, Erhan: İnsan Öldürme ve Yaralama Suçlarında Faildeki Kast, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Meran, Necati: Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Şen, Ersan: Türk Ceza Hukuku – Suçun Genel Esasları ve Unsurları, Der Yayınları, İstanbul, 2002.

Şen, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I (Madde 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (Madde 1-44), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (Madde 45-85), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

LAİKLİK VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ
LAICISM AND FREEDOM OF RELIGION

Korkut KANADOĞLU*

Özet: Sekülerleşmenin kurumsal yapılaşması olarak tanımlanabilecek laikliğin iki yönü bulunmaktadır: Din ve vicdan özgürlüğünün ve farklı anlayışların toplumda bir arada yaşamasını sağlamak ve din istismarcılığının devlet üzerinde vesayet kurmasını engellemek. İşte bu noktada ortaya çıkan katı laiklik-pasif laiklik ayrımı, Anayasa Mahkemesi kararlarını da önemli ölçüde etkilemektedir. Din özgürlüğü, sınırsız kullanabilen bir hak değildir. Din özgürlüğü, çoğunlukla sınırını diğer temel hakların kendisinde bulmakla beraber, farklı topluluklar ve koruduğu alanlar açısından her somut olayda ayrı ayrı yorumlanmalıdır. Makalede din özgürlüğüne ilişkin sorunlar, Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ışığında ayrıntılı biçimde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sekülerizm, Laiklik, Katı Laiklik, Yumuşak Laiklik, Din Özgürlüğü, Forum Internum, Forum Externum.

Abstract: Laicism, which could be described as the instutionalisation of secularism, has two aspects: Guaranteeing the freedom of thought, conscience and religion, enabling the coexistence of different opinions within the society, and preventing the dominance of religious exploitation over the state. At this point, the distinction between absolute and flexible laicism appears and significantly influences the decisions of the Turkish Constitutional Court. The freedom of religion cannot be enjoyed in an unlimited way. Although the limits of the freedom of religion are mostly rooted in other fundamental rights, they should be interpreted differently in each circumstance, depending on various societies and the field of protection of the rights. In this Article, the problems regarding the freedom of religion have been considered in detail in the light of decions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Keywords: Secularism, Laicism, Absolute Laicism, Flexible Laicism, Freedom of Religion, Forum Internum, Forum Externum.

* Prof. Dr. , Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

I. Laiklik Tanımı

Laiklik kavramı felsefi ve sosyolojik alanda ele alınabileceği gibi siyasi-hukuki açıdan da yorumlanabilir.[1] Buna göre laiklik şöyle anlaşılabilir; "Sayesinde din ve vicdan özgürlüğünün bir arada bulunduğu, herkes için eşit adalet talebine uygun, devletin farklı anlayışların toplumda birlikte yaşamasını sağlamak amacıyla tarafsız (nötr) kalmayı garanti ettiği (ilerici) bir siyasal düzenleme".[2] Bu tanıma 1961 ve 1982 Anayasaları'ndan kaynaklanan bir ek de yapılabilir: "Yalnızca din-devlet ayrılığı değil; aynı zamanda din istismarcılığının toplum üzerinde vesayet kurmamasını kontrol hakkı".[3]

Laikleşme, sekülerleşmenin kurumsal boyutudur. **Sekülerleşme**[4], ortak kültürle din dünyasını görece birbirinin içine sokarken, laikleşme herşeyden önce dinin eğitim alanındaki rol ve yerindeki değişimi ortaya koymaktadır. Bu açıdan laiklik işlev değişikliği yarattığı için siyasi çatışmalara yol açmaktadır. Ancak bu değişim gerçekleştiği anda; örneğin bugün laik Fransa'da diğer liberal demokrasilerden farklı nitelikte bir hukuki rejim gerekmemektedir.[5]

Laiklik, sekülarizm gibi terimler tarihsel açıdan Hıristiyan dinindeki halkların ülkelerine özgü olan dini ve siyasi koşullar altında doğmuş olmakla beraber, Türkiye'deki gelişimin İslamlıktaki devletle din arasındaki ilişki tarihinin Hıristiyanlıktaki karşıtlığından farklı oluşu-

---

1 Laikliğin bu anlamları için bkz. Yayla A. , Siyaset Teorisine Giriş, 5. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 135-136. Ayrıca bkz. Kılıçbay M. A. , "Laiklik Ya Da Bu Dünyayı Yaşayabilmek", Cogito, Sy. 1, Yaz 1994, s. 13-29.

2 Milot'nun tanımını aktaran Bauberot J. , Laiklik, Tutku ve Akıl Arasında 1905-2005, (çev. Er A.) İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 10.

3 T. Z. Tunaya'nın tanımını aktaran Çelik B. , "Bir Sis Çanı Gecenin İçinde": Tarık Zafer Tunaya'nın Gazete Yazılarında Türkiye'nin Güncel Sorunları, Tanör Armağanı (Haz. M. Ö. Alkan), Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 126. Aynı yönde bkz. Soysal M. , 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 1987, s. 258.

4 "Sekülarizm" ve "sekülarist" sözcükleri İngilizceye on dokuzuncu yüzyılın ortalarında "ateist" ve "kâfir" suçlamalarından kurtulmaya çalışan özgür-düşünürler tarafından sokulmuştur, Asad T. , Sekülerliğin Biçimleri, (çev. Aydar F. B.), Metis Yayınları, İstanbul 2007, s. 36.

5 Morange J. , "Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 134. Bu görüşe karşılık, ABD ve diğer batı Avrupa ülkelerinden farklı olarak Fransa'da (özellikle okullarda) dine yönelik dışlayıcı bir politika izlenegeldiği ileri sürülmektedir, bkz. Kuru A. T. , Pasif Ve Dışlayıcı Laiklik, (çev. Babaoğlu E. Ç.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 137-138.

na göre anlaşılması gerekir.[6] Bu nedenle hem bir ideoloji, hem de bir aksiyon olan[7] laikliğin anlam ve kapsamını belirleme açısından, onun ait olduğu dildeki işlevine bakmak ve değerlendirmeyi buna göre yapmak gerekecektir.[8]

Anayasa Mahkemesi, laikliği hem "Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce", hem de "ülkemize özgü ve tarihsel nedenleri bulunan, klasik ve bilimsel tanımlardan ayrılıkları bulunan anlayış ve uygulama modeli" olarak tanımlamaktaydı.[9] Bu tanım, radikal, militan ve dışlayıcı olarak nitelendirilmiştir.[10] Laiklik tanımına ilişkin içtihadını değiştiren Anayasa Mahkemesi, artık **katı laiklik** anlayışı yerine **yumuşak laiklik** anlayışını benimsediğini ileri sürmektedir.[11] Ancak bu yeni içtihada göre katı laiklik anlayışında dinin, "bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgu" olarak belirtilmesi, evrensel ve felsefi verilere uygun düşmemektedir.[12]

---

6 Berkes N. , Teokrasi ve Laiklik, Adam Yayıncılık, İstanbul 1984, s. 24-25; Feyzioğlu T. , "Türk İnkılabının Temel Taşı: Laiklik", içinde: Atatürk Düşüncesinde Din Ve Laiklik, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2008, s. 138-139; Özbudun E. , "Atatürk ve Laiklik", age. s. 323-324.

7 Özek Ç. , Türkiye'de Laiklik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1962, s. 6.

8 Dinçkol B. , 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul 1992, s. 6.

9 E. 1989/1, K. 1989/12, Kt. 7.3.1989.

10 Tanör B. , Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1994, s. 56. Çağlar da devletin din üzerindeki denetimi anlamındaki laikliği aktif ya da militan laiklik olarak anlamlandırmıştır ve laiklik bir "hümanizma" olabilir mi sorusunu sormuştur, Çağlar B. , "Türkiye'de Laikliğin "Büyük Problem"i Laiklik Ve Farklı Anlamları Üzerine", Cogito, Sy. 1, Yaz 1994, s. 114-115. Özbudun ise "bir siyaset bilimcimizin" yaptığı adlandırmaya bağlı kalarak, Türk Anayasa Hukuku adlı eserinin daha önceki baskılarında hiç değinmediği (7. Baskı, 2007) bu anlayışı, "dayatmacı laiklik" olarak nitelendirmekte ve "pasif laiklik" tanımını benimsemektedir, Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 84-87. Aynı değerlendirme için bkz. Özbudun E. , "Laiklik ve Din Hürriyeti, içinde Demokratik Anayasa (haz. Göztepe E./Çelebi A.), Metis Yayınları, İstanbul 2012, s. 169-177. O "siyaset bilimcimiz", A. T. Kuru'nun "dışlayıcı" laiklik tanımı için bkz. Kuru A. T. , Pasif Ve Dışlayıcı Laiklik, s. 174-177.

11 E. 2012/65, K. 2012/128, Kt. 20.9.2012.

12 Ayrıca bu tanım, Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 1971 tarihli Din Hizmetleri Sınıfı kararında (E. 1970/53, K. 1971/76, Kt. 21.10.1971) geliştirdiği ve sonraki kararlarında da sürekli kullandığı "Dinin, bireyin manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla sınırlamalar" getirilebileceği yönündeki görüşüyle de örtüşmemektedir.

Yine Mahkeme'nin, benimsediği yumuşak laiklik anlayışının dinin "toplumsal görünürlüğüne imkân tanı"dığı ve "laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı(nın) devletin müdahalesi dışında" olduğuna dair tespitleri doğal sonuçlarına uzatıldığında, bütün toplumsal ve hukuki yaşamın din kurallarının hegomonyası altına girmesi kaçınılmaz olur. "Dinsel inanışlar ve bunlara uygun yaşama hakkı" gerekçesiyle sosyal ve kültürel yaşamın bütün dokularına[13] din kurallarının ve dinci ideolojinin damgası ister istemez düşecektir.[14]

II. Din Özgürlüğünün Niteliği, Yorumu ve Kolektif Kullanımı

Din özgürlüğünün demokratik devlet oluşumu için temel oluşturan niteliği (1), bu özgürlüğün koruduğu farklı alanların geniş yorumlanmasını gerektirmektedir (2). Temel hak ve özgürlükler, aralarında nitelik farkı olmakla birlikte, kaynağı ve amacı bakımından ortak bir temele sahiptir. Temel hak ve özgürlüklerin bu anlamda bir bütün oluşturması, din özgürlüğünün kolektif kullanımı halinde diğer hak ve özgürlüklerle arasında bir ilişki kurulmasına yol açmaktadır (3).

1. Niteliği

Din (ya da inanç) özgürlüğünün, düşünce özgürlüğü gibi özgürlükçü demokratik bir anayasal devlet için kurucu ve temel oluşturan bir anlamı bulunmaktadır. En eski temel haklardan biri olarak inanç özgürlüğü, tarihsel ve sistematik olarak modern bir anayasal devlet olmanın zorunlu koşuludur. Çünkü devletin dinler karşısındaki tarafsızlığı, öncelikle inanç özgürlüğünün tanınmasıyla gelişmiş, devlet de bu özelliğiyle vatandaşların diğer özgürlükleriyle birlikte gelişmiştir. Dinsel, siyasal ya da özel alanda kişiliğin özünü belirleyen tinsel özgürlük, kamusal düşünce oluşumunu gerekli kılar. Kamusal düşünce

---

13 Kürtajın yasaklanmasına, kız ve erkek üniversite öğrencilerinin aynı evde kalamayacağına (http://gundem.milliyet.com.tr/turkiye-kizli-erkekli-ogrenci/gundem/detay/1788449/default.htm), başörtüsünün dinimizin gereği olduğuna (http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/5477/Gunay__Ortunme_gerekcesi_dayatmadir.html#) yönelik açıklamalar, dinsel hukuku dayatma anlam ve sonucu doğuracak niteliktedir.

14 Tanör B. , Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 57.

oluşumu, batılı çağdaş devletlerin temelini oluşturur; basın, düşünce ve bilim özgürlükleri, tarihsel gelişimleri bakımından din özgürlüğüne kadar geriye gider. Tinsel ifade özgürlüğünün bu yüksek derecesi, düşünme özgürlüğü ve tüm yaşam alanlarındaki kitlesel iletişim hakkıyla ifade edilebilecek insan onurundan kaynaklandığı gibi, aynı zamanda anayasal devlet olmanın da önemli koşullarındandır.[15] Kamusal alanda düşüncelerin özgür ve açıkça tartışılması ve sorunların belirlenmesi ve çözümüne ilişkin yaratıcı çeşitlilik, olguların çarpıtılarak görüş oluşturulmasını engellediği gibi demokratik anayasal devletin güçlü yanını ortaya çıkarmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) da düşünce ve bilgi edinme hakkının işlevini bu yönde anlamaktadır.[16]

Din özgürlüğünün korunması, devletin ideolojik ve dinsel tarafsızlığını garanti edecek[17], böylelikle siyasal yaşam için zorunlu olan demokrasi gibi değerlerin istikrar kazanmasına yardım edecektir. Şeriat talebi ise çok yönlü bir olgudur; yozlaşmış yöneticiler onu benimseyerek (kullanarak) meşruiyet kazanmaya çalışırlar.[18]

2. Temel Hakkın Koruma Alanının Geniş Yorumu (Farklı Koruma Alanları)

Tinsel tüm özgürlüklerde olduğu gibi din özgürlüğünün de temel hak koruma alanı farklı bileşenlere sahiptir ve geniş yorumlanmaktadır. Din özgürlüğü, Anayasa'nın 24. maddesinde kapsamlı biçimde tanınmış ve güvence altına alınmıştır. Madde metni, toplam beş temel hak içermektedir; **vicdan özgürlüğü, dini inanç özgürlüğü, kanaat özgürlüğü, dini inancını gösterme ve dinsel ibadetin (forum externum) korunması ve dini eğitim özgürlüğü.**[19] Din özgürlüğü, klasik ve

15 Morlok, in: Dreier, GG, 2. Auflage, 2004, Art. 4, Rn. 41.

16 Schulze-Felitz H. , "Meinungs- und Religionsfreiheit im verfassungsrechtlichen Vergleich", JÖR N.F. 59, s. 260.

17 Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. BVerfGE 19, 216; 33, 28; 93, 1.

18 Zubaida S. , İslam Dünyasında Hukuk Ve İktidar, (çev. Birinci Kocoğlu B./Hacak H.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 11.

19 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 9. maddesi dört koruma alanı içermektedir. Madde metninde açıkça ifade edilenler, düşünce , vicdan ve din özgürlüğü iken, 1. fıkrada kanaat özgürlüğünün de korunduğu anlaşılmaktadır. Alman Anayasası'nın 4. maddesinden ise üç temel hak alanı elde edilmektedir; din ve ve dünya görüşü özgürlüğü, vicdan özgürlüğü ve vicdani red hakkı.

liberal bir özgürlük olarak tüm temel hak ve insan hakları belgelerinde yer almaktadır.[20]

Bu kapsamıyla "bütün (tek) bir temel hak" olarak etkisini gösterdiği de kabul edilmektedir.[21] Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, Alman Anayasası'nın 4. maddesinin sözel ve sistematik yorumunun telkin ettiği koruma, inançları doğrultusunda yaşama, buna uygun giyinme, ebeveyn olarak çocuklarının dinsel eğitimini vermeyi de kapsar.[22]

İnsanın kendisini ruhsal olarak belirlemesini koruyan bu haklar, aynı zamanda toplumsal barış ve çoğulculuğa hizmet eden anlamlı bir azınlık hakkıdır. Dinler, devlet sınırlarıyla bağlı olmadığından ve dine müdahalenin en uzak bölgelerde bile dinsel topluluklar üzerinde etkileri olduğundan, dinin ulusal düzeyde korunması, uluslararası barışa da katkı yapacaktır.[23] Devletin, dini üçüncü kişilerin saldırılarına karşı koruma yükümlülüğü, din karşıtı düşünce açıklamalarında söz konusu olabilmektedir. Dine hakaret kabul edilen bir filme yayın izni verilmemesi, elkonulması veya yasaklanması ya da dini propagandanın engellenmesi gibi koruma önlemleri, din özgürlüğü ile ifade ve sanat özgürlükleri arasında bir tartımı gerektirir. İHAM, bu tartımda taraf devlete geniş bir değerlendirme serbestliği tanımaktadır.[24] Bu olaylarda belirleyici ölçütler, dini duyguların "temelsiz bir aşağılamayla" zarar görüp görmediği, dinsel bir nefrete sevkedip etmediği ve önlemin ölçülü olup olmadığıdır.[25]

3. Temel Hakkın Kolektif Kullanımına Katkı

İnanç özgürlüğünün salt kişisel boyutu aşılmışsa, bu özgürlük bireysel özgürlüğün gerçekleşmesi için bir yardımcı olarak kolektif

---

20 Örnek olarak 1776 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi (16. Bölüm), Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (md. 10), İHAS (md. 9).

21 Kloepfer M. , Verfassungsrecht Band II, Grundrechte, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 240.

22 BVerfGE 24, 236, 245; 32, 98, 106; 108, 282, 297.

23 Son dönemde "Müslümanların Masumiyeti" isimli film, İslamofobi ve ifade özgürlüğü tartışmalarını alevlendirmiştir, bkz. Küçük T. S. , "Batı'nın İki Yüzü: İslamofobi ve İfade Özgürlüğü", Cumhuriyet, 5.11.2012.

24 İHAM, 13.9.2005, İ.A. v. TUR, Nr. 42571/98, Prg. 25.

25 İHAM, 31.1.2006, Giniewski v. FRA, Prg. 52 (bir papalık genelgesine yönelik eleştirinin mahkum edilmesi).

özgürlük kullanımının kurumsal yapısı içinde değerlendirilmelidir. Örneğin bireysel düşünce özgürlüğü, söz, yazı ve resim ile yapılan açıklamaları korur. Ne zaman ki düşünce açıklamaları kitle iletişim araçlarıyla yayılıyorsa, bireysel iletişim aşılmış ve Anayasa'da yer alan bir başka özgürlük (basın) ek olarak devreye girmiştir. Bu özgürlük ise kendi hukuksal rejimine tabidir; kendine özgü tehlike hallerini içerir (Anayasa md. 28/4-8). Yaygın medya, bireyler arası somut yaşam ilişkisi biçimindeki iletişimden farklı olarak özellikle süreklilik gösterir. Şöyle ki, medyada yer alan açıklamanın içeriği bakımından ölçüt, düşünce özgürlüğü olarak kalır; bunun yanında kurumsal yapıyla ilgili medyaya özgü herşey, özel olarak düzenlendiği basın (medya) özgürlüğüne bağlıdır. Yayının şekli, türü, içeriğini belirleme hakkı, özellikle bu kapsamda yer alır.[26]

İlk baştan beri dinsel kurumlar, inanç hürriyeti için kurucu olan grup halindeki boyutu oluşturmaktadır. Böylelikle bireylerin inanç özgürlüğü desteklenmekte ve din özgürlüğünün işlevsel olarak kullanılması ve gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır. Bu bakımdan dini topluluklar (cemaatler) özel hukuk tüzel kişileri olarak (örneğin dernekler) din özgürlüğüne dayanabilirler mi? Bireysel dini özgürlüklerle kurumsal dini özgürlüklerin ilişkisi günümüzün tartışma konuları arasında yer almaktadır.

III. Din Özgürlüğünün Anlamı ve Koruma Alanı

Din özgürlüğünün ne anlama geldiği konusundaki temel sorun şudur: İlgili topluluğun kendi tanımı mı bir bütün olarak kabul edilecek, yoksa dışarıdan nesnel bir standart mı getirilecek? Buradaki belirleyici ölçüt, temel hak süjesinin dinsel inanışı ve dini topluluğun kendi anlayışı değildir. Bu nedenle bir topluluğun, bir dine inandığı ve bir dini cemaat oluşturduğuna dair kendi anlayışı ve iddiası, kendisi ve üyeleri için din özgürlüğüne dayanmayı her zaman haklı kılmaz. İHAM, ortalama (karma) bir çözümü benimsemiştir. Buna göre ilgilinin kendi anlayışı, en azından bir çıkış noktası olarak kabul edilmeli, fakat dışarıdan da asgari koşullar getirilmelidir. Bu anlamda en azın-

[26] Basın rejimine ilişkin bkz. İçel K./Ünver Y. , Kitle İletişim Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012, s. 91-118.

dan "teşhis edilebilir bir din" olması gerekir.[27] Buna göre, bir dinsel görüş, belirli ölçüde inandırıcılık, ciddilik, bağlam ve anlama sahipse korunur.[28] Burada söz konusu olan şekli özelliklerdir; Madde 9'un koruması, hiçbir biçimde görüşün dini açıdan sağlam ya da haklı oluşuna bağlı kılınamaz.

İHAM yeni kararlarında, örneğin "Scientology"'nin bir din olup olmadığı sorununda, ikincillik ilkesine dayanarak çözümü iç hukuk düzenlemelerine bırakmaktadır.[29] Örneğin Almanya'da sadece din ve inanca dayalı bir davranış, bu özgürlüğün koruma alanına girmektedir. Bu tür bir davranışa dayanak oluşturan görüşün de tinsel içeriği ve dış görünümü ve güncel yaşam gerçekliği, kültürel gelenek ve genel olarak din bilimi anlayışına göre din olarak kabul edilmesi gerekir.[30] Bu anlamda anayasanın koruması altındaki din ve dünya görüşünden insan varlığının anlamı, insanın kendisini çevreleyen dünyasal ve dünya dışı gerçeklikle veya bundan kaynaklanan önemli yaşam ilkeleriyle olan ilişkisi konsepti anlaşılmaktadır.[31]

İHAM, pragmatik nedenlerle din kavramının sabit bir tanımını vermekten kaçınmaktadır. Sadece büyük dinler değil, yeni dinsel hareketler de bu özgürlüğün koruma alanına girebilmektedir. Mahkeme, semavi dinler ve Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanı sıra Krişna inancı, Yehova Şahitliği, Tanrısal Işık Merkezi gibi inanç sistemlerini de 9. madde kapsamında değerlendirmektedir.[32]

Bu özgürlük üç faaliyet alanını korumaktadır; inanç ve vicdan (düşünme), açıklama (konuşma) ve eylem. İçsel din özgürlüğü (forum internum) altında ilk faaliyet (düşünme) yer alır ve bir dini görüşü benimsemek ve değiştirmek hakkı korunur. Bu bağlamda inanç, insanın Tanrı ve öbür dünyaya ilişkin iç görüşünü ifade eder. İnanç özgürlüğü kapsamlıdır; sadece dinlerle ilgili değildir; ateizm, pasifizm, materya-

---

27 İHAM, 4.10.1997, X v. VK, Nr. 7291/75 (Bir hükümlünün iddia ettiği "Wicca" dininin kayda geçirilmesi talebinin reddi, İHAS md. 9'u ihlal etmez.).

28 İHAM, 7.12.2010, Jakobski v. POL, Nr. 18429/06, Prg. 44.

29 İHAM, 1.10.2009, Kimlya vd. v. RUS, Nr. 76836/01, Prg. 79.

30 Somut olayda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Şii İslam'dan kaynaklanan Bahailiği bir din olarak tanımıştır; bkz. BVerfGE 83, 341, 353.

31 Listl J. , Das Grundrecht der Religionsfreifeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, Duncker und Humblot, Berlin 1971, s.362

32 Ağırbaşlı Ş. , "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din Ve Vicdan Özgürlüğü", TBB Dergisi, 2012 (101), s. 86.

lizm, monizm ve panteizm gibi ideolojileri de içerir. **Vicdan** sözcüğünden de insanın ahlak kuralları ve kendisini yükümlü kılan güçler karşısındaki bilinci anlaşılır. Kişinin, düşüncesi gereği değiştiremeyeceği konumunu koruyan vicdan özgürlüğü temel hakkı, böylelikle öznel hakları güvence altına alması yanında, yüksek anayasal derecede bir ilkedir. İçsel din özgürlüğü (forum internum) altındaki ikinci faaliyet ise dini kanaatini (vicdan ve inancını) açıklama ya da buna dayalı kararların açıklanmasıdır.

İnanç özgürlüğünü koruma anlayışı, daha ilk adımda kendi inanışına göre din olarak ortaya çıkanı, devletin salt kendi ölçütleriyle işlevsel açıdan değerlendirmesini yasaklamaktadır. Ancak ikinci adımda bir belirlilik denetimine izin verilmektedir. Bu nedenle yargının kararlarında ön planda olan dinsel girişimlerin kamuoyundaki aktif etkisi değil, devletin somut olayda bireyin din özgürlüğü aleyhine olan uygunsuz isteğine karşı bireysel korumadır. Bu bağlamda din özgürlüğü, dini inançları gereği yaşam kurtaran kan naklini reddetmenin cezasız kalmasını güvence altına alır.[33] Ancak bu bağlamda yaşamını dini ilkelere göre yönlendirme hakkı, hukuk düzenine aykırılıklar için bir gerekçe oluşturmayacağı gibi suç teşkil eden davranışların cezai yaptırımından kurtulma olanağı da vermemelidir. Nitekim askeri harcamaların finansmanında da kullanılan verginin ödemesi zorunluluğu vicdan özgürlüğüne aykırı olmadığı[34] gibi elektrik faturasının nükleer santrallardan üretilen akıma karşılık gelen kısmının ödenmesinden kaçınma hakkı da bulunmamaktadır[35].

Dışsal din özgürlüğü (forum externum) ise kamu alanında bir dini inancı gösterme ve ona uygun davranma hakkını korur (dini ibadet, öğrenim vb.).

Pozitif din özgürlüğüyle birlikte negatif din özgürlüğü de korunur.[36] Bir dini inanca sahip olmamak, dini inancını açığa vurmak zo-

---

33 Kocanın kendi inançlarına aykırı olarak karısını kan nakline ikna etmemesi nedeniyle cezalandırılamayacağına ilişkin Alman Anayasa Mahkemesi'nin "üfürükçü" kararı için bkz. BVerfGE 32, 98, 109; bir Yehova şahidinin dini nedenlerle kan naklini reddetme hakkını tanıyan İlionis Yüksek Mahkeme kararı için bkz. 205 N. E. 2d 442 (1965).

34 Çünkü verginin kullanılış amacı, vergi ödeyenlerden hiçbiri tarafından etkilenemez, İHAK, 15.12.1983, C. V. VK, Nr. 10358/83.

35 Bkz. NJW 1983, s. 32.

36 Bu ayrım, "dine özgürlük" ve "dinden özgürlük" olarak da ifade edilmektedir,

runda olmamak, tüm dinler karşısında kayıtsız kalmak özgürlüğünü korur. Negatif din özgürlüğüne ilişkin İHAM, Türkiye aleyhinde verdiği kararla, nüfus cüzdanında kişinin dini mensubiyetini belirtmesi zorunluluğunun, İHAS md. 9'u ihlal ettiğini saptamıştır. [37] Ancak gerek Anayasa Mahkemesi[38] gerekse Danıştay[39], negatif din özgürlüğünü ihlal eden kararlar vermiştir. Oysa negatif din özgürlüğü, özellikle güçlü bir korumaya sahiptir. Dini inancın açıklanmaya zorlanması, bir sınırlama olanağı olmaksızın negatif din özgürlüğünü ihlal eder. Örneğin milletvekilinin ya da mahkemede şahidin dini yemin zorunluluğu, bu özgürlüğün ihlaline neden olur.[40]

Türkiye'de din uygulaması ile ilgili asıl özgürlük sorunu, çoğunlukla negatif din özgürlüğü bağlamında ibadete zorlanma biçiminde kendini göstermektedir. Bu konudaki baskı ve zorlamalar hem görevlilerden, hem de özel kişilerden gelmektedir.[41]

Dışsal din özgürlüğü de bu tür sorunların yaşandığı bir diğer alandır. Dini sembollerin sergilenmesi ve dini yemek hükümlerine uyulması da bu özgürlüğün koruma alanındadır. İHAM, türbanın üniversitelerde yasaklanmasını, İHAS'a uygun bulmuş[42], beden dersinde

---

37 bkz. Vural H. S. , Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, s. 294. Negatif din özgürlüğüne ilişkin İHAM, Türkiye aleyhinde verdiği kararla, nüfus cüzdanında kişinin dini mensubiyetini belirtmesi zorunluluğunun, İHAS md. 9'u ihlal ettiğini saptamıştır, Işık v. TUR, Nr. 21924/05.

38 Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın öngördüğü anlamda dinî inanç ve kanaatlerinin değil, sadece kisinin özgün durumu yönünden kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak gözönünde bulundurulmak üzere dinînin ne olduğunun açıklanması söz konusu olmaktadır ki, bu kuralın da zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile bir ilişkisi bulunmamaktadır.", (E. 1995/17, K. 1995/16, K.t. 21.06.1995).

39 Danıştay ise din hanesine "Bahai", "Gök-Tanrı" ve "Yehovanın Şahidi" dinlerinin yazılması istemini reddeden idari kararların iptali istemini reddeden mahkeme kararlarını onamıştır. Kararlar için bkz. Erdem Karahanoğulları Ö. , "Danıştay Kararlarında Din, Vicdan, Düşünce Özgürlüğü", http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt5/Karahanogullari_DinOzgurlugu.pdf.

40 İHAM, 18.2.1999, Buscarini v. SMR, Nr. 24645/94 (milletvekilinin dini yemin zorunluluğu), İHAM, 21.2.2008, Alexandridis v. GRE, Nr. 19516/06 (avukatın, Yunan-Ortodoks kilisesine mensup olmadığını açıklamak zorunda bırakacak yemini etmekten kaçınması).

41 Bu konudaki çok sayıda örnek için bkz. Tanör B. , Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 48-49.

42 İHAM, 10.11.2005, Şahin v. TUR, Nr. 44774/98, Prg. 78. Bu karara ilişkin bir tahlil için bkz. Ulusoy A. , "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", AÜHFD C. 53, Sy. 4, 2004, s. 12134.

türbanını çıkarmak istemeyen öğrencinin okuldan atılmasının da 9. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir[43]. Budizm inancına sahip bir mahkumun vejeteran yemek talebinin, cezaevi yönetimi tarafından reddedilmesi ise 9. maddeyi ihlal etmektedir.[44]

Buna karşın dinsel güdülü her hareket, korunan bir dini uygulama değildir. Eylemin, ilgili din veya dünya görüşüyle tipik bir bağlantısı olmalıdır. Yalnızca hazırlayıcı veya destekleyici bir eylemin (örneğin ekonomik faaliyetler) din özgürlüğünün koruma alanına girip girmediği, anayasal açıdan belirgin değildir. Korumadan yararlanabilmesi için eylem salt ticari nitelikte olmamalı ve saf kişisel motivasyondan kaynaklanmamalıdır. Buna göre eylem ile din arasında organik ve maddi bir bağlantı olmalıdır. Örneğin dini bir toplantı vesilesiyle yapılan gıda maddesi satışı, din özgürlüğünün korumasından yararlanamaz. Belirli dinsel gruplardan yüksek miktarda para toplanması gibi dinsel süsle bezeli ekonomik güdülü eylemler de bu koruma alanına girmez[45]. Aynı şekilde kendi toprağına gömülme isteği de dini bir uygulama değildir. Nitekim benzer bir olayda, Danıştay, eski Bakan Y. Özal'ın vasiyeti üzerine Süleymaniye Cami Haziresine gömülmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararını iptal etmiştir.[46]

Bireysel din özgürlüğü yanında toplu (kolektif) din özgürlüğü de koruma altındadır. Bir dini cemaat kurma hakkı, din özgürlüğüne girer. İHAM'a göre bu hak, bu dini cemaatin iç hukukta hak ehliyeti talep etmesini de kapsar.[47] Burada dernek kurma özgürlüğüne ilişkin

---

43 İHAM, 4.12.2008, Dorgu v. FRA, Nr. 27058/05.

44 İHAM, 7.12.2010, Jakobski v. POL. , Nr. 18429/06.

45 Winter J. , Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Luchterhand 2008, s. 117.

46 Danıştay 10. Dairesi'ne göre; "Hukukumuzda, Bakanlar Kuruluna, "türbe" ihdas etmek, cami haziresine defne izin vermek yolunda yetki veren bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Aksine, Anayasanın 153'üncü maddesi ile "devrim yasa"sı olarak nitelendirilen 1930 yılında yürürlüğe konulmuş bulunan 677 sayılı Yasayla, o tarihe kadar mevcut türbeler ilga edildiği gibi, bunları yeniden ihdas edenler hakkında da para ve hapis cezaları öngörülmüştür. Bu nedenle Yusuf Bozkurt Özal'ın cami haziresine gömülmesine izin veren Bakanlar Kurulu Kararı öncelikle yetki yönünden 677 sayılı Yasaya aykırı düşmektedir.", http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=23424 .

47 İHAM, Yehova Şahitleri Cemaati v. AUT, Nr. 40825/98. Yargıtay›ın bu konuda üç önemli kararı bulunmaktadır. Bunların ilkinde, Yehova Şahitliği, "bir din veya mezhep", ikincisinde "Yehova Şahitliği Mezhebi», üçüncüsünde (Ceza GenelKurulu kararı) "mezhep" (bir muhalif üye "tarikat") deyimiyle nitelendirilmiştir, bkz. Tümer G., "Yehova Şahitleri Hareketi ve Bir Din Olup Olmadığı",

boyut da dikkate alınır. Bu dini cemaatin yönetimsel özerkliği, toplu din özgürlüğüne girer. İç örgütlenmesini düzenleyebileceği gibi kimin üye olup olamayacağını da belirleyebilir.[48]

Devlet ve dini cemaatler arası ilişkilerin düzenlenmesinde, AİHS'ın anlam ve önemi giderek artmaktadır. Buradaki çekirdek nokta, **devletin tarafsızlığı ilkesi**dir:[49] Devlet, yasa yapımında ve farklı cemaat ve inanç gruplarına yaklaşımında tarafsız (nötr) davranmakla yükümlüdür. Devletin tarafsız davranma yükümlülüğünün, kültürlerarası çatışma hallerinde bazı sınırlamalara uğraması söz konusu olabilir. Kimse, farklı bir kültürel kimliği, kendisininki olarak kabul etmek zorunda değildir. Buna ilişkin cinsiyet eşitliği alanından birçok örnek verilebilir: Kızların zorla evlendirilmesi, dini ritüeller sırasındaki sakatlamalar, kızların eğitimden yoksun bırakılması, namus cinayetleri ve düşünce yasakları dinsel veya kültürel kökenlerle hoş görülemez.

Tarafsızlık yükümlülüğü, **eşit davranma ilkesi**ne[50] de kaynaklık eder.[51] Devletin, inanç içeriklerinin meşruluğu hakkında her türlü gö-

---

http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9838.pdf. Nihayet Yehova Şahitleri hakkında verdiği önemli kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.5.1986 tarih ve E:1985/9, K:1986/293 sayılı kararında, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, laik bir devlet olduğu, laik devletin ise dinler karşısında tarafsız kalarak resmi bir devlet dini kabul etmemeyi temel ilke olarak benimsediği, laik devlet sistemini benimseyen T.C. Devletinde, kişinin dini inancını din sayıp saymama yetkisinin, devlete ve onun herhangi bir organına ait olmadığı, her türlü dinsel inancın, Anayasa güvencesi altında olduğu, Yehova Sahitliğinin de bir dini görüş ve düşünce sistemini içerdiği, dolayısıyla Anayasanın teminatı altında bulunduğunu belirtmiştir (YKD. C. 13, Sy. 4, s. 597-620).

48 İHAM, 17.6.2007, Svyato-Mykhaylivska v. UKR, Nr. 77703/01, Prg. 146.

49 TESEV için Konda Araştırma Şirketi tarafından 22-23 Eylül'de yapılan Anayasaya dair tanım ve beklentiler anketine göre, toplumun yarısı laikliğin Anayasada aynen kalması gerektiğini (yüzde 50,6), beşte ikisi ise kalması gerektiğini ancak "devletin tüm dinlere aynı mesafede olacağı şekilde yeniden tanımlanması" gerektiğini düşünüyor. Her on kişiden biri ise laikliğin anayasadan tamamen çıkartılması gerektiği görüşünde, bkz. http://fotoanaliz.hurriyet.com.tr/galeridetay.aspx?cid=62865&rid=4369&p=1&hid=21986303 (22.11.2012).

50 Anayasa Mahkemesi'nin Semavi Dinler kararı, din özgürlüğü alanında eşitlik ilkesinin uygulanmasına yönelik örnek bir karardır, E. 1986/11, K. 1986/26, Kt. 4.11.1986.

51 Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın hazırladığı İmar Kanunu'nda değişiklik öngören taslak düzenlemeye göre, 100'den fazla dairesi olan konut siteleri, alışveriş merkezi, işhanı, sanayi tesisleri, kongre merkezi, yurt binaları, spor tesisleri, otogar, havalimanı ve otellerin hepsinde 'mescit' açılması zorunluluğu olması (bkz. http://onedio.com/haber/oyle-bir-torba-yasa-hazirladilar-ki-cok-tartisilacak--46037), devletin içsel din özgürlüğüne müdahale ederek aşılama yasağını ihlal ettiği gibi

rüş açıklaması yasaktır.[52] Zira devletin tarafsızlığı ilkesinin en önemli sonuçlarından biri de "özdeşleş**tirme yasağı**"dır. Buna göre devlet, belirli bir din ya da dünya görüşünü, kendisininki yapamaz ve içeriksel olarak bununla özdeşleşemez. Özgürlük güvenceleri genel olarak, özellikle de din özgürlüğü, kendi içine kapalı tekçi toplumları kabul etmez.[53]

Aynı şekilde idarenin sunduğu finansal desteklerin, devletin tarafsızlığı ilkesine aykırı olmaması gerekir. Bu konuda Danıstay Sekizinci Dairesince verilen 2005 tarihli bir kararda, Protestan kilisesinin bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması isteminin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararı "hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesi düşünülemeyeceği" gerekçesiyle bozulmuştur.[54] Alman Federal Anayasa Mahkemesi de Brandenburg eyaletince yahudi cemaat yaşantısının desteklenmesini onaylamıştır.[55]

Buna karşılık bir grup vatandaşın, Alevilere din hizmetinin kamu hizmeti olarak sunulması, cemevlerine ibadethane statüsü kazandırılması ve Alevilerce yetkin kabul edilen kişilerin kamu görevlisi olarak istihdam edilmesi istemi, Diyanet İşleri Başkanlığı›nca, yürüttüğü hizmetlerin mezhepler üstü ve umumi olduğu, bunlardan herkesin eşit ölçüde yararlanma hakkı olduğu, mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde cemevlerine ibadethane statüsünün verilmesine hukuken olanak bulunmadığı, kamu görevine girmek isteyen bazı şahıslara, mezhep ve meşreplerine, dini inanış ve pratiklerine göre ayrıcalık tanınamayacağı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Sözü edilen işlemin iptali istemiyle açılan dava ise Ankara İdare Mahkemesi'nin, Danıştay'ın da onadığı kararıyla[56] reddedilmiştir.

Başbakan Yardımcısı B. Bozdağ'ın, Alevilerin cemevleriyle ilgili taleplerinin karşılanabilmesi için Devrim Yasalarından biri olan tekke

---

eşit davranma ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

52 Başbakan R. T. Erdoğan, "Bu teröristlerin yeri belli, bunlar Zerdüşt." ifadesiyle belli bir dini inancı değersizleştirmiştir, http://www.ozgurdurum.net/Siyaset-erdogan-bu-teroristler-zerdust-110087.html (21.11.2012).

53 Winter J. , Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, s. 66.

54 Danıştay Sekizinci Dairesi, E: 2004/4350, K: 2005/809, k.t.: 22.02.2005.

55 BVerfGE 123, 148.

56 Danıştay Onuncu Dairesi, E: 2008/3098, K: 2010/475, k.t.: 02.02.2010.

ve zaviyelerin kapatılmasını sağlayan yasanın kaldırılması gerektiği yolundaki açıklaması[57], hukuksal gerçeklikle bağdaşmamaktadır.[58] 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Yasa ve Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun Tatbik Suretini Gösterir Nizamname'nin 3. maddesi dışında mevzuatımızda «ibadethane»yi tanımlayan, bir yerin ibadethane olarak kabulü için aranan unsurları gösteren düzenlemelere yer verilmemektedir. Buna karsılık mevzuat «ibadethane» kavramına kimi hukuksal sonuçlar yüklemektedir. Nitekim, 3194 sayılı İmar Yasası'nda, bu Yasa'da geçen "bina" kavramının insanların ibadet etmelerine yarayan yapıları da kapsadığı belirtilmiştir.[59] Diğer yandan Türk Ceza Yasası'nın 153. maddesinde, ibadethanelere, bunların eklentilerine ve buralardaki eşyaya yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar vermek, kirletmek eylemleri suç olarak nitelendirilmiştir.

Gerek 3194 sayılı Yasa'nın imar düzenlemesi sırasında yapılması için yer ayrılmasını istediği, gerek Türk Ceza Yasa'nın koruduğu "ibadethane", hiç bir ayrıma tabi olmaksızın tüm din ve inanç sistemlerinin ibadet yerlerini kapsamaktadır. Cem evlerine ibadethane statüsü verilmesine hukuken olanak bulunmadığı yolundaki görüş, sözü edilen yerleri değinilen hukuk metinlerinin kapsamının dışında bırakarak yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi güncel yaşam gerçeği ve kültürel geleneğin ürünü bir dini topluluğun inanç içeriğinin meşruluğu hakkında karar vererek tarafsızlık ilkesini de ihlal etmektedir. Devletin dinsel ve ideolojik tarafsızlık yükümlülüğü, etkin bir temel hak korumasının gereklerine uygun, olabildiğince farklılaşmayan, genel geçerliliğe sahip ve dinsel ve ideolojik bir bakış açısıyla bağlı olmayan tanımlar kullanılmasını gerektirir. Bu tanımlar, din ve

---

57 Bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=376652 (19.11.2012).

58 Nihayet Milletvekili Özdalga'nın, TBMM Başkanlığı yerine önce AKP Meclis Grubu'na verdiği Tekke ve Zaviyeler Kanunu'nun kaldırılması teklifi (bkz. http://www.zaman.com.tr/politika_tekke-ve-zaviyeler-kanunu-kaldirilsin-teklifi_2166019.html), Anayasa'ya da aykırıdır. Zira "İnkılap Kanunları", Atatürk ilke ve inkılaplarını somutlaştırması nedeniyle Anayasa'ya uygunluk denetiminde kullanılan bir ölçü norm olarak anayasallık blokuna dahildir, bkz. Özbudun E. , Türk Anayasa Hukuku, s. 415.

59 Sözü edilen Yasa'nın ek 2. maddesinin Hükümet "Gerekçesi"nde, getirilen düzenlemeyle farklı din ve inançlara sahip yurttaşların ibadet hürriyetlerini din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde kullanmalarının sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

dünya görüşü özgürlüğünün belirli fiili özelliklerini hukuken kullanılabilir şekilde tespit etmelidir. Somut olayda neyin bir din ya da dünya görüşünün uygulaması olarak geçerli olduğunun saptanması için bu kavramların dünyasal bir kılıf içinde tanımlanması gerekir.[60]

Nitekim son olarak Ankara 16. Hukuk Mahkemesi'nde 20.22.20012 günü görülen "Çankaya Cemevi Yaptırma Derneği" kapatma davasında Mahkeme, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 'cemevi ibadethane değildir' gerekçesiyle derneği kapatma yönündeki kararını hukuka uygun bulmayarak daha önce 'cemevinin ibadethane olduğu' doğrultusunda verdiği kararında haklı olarak direnmiştir.[61]

IV. Din Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Dinle ilişkili bir davranış devlet tarafından zorlaştırılıyor ya da olanaksız hale getiriliyorsa, din özgürlüğüne bir müdahale vardır. Dini cemaatler için propaganda yasağı (proselytizm[62]), türban yasağı[63],

---

60 Müller-Volbehr J. , "Das Grundrecht der Religionsfreiheit und seine Schranken", DÖV 1995, s. 302

61 Ankara'da kurulan "Çankaya Cemevi Yaptırma Derneği" tüzüğüne "Derneğin amacı Çankaya'da Aleviler için Alevi inancının ve ibadetinin merkezi olan cemevleri yapmak ve yaptırmak" şeklinde bir madde koymuş, fakat Ankara İl Dernekler Müdürlüğü'nün itirazı ile Cumhuriyet Başsavcılığı, tüzüğünde ''cemevlerini ibadet yeri olarak'' nitelendirdiği için Çankaya Cemevi Yaptırma Derneği hakkında kapatma davası açmıştı. Ankara 16. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen davada, mahkeme dernek alehinde açılan davayı "Cemevleri yüzyıllardır Alevilerin ibadet yeri olarak toplumca bilinmiş ve kabul görmüştür. Derneğin tüzüğünde yazılı bulunan 'Cemevleri ibadethanedir' hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık taşımadığı gibi kanunlarla da yasaklanmamıştır'' gerekçesiyle reddetmiş ve derneğin faaliyetlerine izin vermişti. Mahkemenin bu kararı savcılık tarafından temyiz edilince, dosyayı görüşen Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararını oy çokluğuyla bozmuştu. Yargıtay bozma gerekçesini Diyanet İşleri Başkanlığı'nın "633 sayılı Yasa ve düzenlemeler karşısında cami ve mescit dışında bir yerin ibadethane olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı" yönündeki görüşüne dayandırmıştı, bkz. http://www.yurtgazetesi.com.tr/yasam/mahkeme-israrci-cemevi-ibadethanedir-h23261.html (22.11.2012).

62 İHAM, Kokkinakis v. GRE kararında (25.5.1993, Nr. 348/421) prozelitizmi , maddi ya da sosyal avantajlar sağlama, sıkıntı içindeki kişilere baskı uygulama, beyin yıkamaya dayalı faaliyetler olarak niteleyip, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüyle bağdaşmazlığının altını çizer, Bkz. Öktem A. E. , Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002, s. 418-419.

63 İHAM'a göre; "Devletin, zıt dini görüşlere sahip grupların birbirini hoşgörmesini garanti etme yükümlülüğü, cinsiyetlerin eşitliği ve laiklik değerleri" dikkate alındığında türban yasağı, ölçülüdür (İHAM, 10.11.2005, Şahin v. TUR, Nr. 44774/98). Fransa'da türban yasağına ilişkin tartışmalar için bkz. Scott J. W. , Örtünmenin

askeri hizmet yükümlülüğü, dini yemin zorunluluğu, bireysel din özgürlüğüne yapılan tipik müdahale örnekleridir. Toplu din özgürlüğü için tipik müdahale ise dini cemaatlerin geciktirilen ya da reddedilen resmi başvurularına ilişkindir. Ancak İHAM, dini tatili kutlamak isteyen başvuranın, görevini yerine getirmediği için cezalandırılması olayında, din özgürlüğüne bir müdahale olmadığına karar vermiştir.[64] Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre de inanç özgürlüğüne dayanılarak kilisenin tatil günlerine uyulması talep edilemez.[65]

Anayasa, genel olarak din özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir yasa kaydı öngörmemiştir. Yalnızca dini uygulama özgürlüğünün sınırlanması için Anayasa'nın 14. maddesine atıfta bulunulmuştur. Kötüye kullanılmış temel hak uygulamalarının, temel hak korumasından yoksun bırakılması görüşüne dayanan bu düzenleme, teorik ve pratik sorunlar içermektedir. Teorik açıdan temel hakkın doğru ya da kötüye kullanılmış uygulamasını ayırdetmeyi sağlayacak maddi ölçütlere ihtiyaç vardır.[66] Oysa temel hak sahibi ile toplum ve devletin korunmaya değer öncelikli çıkarlarının kapsamı, kötüye kullanma kavramıyla belirlenemez. Uygulamada ise 14. maddede kötüye kullanma olarak nitelendirilip yasaklanan faaliyetlerin incelenmesi, bu kullanım biçimlerinin temel hak ve özgürlüklerin geçerlilik alanına girmediği sonucuna varmayı çok güçleştirmektedir. Aslında Madde'nin ilk konuluş amacı, temel hakların kullanım alanını daraltarak devletin varolan düzenini yıkmaya çalışan dinsel grupların eylemlerine karşı etkin olabilme isteğidir.[67]

Siyaseti, (çev. Tabur M.), Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2012.

64 İHAM, 13.4.2006, Kosteski v. MKD, Nr. 51170/00, Prg. 38.

65 Sachsen eyaletinde yasal dini tatilden yararlanan işçinin aleyhine olacak biçimde sigorta katkı payının artırılmasını, Mahkeme kabul edilebilir bulmuştur, bkz. BVerfGE 1 BvR 190/00.

66 Örneğin Gallwas'ın önerdiği ölçüte göre, "iki taraf arasındaki temel hak ilişkisinde taraflardan birinin üst kademedeki bir anayasa normu, anayasaya öngelen bir fikir ya da pozitif olmayan bir hukuk düşüncesiyle korunmuş çıkarının ihlali halinde, diğer taraf, ihlale yol açan bu nitelikteki uygulamasıyla hakkını kötüye kullanmış olur.", Gallwas H.-U. , Der Missbrauch von Grundrechten, Duncker und Humblot, Berlin 1967, s. 35.

67 Bu saptama, Madde'nin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nca yazılan gerekçesiyle de örtüşmektedir, bkz. Danışma Meclisi Tutanaklar Dergisi, C. 8, B. 130, s. 159-177.

Aynı doğrultuda bir tartışma, 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'na paralel bir düzenleme olan **24/son hükmü**nün, (düşünce ile din ve vicdan) özgürlüğü alanında bir yasaklama getirerek sınırlamaya yol açıp açmadığı konusunda da yapılmıştır.[68] Burada iki temel görüşle karşılaşılmaktadır:[69]

Birincisine göre; madde hükmü özgürlük alanını sınırlamaktadır.[70] Madde'nin yasaklama getirmesi açısından aynı noktada buluşan bu görüşler, Anayasa'nın bu hükmünün yerinde olup olmadığı konusunda ise ikiye ayrılmaktadır. İlk görüş, bu yasağı ve bu anayasal yasağa dayanan (eski) TCK 163'ü açıkça olumsuz bulmaktayken[71], bunu yerinde bulan diğer görüş, TCK 163'ün de –bazı çekincelerle- yeniden ihyasını savunmaktadır.[72]

1982 Anayasası'nın 24/son hükmüne ilişkin ikinci temel görüş, bu hükmün öngördüğü yasağın özgürlük alanına bir sınırlama getirmediği iddiasındadır. Buna göre, Anayasa'nın 24/son maddesi gereği kimse, ister devleti dinselleştirme, isterse çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla olsun din sömürüsü yapamaz. Bu görüş, madde hükmünün

---

68 Bkz. Kanadoğlu O. K. , "Dinin İstismarı ve Kötüye Kullanılması", Tanör Armağanı (Haz. M.Ö. Alkan), Oğlak Yayınları, İstanbul 2006, s. 177-181.

69 Bu yönde bir tasnif için bkz. Tanör B., "24. madde konusunda açıklığa ihtiyaç var", Yeni Yüzyıl, 22.6.1995.

70 Bu görüşü yansıtan örnekler verilebilir: "Anayasanın 24. maddesinin son fıkrası, Anayasanın 14'üncü maddesinde yer alan ve temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan daha genel nitelikteki hükme paraleldir. Böylece, devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerini din kurallarına dayandırmak, başka bir deyimle devletin laik niteliğini kaldırmak amacıyla girişilecek her türlü siyasal faaliyet ve propagandalar yasaklanmış bulunmaktadır." (Özbudun E. , Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2003, s. 81). Bir diğer örnekte: Anayasanın 24. maddesi, 2, 12, 13, 14, 26, 38, 68. maddeleriyle "bir sistem olarak ele alındığında, Anayasanın ... teokratik düşüncelerin yasaklanmasını emrettiği ... sonucuna ulaşmak gerekmektedir." (Hafızoğulları Z. , Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Özgürlüğü, US- A Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 242-243).

71 1950-60 arası muhafazakar kesimce TCK 163'e karşı yapılan itirazlar için bkz. Özek Ç. , Türkiye'de Laiklik, s. 298-304. Yine, TCK 163'ün yürürlükten kaldırılması öncesi sol kesimden gelen madde karşıtı görüşler için bkz. Gürkan U. , "163 Makyajı", Güneş, 25.1.1990, Sirmen A. ,"163 Tartışması", Cumhuriyet, 24.1.1990.

72 Bkz. Kırca Ç., "163. madde meseleleri", Yeni Yüzyıl, 6.10.1997; Hafızoğulları Z., Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Özgürlüğü, s. 250. Anayasa Mahkemesi'ne göre de; laikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlanması bizzat Anayasanın uygun bulduğu bir düzenlemedir (E. 1980/19, K. 1980/48, Kt. 3.7.1980).

vurgusu ve özünü, "istismar edemez ve kötüye kullanamaz" fiillerinde bulmaktadır. Bu fiiller ise, bir hak ya da özgürlüğün kendi olağan kullanım alanı dışında kalır. O halde, istismar ve kötüye kullanma yasağı ne düşünce özgürlüğü ile ne de din ve vicdan özgürlüğü ile ilgilidir.[73]

Dini, dinsel duyguları ve bunlarca kutsal sayılan unsurları kullanarak siyasal çıkar sağlamaya ilişkin bir örnek de Yargıtay içtihadından verilebilir. 1991 yılı öncesinde Kozluca/Burdur Belediye Başkanlığını kazanan kişinin, namaz sonrası cami cemaatini toplayarak belediye binası hoparlöründen Kuran okutması ve yaptığı konuşmada seçim zaferini açıklaması Yargıtay tarafından din istismarı olarak görülmüş ve TCK 163/son'a aykırı bulunmuştur[74].

Burada asıl sorun, antilaik ve teokratik içerikte bir düşünce açıklamasıyla, dinin istismarı niteliğindeki bir düşünce açıklaması arasında çok ince bir fark olması ve çoğu kez birbirlerinden ayrılmalarının pek mümkün olmamasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin din özgürlüğünün sınırlandırılması konusundaki içtihadına bakıldığında ise sınırlandırmanın ancak bir başka anayasal değer (laiklik, kamu düzeni, güvenliği ve çıkarlarını[75] korumak gibi) ya da üçüncü kişilerin çatışan temel haklarının korunması için gerekli olması halinde meşru olduğuna karar verdiği görülmektedir.[76]

---

73 Tanör B., "24. madde konusunda açıklığa ihtiyaç var", Yeni Yüzyıl, 22.6.1995. Tanör, daha önce de ortaya koyduğu aynı doğrultudaki görüşünü şu örnekle açıklamıştır: "'İslami esaslara göre yeniden düzenlenmiş bir Devlet düzeni Türkiye için yararlı ve gereklidir. Türkiye'yi ancak bu yol kurtarır' yollu bir propaganda hedefi ve muhtevası itibarile anti-laik ve teokratik karakterde olmasına rağmen AY. md. 19/son'un sözü açısından yasak ifadelerden sayılmamak gerekir. Buna karşılık, 'Ey Cemeati Müslimin, Peygamberimiz efendimizin sizlere olan emanetini böyle mi koruyacaksınız? Laik devlet nazamını kabullenmekle hepiniz münkir olursunuz. Şer'i nizamın kurulmasıdır ki sizi bundan kurtaracaktır.' yollu bir ifade 'dini veya din duygularını istismar niteliği taşıyor' sayılmak gerekeceğinden maddedeki yasak kapsamına girer kabul edilmelidir.", bkz. Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 189.

74 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 9-263, K. 333 ve 10.12.1990 tarihli Yargıtay Kararlar Dergisi, Şubat 1991, s. 268-273. 12 Ocak 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu ile TCK 163 tümüyle yürürlükten kalktığı için mahkumiyet kararı düşmüştür.

75 Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın özel bir hükmünde açıkça somutlaştırılmayan "kamu çıkarları" gibi normatif kapsamının belirlenmesi neredeyse olanaksız olan bir kavramı, sınırlama kaydı olarak kullanmaması doğru olurdu (E. 1989/1, K. 1989/12, Kt. 7.3.1989).

76 Anayasa Mahkemesi, Türban I, II ve III kararlarında, üniversitelerde türbanı ser-

Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadına göre üstün hukuku değerin belirlenmesiyle yetinilmiş, her iki tarafı da koruyan bir dengenin sağlanmasından çok, bir anayasal değer, diğeri aleyhine gözden çıkarılmıştır.[77] Oysa somut olayda çatışan anayasal değerlerin olabildiğince ölçülü bir dengeye getirilmesi, sistematik ve amaçsal anayasal yorumun da bir gereğidir. "Forum internum"daysa, bu tür çatışmaların ortaya çıkması olanaksızdır; bu alan, yasakoyucuya karşı mutlak korumalı çekirdek alandır.[78]

Bir yandan Anayasa'da açıkça yazılı yasa kaydının yer almaması, diğer yandan vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğü ile ibadet özgürlüğü kavramlarının birbiriyle kesişir şekilde aynı anlamda kullanılabilmesi, anayasal düzeyde sürekli temel hak çatışmalarına yol açmaktadır.[79] Dini inancın açıklanması ve söylenmesi anlamında inanç özgürlüğü ve sınırlamaları arasında anayasal düzeyde ortaya çıkan tartım sorunları, yasakoyucunun bu konularda karar almasını önlemektedir.[80] Ancak belirtilen kapsamıyla dinsel inanç ve düşünce (kanaat) açıklama özgürlüğü, yasa kaydı niteliğinde olmayan ve hukuki meşruluğunu yalnızca Anayasa'dan alan sınırlamalara maruz kalabilir.

İHAS'da ise içsel din özgürlüğü (dini düşünce ve vicdan özgürlüğü) mutlak koruma altındayken, din ve dünya görüşünün açıklanmasına ilişkin müdahalelerde bir meşruluk nedeni öngörülmektedir (md. 9/2). Buna göre devlet hiçbir şekilde kişinin ne düşünmesi ve neye inanması gerektiğini dikte etmeyi[81] ve örneğin dine dayalı eğitim

---

best bırakan yasal ve anayasal düzenlemelerin, "başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna" ulaşmıştır (E. 2008/16, K. 2008/116, Kt. 5.6.2006).

77 Bu konudaki Anayasa Mahkemesi ve Conseil d'Etat kararlarının karşılaştırılması için bkz. Kanadoğlu O. K. , Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 91-96.

78 Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı 1961 Anayasası'ndan beri bu yöndedir, E. 1970/53, K. 1971/76, Kt. 21.10.1971; E. 1986/11, K. 1986/26, Kt. 4.11.1986; E. 1989/1, K. 1989/12, Kt. 7.3.1989.

79 Anayasa'nın 24. maddesi, inancın, sahip olma ve doğru bulma anlamının dışında, dini inancın açıklanması ve söylenmesi anlamını da taşıyıp taşımaması ve buna bağlı olarak inanç özgürlüğünün sınırlama rejimine tabi olup olamaması bakımından gerekli açıklığa sahip değildir.

80 Alman anayasa hukukunda bu konu için bkz. Zaehle K. , "Religionsfreiheit und fremdschdigaenge Praktiken", AÖR 134 (2009).

81 Başbakan R. T. Erdoğan'ın "Dindar nesil yetiştireceğiz" söylemi, vatandaşların

programlarıyla din ve dünya görüşünü değiştirmeye zorlamaz, hatta bunu deneyemez bile.

Dışsal din özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı kılınması, temel hak ve özgürlüklerin genel rejimine tabidir. Buna göre, a) Yasal bir temele dayanmalıdır, b) Müdahale, (2. fıkradaki) sınırlı sayıdaki meşru amaca hizmet etmelidir, c) Müdahale, izlenen amaçla ölçülü olmalıdır. Ölçülü bir sınırlama için ulaşılmak istenen kamusal amaçla kullanılan araç arasında önemli tüm boyutları dikkate alan bir tartım yapılmalıdır.[82]

Son zamanlarda sıklıkla verilen mahkeme kararlarında, devletin dinsel tarafsızlığı adına negatif din özgürlüğünün, üçüncü kişinin pozitif din özgürlüğüne karşı - uygun olmayan taleplere karşı koruma hakkı bağlamında - vurgulanmasına yönelik bir eğilime rastlanmaktadır; başörtüsü taşıyan öğretmen[83] ya da dini simgelerin kaçınılamayacak derecede sınıfta bulundurulması[84] olaylarında olduğu gibi.

---

içsel din özgürlüğünü ihlal eden bir müdahaledir, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/19825231.asp (22.11.2012).

82 İHAM'ın bu yöndeki içtihadı için bkz. Peters A./Altwicker T. , Europaeische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C. H. Beck, München 2012, s. 225.

83 08.10.2013 tarih ve 28789 sayılı Resmi Gazete'de Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik ile birlikte kamuda başörtüsü yasağı kaldırılmıştır. Bu konuda Almanya'da yaşananlar ise kısaca şöyle özetlenebilir: Derste türban takma isteği reddedilen Müslüman bir öğretmenin başvurusu üzerine Alman Federal Anayasa Mahkemesi, öncelikle okulda ve derste dinsel kaynaklı giyim kurallarına uyulmasına izin verilmemesini, din özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüştür. Devamında Mahkeme'ye göre bir öğretmenin dini motifli ve dini inancını ortaya koyan tarzda giyimi, devletin tarafsız biçimde yerine getirmesi gereken eğitim görevi, ebeveynin eğitim hakkı ve öğrencilerin negatif din özgürlüğünü ihlal edebilir. Okul öğrencilerinin etkilenmesi ya da endokrine edilmesi, somut bir davranışa değil de soyut bir tehlike olasılığına dayanıyorsa, buna yönelik bir sınırlandırma, yeterince belirli bir yasal dayanağa gerek duyar (BVerfGE 108, 282). Eyaletlerin yetki alanına giren bu konuda Baden-Württemberg Meclisi, çıkardığı kanunla, devlet okullarındaki öğretmenlerin okullarda siyasi, dini ya da benzeri şekilde bir dış görünüme, devletin öğrenci ve velilerine karşı tarafsızlığını veya okullardaki siyasi ve dini barışı tehlikeye düşürmeye ya da zarar vermeye elverişli olması halinde sahip olamayacaklarını hükme bağlamıştır. 2004 yılında çıkan bu yeni Kanun'u esas alan Alman Federal İdare Mahkemesi, ilgili öğretmenin davasını kesin olarak reddetmiştir (BVerwGE 121, 141).

84 Gerek Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfGE 93, 1), gerekse İsviçre Federal Mahkemesi (bkz. EuGRZ 1991, s. 89), sınıflara haç yerleştirilmesine ilişkin düzenlemeyi, Anayasalarına aykırı bulmuştur. Buna karşılık İHAM Büyük Dairesi, Lautsi kararında, ilkokullarda haçın bulundurulmasını, Sözleşme'ye aykırı

Okullardaki dine ilişkin çatışmalar, mezhepsel özel okul kurmanın kolaylaştırılması ve bu sayede devletin belirli okul sisteminden kaçma stratejisini engellememesinden kaynaklanmaktadır.

V. (Dinsel) Eğitim Özgürlüğü ve Laiklik

Laikleşme sürecini taçlandıracak olan gelişme, devlet okullarının laikleştirilmesi olmuştur. Okullar aracılığıyla laik devletin, ulusal bir kimlik yaratma hedefine daha kolay ulaşacağı düşünülür. Bu cumhuriyet okulu varlığını koruyor mu? Kamuoyunda 4+4+4 olarak bilinen ve zorunlu eğitimi kademeli 12 yıla çıkaran 6287 sayılı "İlköğretim ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", yaratıcı, adil ve esnek bir eğitim düzeninde, özgür, sorumluluk anlayışı olan eleştirel bakış açısına sahip, toplumun içinde kendisini ortaya koyacak özgür bireyi geliştirecek midir?

Bu sorulara yanıt verebilmek için öncelikle söz konusu Kanun'un İmam hatip okullarının orta kısmını tekrar açan ve "Kuran-ı Kerim", "Temel Dini Bilgiler" ve "Hazreti Muhammed'in Hayatı" adlı **seçmeli din dersleri** getiren hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektir.[85]

Cumhuriyet hükümeti tarafından 1924'de kapatılan medreselerin bir kısmı 1952'den sonra imam hatip okulları (İHO) adı altında yeniden açıldı. Dini eğitime ilişkin bu düzenlemeler, CHP'li Başbakan M. Ş. Günaltay zamanında tamamlandı. Bu yeni medreselerin başlangıçtaki hedefi, din hizmetini yerine getirecek eğitimli imam hatipler yetiştirmekti. 1997-1998 eğitim öğretim yılından itibaren imam hatip okullarının kapalı olan ortaokul bölümlerinin de açılmasıyla bugün itibarıyla karma (islami ve dünyevi) eğitim veren okul sayısı 1000'i aşmış bulunmakta.[86]

---

bulmayarak "tutucu" bir karara imza atmıştır, bkz. Kılınç Ü. , "Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi İle Devletin Dinlere Karşı tarafsızlığı Prensibi Üzerine", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2011, Sy. 11, Yıl. 2, s. 93-115.

85 6287 sayılı Kanun'un şekil bakımından iptali istemi, Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliğiyle reddedilmiş (E. 2012/48, K. 2012/75, Kt. 24.5.2012), ayrı dava konusu olan esas bakımından iptal istemini de 2012/65 esas sayılı kararla reddedilmiştir. (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=396&hlkey=6287).

86 Bu konuda Milli Eğitim Bakanı şu bilgileri veriyor; "Yaklaşık olarak şu ana kadar bin 141 imam hatip orta kısmı açtık. Onlardan 411 tanesi imam hatip liseleri bün-

İmam Hatip Liselerinin orta kısmının kapatılması, sayıları imam ve hatip ihtiyacına yetecek ölçüye çekilmesi ve kızların kesinlikle buraya alınmaması[87] gerekirken, 6287 sayılı Kanun sonrası tüm okulları imam hatipleştirme yolu açıldı.[88] Şöyle ki Kanun sonrasında bir öğrenciye dört tane seçmeli ders alma hakkı tanınarak, bir öğrenciye haftada 8 saate kadar din temelli ders alma olanağı verilmekte, böylece normal ortaokulda okuyan bir öğrencinin, İHO'da okuyan bir öğrenciden daha fazla din temelli ders alabilmesi mümkün hale getirilmiştir.[89]

Göz önünde bulundurulması gereken ikinci konu, Anayasa'nın 24/4. maddesinde düzenlenen zorunlu **"din kültürü" öğretimi**dir. Şu saptama önemlidir; "Kemalist değerler adına yapılan bir darbe, 1982 Anayasasının 24. maddesine okulun bütün seviyelerinde dinsel eğitim zorunluluğu getirmiştir. Böylece, dinsel referansın sisteme yeniden dahil edilmesine ve Türk-İslam sentezinin gelişmesine imkan vermiştir."[90] Gerçekten de yeni Anayasayı hazırlayan Danışma Meclisi Genel Kurulu'nda anarşi ortamının sebebi, din ve ahlak eğitimi almamış gençlik olarak gösterilmiş, Türk-İslam sentezi savunulmuştu.[91]

Uygulamada din eğitimine ilişkin İHAM'ın 2007 tarihli "Zengin Kararı"ndaki saptamalar[92], Danıştay'ın arka arkaya verdiği iki kara-

---

yesinde açıldı, geri kalan 730'u da bağımsız imam hatip ortaokulu olarak açıldı.", http://www.sabah.com.tr/Egitim/2012/10/03/bakan-dincerden-imam-hatip-okullari-rakami (22.11.2012).

87 Tanör B. , "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 30.

88 AKP Milletvekili A. Boğa, "4+4+4" sistemiyle birlikte bütün okulları imam hatibe dönüştürme şansı yakaladıklarını itiraf etmiştir, http://siyaset.milliyet.com.tr/-okullari-imam-hatip-yapma-sansi-yakaladik-/siyaset/siyasetdetay/24.08.2012/1585614/default.htm (25.11.2012).

89 Eğitim–Sen'in İstanbul'da 6800, 5. sınıf öğrencisinin seçmeli ders tercihleriyle ilgili yaptığı çalışma, tercihlerde, "akrabalık, komşuluk, telkin, ikna, bazı dersleri okutacak öğretmen bulunmamasının, deşifre ve afişe olma kaygısının, fişlenme korkusunun ve mahalle baskısının etkili olduğunu" ortaya koymuştur, bkz. Seçkin O. , "4+4+4 sitemine ilişkin değerlendirme", Sol Gazetesi, 24.11.2012.

90 Grock G. , "Laiklik ve Demokrasi, Yeni Bir Orta Yol mu?", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 230.

91 Genel Kurul ve Anayasa Komisyonu'nda 24. Madde hakkında yapılan görüşmeler hakkında bkz. Özsoy Ş. , 1982 Anayasası'nın Yapım Süreci, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 94-95.

92 Bir Alevi babanın başvurusu üzerin Ek Protokolün 2. maddesini uygulayarak bu konudaki daha önceki içtihadından çıkan genel ilkeleri saptayan İHAM'a göre, eğitimde çoğulculuğu korumayı amaçlayan devletin, öğretimin yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda dinle ilgili eleştirel bir bakış oluş-

rında[93] tekrarlanmıştır. Buna göre, uygulanmakta olan din kültürü dersleri, Sözleşmeyi ihlal ettiği gibi, Anayasa'nın 24. maddesini de ihlal etmektedir.[94] AB 2012 İlerleme Raporuna göre de İHAM'ın zorunlu din dersleri konusundaki 2007 tarihli kararı halen uygulanmaya konmamıştır.[95]

Üçüncü konu ise **Kuran kursları**dır. Anayasa Mahkemesi, ilköğretimin beşinci sınıfını bitirenler için, okulların tatil olduğu dönemde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nca açılıp, Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde yürütülecek yaz Kur'an kurslarını, "küçüklerin zihinsel gelişim basamaklarına uygun olarak somut kavramlar döneminden çıkarak soyut kavramları da anlama olgunluğuna eriştiği düşünülen beşinci sınıfı bitirenler için, zorunlu temel eğitimlerini de aksatmayacak" olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamış[96], ancak daha sonra bu kararlarda belirtilen gerekçelere tamamen aykırı olarak 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da değişiklik öngören Kanun Hükmünde Kararname ile

---

turmasını sağlayacak şekilde müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi gerekir. Ne zaman ki tek yönlü bir koşullandırma olur, aşılama olur, bir dini benimsetme söz konusu olur, o dinin pratiğini yapmak zorunlu olarak öngörülür, o zaman ana-babanın dini inançlarına saygı gereği yerine getirilmemiş olur. İlköğretim okullarındaki zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine ilişkin ders kitaplarının içerik incelemesi sonucunda İHAM, bu kitapların bir tek dini esas alan, onun pratiğini öğreten, onun benimsetilmesine yönelik bir içeriğe sahip olduğunu ve belirli bir nüfus çoğunluğuna sahip olan Alevilerin inanç ve itikatlarının bu müfredat programında yer almadığını saptamıştır, bkz. Kanadoğlu K. , "Din ve Vicdan Özgürlüğü", TED Ankara Koleji Mezunlar Derneği, Anayasa Taslağı Sempozyumu, Ankara 2008, s.69-72.

93 Danıştay 8. Daire, E. 2006/4107, K. 2007/7481, Kt. 28.12.2007. (http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KelimeArama.jsp)

94 BM İnsan Hakları Komitesi'nin yorumları da aynı doğrultudadır, bkz. Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, (der. Uyar L.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 57.

95 Bkz. http://haber.gazetevatan.com/en-agir-ab-ilerleme-raporu/486330/1/Haber (22.11.2012)

96 E. 2005/16, K. 2009/139, Kt. 8.10.2009, (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2811&content=). İHAM da Kuran kurslarına katılmak için getirilen yaş koşulunun, Ek 1. Protokol'un 2. maddesine aykırı olmadığına karar vermiş ve düzenlemenin amacını, küçüklerin olası sistematik telkinden korumak olduğunu vurgulamıştır, (İHAM, 17.6.2004, Çiftçi v. TUR, Nr. 71860/01). Ayrıca bkz. Usta S. , "Çocuğun İnanç Özgürlüğü ve Bir Müdahale: Ana Babanın Çocuğun Dini Eğitimini Belirleme Hakkı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Sy. 1, s. 166 vd.

Kuran kurslarına yaş sınırlaması getiren düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır[97].

Tüm bu tablo da göstermektedir ki, soyut düşünme yeteneği henüz gelişmemiş yaştaki çocukların insanın doğası ve yaşamın amacı hakkında dini bir kavrayışa yöneltilmesi[98], devletin aşılama yasağını ve laik öğretimi açıkça ihlal etmektedir. Hatırlamak gerekir ki, II. Abdülhamit zamanında Rüştiye ve İdadi gibi yüksek dereceli okul başta olmak üzere, okulların müfredetı dünyevi konulardan oluşmaktaydı.[99]

Anayasal düzlemde dinsel düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğünün forum internumuna karışmıştır. Temel öğretimde okula değil de eve özgü bir dinsel istek, Anayasa'nın 24/4 ile 42/3. maddeleri arasında bir çatışmaya neden olur. Daha açık bir ifadeyle küçüğün kanuni temsilcilerine tanınan talep hakkı ile eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve esaslarına göre yapılması gereği birbiriyle çatışır. Bu çatışmada aşılmaması gereken çizgi, "inanç aşılama" ya da "daha dindar kılma" yoluna gidilememesidir.[100]

Örneğin Almanya'da ebeveynin eğitim hakkıyla birlikte inanç özgürlüğüne dayanarak, çocuklarının cinsel bilgiler dersine veya cinselliğin öğretildiği bir tiyatro projesine ya da bir karnavala katılmamasına yönelik bir hak kabul edilmemektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; inanç özgürlüğü, Anayasa'nın kendisinden kaynaklanan sınırlamalara tabi kılınabilir. Bu sınırlamalar arasında devlete yüklenen eğitim görevi de vardır. Devlet, tarafsız olmak ve tolerans göstermek kaydıyla velilerden bağımsız olarak eğitime yönelik amaçlar izleyebilir. Örneğin beklenemez vicdan ve inanç çatışmaları yaşanmadığı ve öğrencilerin aşılanması engellendiği sürece, müslüman bir aile içerisinde Kuran'ın katı yorumu, yüzme dersinden muafiyet istemini haklı kılmamaktadır.[101]

---

97 Bkz. http://gundem.milliyet.com.tr/kuran-kurslarinda-yas-siniri-kalkti/gundem/gundemdetay/18.09.2011/1439788/default.htm (25.11.2012).

98 Bkz. 5. Sınıf Temel Dini Bilgiler ders planı.

99 Karpat K. , Osmanlıdan Günümüze Elitler ve Din, Timaş Yayınları, İstanbul 2010, s. 227.

100 Altunya N. , Anayasa Hukuku Açısından Türkiye'de Eğitim Ve Öğrenim Hakkı", Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 2003, s. 83.

101 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011, s. 220. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin bu ko-

Çoğunlukla din özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla korunan, çoğulcu bir toplumda sosyal ve sorumlu vatandaşlar yetiştirme ve toplumsal bütünleşmeyi destekleyici, paralel toplumlar oluşmasını engelleyici değerler, yine Anayasa düzleminde güvence altına alınmıştır. Devlet, bireyi ve dini toplulukları, diğer inanç gruplarının müdahalelerine karşı da korumalıdır.[102]

Sonuç olarak, devlet ve din arasındaki ilişkiler bakımından sorun, toplumun dinin etkisinden kurtarılması ve dinin bireyselleşmesi çerçevesinde çözümlenebilir.[103] Cumhuriyetçi laik projenin ayrıcalıklı uygulamasını, çocuğu vatandaşlığa ve ulusa dahil etme imkanı veren kamusal, laik (dinle ayrılmış) okul oluşturur.[104]

VI. Kurumsal Yapı

İnanç özgürlüğünün kurumsal yapısı, geleneksel bir Cumhuriyet kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı'na (DİB) dayandırılabilir. Kurumsal olarak değerlendirildiğinde DİB, eski Şeyhülislam kurumunun bugünkü muadilidir.[105] Diyanet, başbakanlığa bağlı olmakla birlikte, çeşitli dini meseleler konusundaki görüşlerini bildirirken bağımsız hareket etmesi beklenmektedir.

1945'e kadar Kemalist laiklik anlayışını kitlelere götürücü bir tramplen görevini yerine getiren DİB, 1980'lerden sonra bir din yayıcısı kurum haline gelmiştir.[106] Siyaseti laikleştirmek isteyen kurucu

---

nudaki son kararı için bkz. BVerwGE 6 C 25. 12, Nr. 63/2013, 11.09.2013.

102 Bu nedenle din özgürlüğünün sınırlamaları, eksik olan yasa kaydına rağmen düşünce özgürlüğüne getirilen sınırlamalara göre biraz daha az sıkıdır, bkz. Schulze-Felitz H. , "Meinungs- und Religionsfreiheit im verfassungsrechtlichen Vergleich", JÖR N.F. 59, s.

103 Anayasa Mahkemesi de Huzur Partisi kararında laikliği, "düşüncenin ve vicdanın baskıdan kurtulması, özgürleşmesi ve demokratlaşması" olarak tanımlamıştır, (E. 1983/2, K. 1983/2, Kt. 25.10.1983).

104 Bockel A. , "Laiklik ve Anayasa", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 51.

105 DİB, hem İslam dininin doğasından türeyen bir zorunluluk (Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir.), hem de bu coğrafyanın birkaç bin yıllık siyasal geleneğinin bir sonucu olarak görülebilir, bkz. Vural H. S. , Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 33.

106 Ancak daha öncesinde, 1965 tarihli 633 sayılı DİB Kanunu ile Kuruma "ahlak esaslarıyla ilgili işleri yürütmek" gibi içeriği hukuken belirlenemeyecek bir işlev yüklemek, devletin bir dini ideoloji olarak benimsemiş olduğu anlamına gelmekteydi, Tarhanlı İ. B. , Müslüman Toplum, "laik" Devlet, Afa Yayınları, İstanbul 1993, s.

(yönetici) seçkinler, dini siyasal gücün üstün simgesi olan devlete bağlama eğilimindeydiler. Bundan sonra dinsel gelişme süreci, devletin gelişmesini izledi; Devrim ise aslında tersine çevirmeye çalıştığı süreci, yani din ile siyaset arasındaki ilişki sürecini bilinçsizce güçlendirmiş oldu.[107]

Buna rağmen Kuruma ilişkin bugünkü sorunlar, anayasal statüden değil, çoğunlukla uygulamadan kaynaklanmaktadır. Dincileşmenin aracı[108] olmak yerine, laikliğin bir aracı kurumu olmak kaydıyla anayasal statüko devam ettirilebilir.[109] Dinin, devleti veya kamusal aygıtın bölümlerini ele geçirmeye çalışmaması gerekirken[110], günümüzde tarikatların yararlandığı geniş bütçe ve kadro olanaklarıyla DİB, dinin tümüyle kamusal alana geçirilmesi sonucunu doğurmaktadır.[111]

Çeşitli işlerde DİB'le yakın ilişki içinde çalışmakla birlikte onun bir parçası olmayan ilahiyat profesörleri, YÖK'e bağlı belli başlı devlet üniversitelerinin (23 adet) ve bir vakıf üniversitesinin içinde yer alan ilahiyat fakültelerinde ders vermektedirler.[112] Bu öğretim üyelerinin bilimsel faaliyet özgürlükleri, Anayasa'ya sadakat yükümlülüğünü de içermektedir (Anayasa md. 27/2).

Teoloji fakültelerinin Almanya'ya özgü özelliği, kamusal bir kurum olma yanında kilisenin görevlerinin yerine getirilmesine de hizmet etmesidir. Bu açıdan teoloji profesörleri devlet memuru olmalarına

---

159.

107 Sadıq M. , Türk Devrimi, (çev. Keskin Ata F.), s. 171.

108 Diyanet İşleri Başkanlığı'nın başlattığı "Aile İmamlığı" projesiyle sosyal yaşam üzerinde dinin etkisini daha çok artırılmaktadır (http://haber.sol.org.tr/devlet-ve-siyaset/iste-asil-acilim-aile-imami-haberi-33617). Kamuoyunda "Aile imamları fişleme yapacak" yorumlarına neden olan DİB yönergesindeki iki hükmün ise Danıştay tarafından yürütmesini durdurulmuştur (http://www.muhalifgazete.com/27654-Aile-imamlarina-Danistay-soku.html).

109 Tanör de tam ayrılık ya da özerklik yerine, DİB'in mümkünse çok partili dönemden önceki haline getirilmesine sempati duymuştur, Tanör B. , "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 29-30.

110 Nitekim Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi kararında, "laik düzende ise, din siyasallaşmadan kurtarılır; yönetim aracı olmaktan çıkarılır; gerçek saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır." demekteydi (E. 1997/1, K. 1998/1, Kt. 16.1.1998).

111 Aliefendioğlu Y. , "Laiklik ve Laik Devlet", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 89-90.

112 Bu fakültelerin listesi için bkz. http://www.derszamani.net/ilahiyat-fakultesi-taban-puanlari.html (20.11.20012).

ve atama ile hizmet yönünden denetimleri devlet tarafından yürütülmesine rağmen, kilisenin bu kişilerin görüşleri ve yaşamlarındaki değişikliklere karşı itiraz etme hakkı vardır.[113] Nitekim Evanjelik Teoloji Fakültesi'nde görevli bir profesörün, resmen Hristiyanlıktan çıktığını söylemesi üzerine, Eyalet Kilisesi ve Fakülte'nin isteği üzerine daha önce görev yaptığı mezhebe bağlı alandan (İncil), şu andaki duruma uygun din bilimsel bir alana (erken dönem Hristiyanlık tarih ve edebiyatı) aktarılmış ve din adamı öğretiminden uzaklaştırılmıştır. Alman Yüksek İdare Mahkemesi'ne göre, bu uygulama tarafsızlık ilkesiyle de bilim özgürlüğüyle de bağdaşır. Kilisenin, Fakültedeki derslerin içeriğine etki edebilme yetkisi varsa, kürsü sahibi profesörün çatışan inanç, düşünce açıklama, bilim ve kamu görevine girişte dini inancından zarar görmeme hakları geri çekilir.[114]

İbadet yerleri ve kamusal etkileri için din özgürlüğü çoğulcu bir demokraside siyasi kültürün bir parçasıdır. Çıkış noktaları farklı olsa da dini kurumların (kilisenin) hukuki statüsü bakımından bugün devletleri iki ana grup içinde toplamak mümkün olabilir. Bunlardan biri, dinsel uygulama özgürlüğünü garanti altına almak için (ABD), diğeri ise dini faktörleri özelleştirmek ve böylece kamusal yaşamdan kesin olarak uzaklaştırmak için (Fransa) kilise ve devleti radikal biçimde birbirinden ayırmaktadır.[115] Devlet ve dini topluluklar arasındaki düzen sorununa ilişkin hangi çözüm modeli benimsenirse benimsensin, dini açıdan tarafsız demokratik bir devlet, ne dini inanç yoluna baş koyar, ne de dine karşı mücadele eder.

VII.Yansıma Etkisi

Tüm tinsel özgürlükler gibi din özgürlüğünün de, başta parlamento tarafından oluşturulan olmak üzere tüm hukuk düzeni üzerinde bir yansıma etkisi vardır. Yansıma etkisiyle, özgürlükleri sınırlandıran kamu hukuku yasalarının uygulanmasında temel hakka uygun yorum yapılması, vatandaşların karşılıklı yatay ilişkilerine uygulanacak medeni hukuk kuralların yorumunda da temel hakların yatay etkisinin

113 v. Campenhausen A. , Staatskirchenrecht, Verlag C. H. Beck, München 1983, s. 121-123.
114 BVerwGE 124, 310.
115 v. Campenhausen A. , Staatskirchenrecht, s. 224.

(Drittwirkung) dikkate alınması gereği ifade edilmektedir. Bu yansıma etkisi, temel hakların nesnel boyutunun keşfinin bir sonucudur; temel haklar sadece devletin müdahalelerine karşı koruyan öznel haklar değildir, bunun dışında nesnel değer hükmü içeren ilkeler olarak etki ederler ve tüm yasaların yorumu ve uygulamasına katılarak belirleyici olurlar.[116]

Bu nesnel temel hak boyutunun, öznel koruma boyutunu tamamlaması ve desteklemesi gerekirken, ayrı ve bağımsız bir ağırlık da kazanmıştır. Bu ağırlık, din özgürlüğüne getirilen tüm yasal sınırlamaların, din özgürlüğünün anlamı ışığında yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Bunun sonucu ise din özgürlüğü hakkı, olayın tüm özellikleri temelinde, ancak uygulanmasıyla korunmaya değer daha yüksek derecedeki bir çıkarı ihlal edeceği takdirde geriye çekilmelidir.[117] Burada sözü edilen, ölçülülük ilkesiyle birlikte anayasaya uygun yorumdur. Sonuçta yargı, tartımın ağırlığına ilişkin içtihat yoluyla tekil ya da bir gruba özgü somut olaylarda çeşitli ayrıştırma ölçütleri geliştirmelidir; örneğin Alman hukukuna göre düşünce özgürlüğü için dikkate alınacak ölçütler arasında siyasi kamuoyu için taşıdığı önem, bulunduğu bağlam (siyasi seçim yarışında keskin ve ağır söylemlerin yararına), açıklamanın biçim ve içeriği sayılabilir.[118]

İnanç özgürlüğüne ilişkin yasanın yorumundaki yatay etki bakımından özellikle idare hukukuna ilişkin yasaların uygulanmasında somut problemler ortaya çıkmaktadır.[119] Türban sorunu, iş hukuku ilişkileri bakımından da işçinin yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından sorunlar yaratabilir. İnanç özgürlüğü, Anayasa'nın diğer hükümleriyle (md. 2, 10, 14 vd.) birlikte değerlendirildiğinde çeşitli inanç gruplarına karşı kesin bir eşit davranma anlamında devletin dinsel

---

116 Bkz. Kanadoğlu O. K. , Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, s. 17-22.

117 Almanya'da scientologie üyesi olmak, siyasi partiden ihraç nedeni olabilmektedir, bkz. Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, s. 222.

118 Grimm D. , "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", NJW 1995, s. 1700.

119 Örneğin Alman Federal İdare Mahkemesi, taksi ve kiralık arabaların üzerindeki dini ve siyasi reklamları, taşıdığı çatışma potansiyeli ve yüz yüze gelmeye karşı koruma sağladığı için Anayasaya uygun bulmuştur (BVerwG, 28.10.1998 - 3 B 98.98). Bir diğer örnekte ise ustanın, küçük çırağı üzerinde diğer bir dine geçmesi için baskı oluşturacak şekilde propaganda yapması, yasal yükümlülüğünün ağır bir ihlali olarak değerlendirilmiştir.

açıdan tarafsızlığı yükümlülüğünü de gerektirmektedir. Çok farklı yorumlanabilecek olan devletin tarafsızlığı ilkesinin kapsamı, günlük hayatta birçok sorunun temelini oluşturmaktadır.

Sonuç

Laiklik ve din özgürlüğüne ilişkin Anayasa hükümlerinde hiçbir değişiklik olmamasına rağmen bu hükümlerin dayandığı görüşler ve fikri akımlarda güçlü bir hareket gözlenmektedir. Dinin sadece sokaktaki insanın özel alanına giren bir konu olduğu düşüncesi büyük ölçüde değişmektedir. Gerek siyasi partiler gerekse çeşitli toplumsal örgütler dine ilişkin görüşlerini kamuoyuyla paylaşmaktalar. Anayasal düzenin demokratik ve özgürlükçü olup olmadığı sorusu, dini konulara ilişkin açıklamalar üzerinde odaklanmaktadır. Bu nedenle anayasal anlayışın tespitinde, dinsel alana ilişkin hukuksal düzenlemeler belirleyici bir rol oynamaktadır.

Laiklik kavramına ilişkin farklı anlayışların varlığına rağmen bu alana ilişkin temel ilkeler ortaya konmalıdır. Burada önemli olan din özgürlüğü ve devlet ile dinin esas olarak ayrılığı, özellikle de özdeşleşmeme ve tarafsızlık ilkeleridir. Devletin kimliğini bir dinin belirlemesi, vatandaşlar yönünden özgür olmamakla eş anlamlıdır. Bu tür bir kimliğin ortadan kaldırılması, birey açısından din özgürlüğünü sağlayacaktır. Hukuk düzeni böylece dinlere karşı bağımsız kalabilecektir.

Eşitlik ilkesi de belirli bir inanç ve dini cemaatin hukuken kayırılmasını yasaklayan temel bir anayasal ilkedir. Pozitif anlamda eşitlik ise farklı inanç ve inanç gruplarının eşit derecede olmasını ve eşit muamele görmesini sağlayacaktır. Tüm devlet organlarının, din alanındaki faaliyetlerini, bu ilkelere ilişkin Anayasa metninde somutlaşan ölçütlere uygun olarak yerine getirme yükümlülüğüne uymaları, toplumsal düzen ve barışın korunmasına büyük katkı yapacaktır.

KAYNAKLAR

Ağırbaşlı Ş. , "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din Ve Vicdan Özgürlüğü", TBB Dergisi, 2012 (101)

Aliefendioğlu Y. , "Laiklik ve Laik Devlet", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001

Altunya N. , Anayasa Hukuku Açısından Türkiye'de Eğitim Ve Öğrenim Hakkı", Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 2003

Asad T. , Sekülerliğin Biçimleri, (çev. Aydar F. B.), Metis Yayınları, İstanbul 2007

Bauberot J. , Laiklik, Tutku ve Akıl Arasında 1905-2005, (çev. Er A.) İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009

Berkes N. , Teokrasi ve Laiklik, Adam Yayıncılık, İstanbul 1984

Bockel A. , "Laiklik ve Anayasa", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001

Çağlar B. , "Türkiye'de Laikliğin "Büyük Problem"i Laiklik Ve Farklı Anlamları Üzerine", Cogito, Sy. 1, Yaz 1994

Çelik B. , "Bir Sis Çanı Gecenin İçinde": Tarık Zafer Tunaya'nın Gazete Yazılarında Türkiye'nin Güncel Sorunları, Tanör Armağanı (Haz. M. Ö. Alkan), Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2006

Dinçkol B. , 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul 1992

Erdem Karahanoğulları Ö. , "Danıştay Kararlarında Din, Vicdan, Düşünce Özgürlüğü", http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt5/Karahanogullari_DinOzgurlugu.pdf.

Feyzioğlu T. , "Türk İnkılabının Temel Taşı: Laiklik", içinde: Atatürk Düşüncesinde Din Ve Laiklik, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2008

Gallwas H.-U. , Der Missbrauch von Grundrechten, Duncker und Humblot, Berlin 1967

Grimm D. , "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", NJW 1995

Grock G. , "Laiklik ve Demokrasi, Yeni Bir Orta Yol mu?", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001

Gürkan U. , "163 Makyajı", Güneş, 25.1.1990

Hafızoğulları Z. , Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Özgürlüğü, US- A Yayıncılık, Ankara, 1997

İçel K./Ünver Y. , Kitle İletişim Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012

Kanadoğlu O. K. , "Dinin İstismarı ve Kötüye Kullanılması", Tanör Armağanı (Haz. M.Ö. Alkan), Oğlak Yayınları, İstanbul 2006

Kanadoğlu O. K. , Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000

Kanadoğlu K. , "Din ve Vicdan Özgürlüğü", TED Ankara Koleji Mezunlar Derneği, Anayasa Taslağı Sempozyumu, Ankara 2008

Karpat K. , Osmanlıdan Günümüze Elitler ve Din, Timaş Yayınları, İstanbul 2010

Kılıçbay M. A. , "Laiklik Ya Da Bu Dünyayı Yaşayabilmek", Cogito, Sy. 1, Yaz 1994

Kılınç Ü. , "Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi İle Devletin Dinlere Karşı tarafsızlığı Prensibi Üzerine", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2011, Sy. 11, Yıl. 2

Kırca Ç., "163. madde meseleleri", Yeni Yüzyıl, 6.10.1997

Kloepfer M. , Verfassungsrecht Band II, Grundrechte, Verlag C. H. Beck, München 2010

Kuru A. T. , Pasif Ve Dışlayıcı Laiklik, (çev. Babaoğlu E. Ç.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011

Küçük T. S. , "Batı'nın İki Yüzü: İslamofobi ve İfade Özgürlüğü", Cumhuriyet, 5.11.2012

Listl J. , Das Grundrecht der Religionsfreifeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, Duncker und Humblot, Berlin 1971

Morange J. , "Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001

Müller-Volbehr J. , "Das Grundrecht der Religionsfreiheit und seine Schranken", DÖV 1995

Öktem A. E. , Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002

Özbudun E. , "Atatürk ve Laiklik", içinde: Atatürk Düşüncesinde Din Ve Laiklik, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2008

Özbudun E. , Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2007

Özbudun E. , "Laiklik ve Din Hürriyeti, içinde Demokratik Anayasa (haz. Göztepe E./ Çelebi A.), Metis Yayınları, İstanbul 2012

Özek Ç. , Türkiye'de Laiklik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1962

Özsoy Ş. , 1982 Anayasası'nın Yapım Süreci, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

Peters A./Altwicker T. , Europaeische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C. H. Beck, München 2012

Sadıq M. , Türk Devrimi, (çev. Keskin Ata F.), Destek Yayınevi, İstanbul 2013

Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011

Schulze-Felitz H. , "Meinungs- und Religionsfreiheit im verfassungsrechtlichen Vergleich", JÖR N.F. 59

Scott J. W. , Örtünmenin Siyaseti, (çev. Tabur M.), Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2012

Seçkin O. , "4+4+4 sitemine ilişkin değerlendirme", Sol Gazetesi, 24.11.2012

Sirmen A. ,"163 Tartışması", Cumhuriyet, 24.1.1990

Soysal M. , 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 1987

Tanör B. , Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1994

Tanör B. , "24. madde konusunda açıklığa ihtiyaç var", Yeni Yüzyıl, 22.6.1995

Tanör B. , Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969

Tanör B. , "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", Laiklik ve Demokrasi (der. İ. Ö. Kaboğlu), İmge Kitabevi, Ankara 2001

Tarhanlı İ. B. , Müslüman Toplum, "laik" Devlet, Afa Yayınları, İstanbul 1993 Tarhanlı İ. B. , Müslüman Toplum, "laik" Devlet, Afa Yayınları, İstanbul 1993

Tümer G., "Yehova Şahitleri Hareketi ve Bir Din Olup Olmadığı", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9838.pdf

Ulusoy A. , "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", AÜHFD C. 53, Sy. 4, 2004

Usta S. , "Çocuğun İnanç Özgürlüğü ve Bir Müdahale: Ana Babanın Çocuğun Dini Eğitimini Belirleme Hakkı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Sy. 1

Vural H. S. , Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013

v. Campenhausen A. , Staatskirchenrecht, Verlag C. H. Beck, München 1983

Yayla A. , Siyaset Teorisine Giriş, 5. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul 2012

Zaehle K. , "Religionsfreiheit und fremdschdigaenge Praktiken", AÖR 134 (2009)

Zubaida S. , İslam Dünyasında Hukuk Ve İktidar, (çev. Birinci Kocoğlu B./Hacak H.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008

Winter J. , Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Luchterhand 2008

TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN SİMGESİ: T.C.*

Hikmet Sami TÜRK**

I. GİRİŞ

Son zamanlarda bölücü ve ayrılıkçılara şirin görünmek için Milletimizin adı ve bireylerinin vatandaş kimliği olan "Türk" sözcüğünü kullanmama eğilimine, siyasal rejimiyle Devletimizin simgesi olan "T. C." rumuzunu tabelâ ve levhalardan silme gayretkeşliği eklendi. Önce Sağlık Bakanlığı, sonra Balıkesir ve Bursa Valilikleri, −gazetelerde çoğu büyük manşetlerle verilen resimli haberlerde görüldüğü gibi− binalarının girişlerindeki tabelâlarda adları önünde yazılı "T. C." rumuzunu kaldırdılar; kamuoyundaki tepkiler üzerine bu uygulamadan vazgeçtiler ve yeniden "T. C." rumuzlu tabelâlarını astılar[1]. Benzeri bir durum, Türkiye'nin en büyük kamu bankasının "T. C." rumuzlu ticaret unvanında birkaç şube ile sınırlı olarak yaşandı[2]. Fakat kamuoyunun bilinçli tepkisi, daha da yaygınlaşma eğilimi gösterebilecek bir uygulamayı şimdilik önlemiş oldu. Bu yanlış uygulamanın burada duracağı düşünülürken, İzmir'de Karşıyaka Adalet Sarayı'nda "T. C." rumuzunu kaldıran bir levha değişikliği yapıldı; İzmir'de bir grup avukat, bu değişikliği protesto etti[3]

Bu olaylara bir tepki olarak Sözcü ve Karadeniz gazeteleri, adlarının önüne "T. C." rumuzunu koymaya başladılar. Aynı tepkiyi birçok ünlü kişi ve sanatçı, twitter ve facebook profillerinde adlarının önüne "T. C." rumuzunu yazarak gösteriyor.

---

* Bafra Haber Gazetesi, Mayıs 2013, S. 91, s. 1 ve 19'da yayımlanan makalenin konu ile ilgili yeni örnekler eklenmiş, güncelleştirilmiş ve genişletilmiş metni.

** Prof. Dr., Eski Adalet Bakanı

1 Bu konudaki haber ve yorumlara örnek olarak bk. Sözcü, 19.4.2013, s. 1 "T. C. alerjisi utanç verici!"; 20.4.2013, s. 1 "T. C. ile Oynamayın", 13 "Sözcü yazdı, halk isyan eti, T. C. geri döndü", "Gitti, geldi, gitti!"; Milliyet, 25.4.2013, s. 29 "Balıkesir'de 'T. C.' valiliğe geri döndü".

2 Bu haber ve onunla ilgili bir yorum için bk. Emin Çölaşan, "T.C.'nin Başına Gelen", Sözcü, 20.4.2013, s. 5.

3 Bu haber için bk. Sözcü, 29.4.2013, s. 5 "Adliye binaları kervana katıldı",

Bu konuda görüşü sorulan Başbakan *Recep Tayyip Erdoğan*, −basında yer alan haberlere göre− şu cevabı veriyor: "T. C.'nin kaldırılması olayından hiç haberim yok. Bursa'da valilik dediğimiz zaman Rusya, İngiliz valiliği mi akla gelecek? İngiltere'de falan bu yerlerde sadece numara yazar. Ama bu karar alındıysa, arkasında durul-malıydı."[4]

Sayın Başbakan'ın basında haber ve yorumlarla geniş bir biçimde yer alan ve şimdilik en az bir bakanlık ve üç ilde meydana geldiği için yalnız bir günlük bir konu olarak kalmayan böyle bir olaydan "hiç haberi" olmadığını söylemesi şaşırtıcıdır. Fakat bunu söylemekle yetinmeyip, açıkça telâffuz etmese de –bizde eskiden Babıâli'nin Osmanlı İmparatorluğu döneminde İstanbul Hükümetini ifade etmesi gibi− İngiltere'de Başbakanlığı bulunduğu yerin sokak adı ve numarası ile gösteren "Downing Street, No. 10" örneğini vermesi ve bu konuda alınmış kararın "arkasında durulması" gerektiğini söylemesi, aslında bu uygulamayı desteklediğini göstermektedir.

II. T. C.'SİZLEŞTİRME POLİTİKASI

Bu arada basında yer alan başka bir haberden yukarıda sözü edilen tabelâ ve levha olaylarının aslında daha kapsamlı bir projenin bir parçası olduğu anlaşılmak-tadır: Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı sitesinin "Resmî yazışmalar" bölümünde sorulan bir soruya şu cevap verilmiştir: "Gönderilen makam bölümünde yer alan kurum/kuruluş adlarının önünde T. C. kısaltmasına yer verilmesine gerek yoktur."[5]

İçişleri Bakanı *Muammer Güler*, CHP Milletvekili *Umut Oran*'ın Denizli, Balıkesir ve Bursa valiliklerindeki tabelâlardan T. C. ibaresinin kısa süreli kaldırıl-masına ilişkin soru önergesine verdiği cevapta tabelâlar yenilenirken alanın dar olması nedeniyle yazının daha belirgin ve uzaktan okunabilir olması amacıyla T.C.'nin konulmadığını, ancak daha sonra bu konuda istismarı önlemek için T. C. ibaresinin

---

4 Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın demeci ve onunla ilgili yorumlar için bk. Mehmet Türker, "Çok Güzel Şeyler Oluyormuş", Sözcü, 20.4.2013, s. 4; Mehmet Y. Yılmaz, "Tabelâ İslâmcılığı", Hürriyet, 25.4.2013, s. 21.

5 Bu haber için bk. Türkiye'de Yeniçağ, 19.4.2013, s. 9 "Başbakanlık T.C.'yi yazışmalardan sildi".

yeniden asıldığını ifade etmiştir[6]. Bu cevabın aynı ibarenin daha önce o tabelâlara nasıl sığdığını açıklamadığı ortadadır.

Öyle anlaşılıyor ki "T. C." rumuzu, Başbakanlık ve ilgili bakanlıkların bilgisi, açık veya örtülü onayı ile bakanlık ve valilik gibi kamu kurumlarının adları ile en büyük kamu bankasının ticaret unvanından ve Başbakanlığın eşgüdümüyle resmî yazışmalardaki adreslerden çıkarılmaya başlanmıştır. Zaten bu olayların kısa zaman aralıklarıyla birbirini izlemesi, bunların basit bir rastlantı ya da –rekabet hukukunda kullanılan bir terimle– basit bir "uyumlu davranış" olmadığını, tek merkezden plânlanıp yönlendirildiğini göstermektedir. Ancak kamuoyunda nasıl bir tepki ile karşılaşılacağını ölçmek için önce bir sınama-deneme uygulaması yapılmıştır. Son olarak Turist Rehberleri Birliği (TUREB) tarafından rehberlere gönderilen ve rehberlerce tepki ile karşılanan çalışma kartlarında "Kültür ve Turizm Bakanlığı" adı önündeki "T. C." rumuzunun kaldırılması da[7], bu konuda genel bir T. C.'sizleştirme politikasının uygulanmaya başladığını göstermektedir.

24.10.1983 tarih ve 2933 sayılı Madalya ve Nişanlar Kanunu'nun 13. maddesine göre 4.7.1988 tarih ve 88/13039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliği[8], gerek Devlet Şeref Madalyası, Devlet Övünç Madalyası ve Devlet Üstün Hizmet Madalyası'nın, gerek Devlet Nişanı, Cumhuriyet Nişanı ve Liyakat Nişanı'nın kompozisyonunda, ön veya arka yüzünde ay yıldız motifinin, madalya veya nişanın türünü gösteren yazının önünde "T. C." harflerinin, T. C. Devlet Nişanı'nın ön yüzünde ayrıca *Atatürk* portresinin bulunmasını öngörmekteydi (m. 5-6 +Ek 1-6'daki şekiller). Yine bu Kanun'un 13. maddesine göre 28.10.2013 tarih ve 2013/5544 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair

---

6 Bu haber için bk. Milliyet, 24.8.2015, s. 18 "T. C. 'yer dar' diye çıkarılmış"; Sözcü, 24.8.2015, s. 1 "Buna Kargalar Bile Güler: T. C.'yi yer dar olduğu için koyamadık", s. 4 "T. C. valilik tabelâlarına sığmadığı için kaldırılmış"; Vatan, 24.8.2015, s. 18 "Yer dardı, T. C. sığmadı!".

İçişleri Bakanı Güler'in cevabı ile ilgili yorumlar için bk. Güngör Mengi, "Hükümetin Valisi zamanı", Vatan, 24.8.2015, s. 3;"Mustafa Mutlu, "Şaka gibi bir yanıt!", Vatan, 24.8.2015, s. 17; Yılmaz Özdil, "Benim valim", Hürriyet, 4.10.2013, s. 3.

7 Bu haber için bk. Hürriyet, 13.8.2013, s. 9 "Rehberlerin T.C. tepkisi".

8 Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliği'nin ilk metni için bk. T. C. Resmî Gazete, 7.8.1988, S. 19892.

Yönetmelik[9] ise, Devlet, Cumhuriyet ve Liyakat Nişanlarında "T. C." harflerine, Devlet Nişanı'nın ön yüzünde *Atatürk* portresine yer vermeyen hüküm ve şekiller getirmiştir (yeni Yönetmelik m. 1 ve 3 ile değişik m. 6+Ek 4, 5 ve 6'daki şekiller). Böylece nişanlarda, madalyalarla ilgili hüküm ve şekillerden farklı ve onlarla çelişik bir durum ortaya çıkmıştır. Devlet Şeref Madalyası'nın "Türkiye Cumhuriyetinin bekası, ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğü, toplumun huzuru, birlik ve beraberliği için yurt içinde veya yurt dışında üstün feragat, fedakârlık, başarı ve yararlık gösteren Türk ve yabancı uyruklu kişilere", Devlet Övünç Madalyası'nın "yurt içinde veya dışında gösterdiği sorumluluk ve görev anlayışı içinde feragat ve fedakârlık, başarı ve yararlılık dolu çalışmalarıyla Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Milleti adına haklı gurur kaynağı teşkil ederek malûl olanlara ve şehit olan kişilerin … mirasçılarına", Devlet Üstün Hizmet Madalyası'nın "yurt içinde veya dışında herhangi bir alanda feragat, fedakârlık ve gayreti ile yaptığı çalışmalarda ülke ve dünya çapında … üstün başarı göstererek Devletin yücelmesine ve millî menfaatlere önemli ölçüde katkısı olan Türk vatandaşlarına" verilmesine karşılık (MNK m. 2, Yönetmelik m. 5); Devlet Nişanı'nın "Türkiye Cumhuriyeti ile mensup olduğu devlet arasında dostça ilişkilerin geliştirilmesini ve milletlerin birbirlerine yakınlaşmalarını sağlayan ülkelerin devlet başkanlarına", Cumhuriyet Nişanı'nın "Türkiye Cumhuriyeti ile mensup olduğu devlet arasında dostça ilişkilerin geliştirilmesini ve milletlerin birbirlerine yakınlaşmalarını sağlayan ülkelerin başbakanlarına, bakanlarına ve dış temsilcilik mensuplarına", Liyakat Nişanı'nın "ilim ve sanatta Türkiye Cumhuriyetinin uluslararası alanda tanıtılması ve yüceltilmesini sağlayan yabancı kişilere" verilmesi (MNK m. 3, yeni Yönetmelik m. 1 ile değişik Yönetmelik m. 6), bu nişanlarda adına onurlandırma işlemi yapılan Türkiye Cumhuriyeti'nin simgesi olan "T. C." harflerinin bulunma-masını, Devlet Nişanı'ndan Cumhuriyet'in kurucusu ve ilk Cumhurbaşkanı *Atatürk*'ün portresinin çıkarılmasını haklı gösterecek bir gerekçe olamaz. Yapılan değişiklik, T. C.'sizleştirme ve *Atatürk*'ü unutturma politikasının yeni bir uygulamasıdır. Nitekim basındaki haberler de, bu yönde başlıklarla çıkmıştır[10]. Bu konuda AKP Genel

9 Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik metni için bk. T. C. Resmî Gazete, 5.11.2013, S. 28812, s. 8-12.

10 Basında bu konudaki haber başlıklarına örnek olarak 6.11.2013 tarihli şu gazete-

Başkan Yardımcısı ve Parti Sözcüsü *Hüseyin* Çelik'in bir televizyon programında değişikliği "Daha önce yapılan bir şey ömür boyu kalmak zorunda mı? Bir şey hazırlandı, bu kıyamete kadar kalacak diye bir şey yoktur." sözleriyle savunması[11], hangi zihniyetle hareket edildiğini göstermektedir.

III. "T. C." NEDİR ?

"T. C." rumuzu, siyasal rejimiyle Türkiye Devletinin adı olan "Türkiye Cumhuriyeti" sözcüklerinin kısaltmasıdır (AY m. 2). Kolayca tanınmaya yönelik pratik nedenlerle birçok ülke, devlet ve kurumun tam adı yerine kısaltmalar kullanılır. Karayolları araçlarının plâkalarında kayıtlı oldukları ülkelerin adlarının −örneğin B Belçika, D Federal Almanya, DK Danimarka, F Fransa, NL Nederlande (Hollanda), TR Türkiye, vb− tek veya çift harfle gösterilmesi gibi; devletlerin adları da, iki veya üç harfli kısaltmalarla ifade edilir. Birkaç örnek:

BRD Bundesrepublik Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti),

GB Great Britain (Büyük Britanya),

UK United Kingdom (Birleşik Krallık),

USA United States of America (Amerika Birleşik Devletleri),

SA South Africa (Güney Afrika) .

İşte bölücü ve ayrılıkçıların doğru bir söyleyiş, fakat akıllarınca müstehzi bir eda ile "TeCe" olarak telâffuz ettikleri "T. C." de böyle bir kısaltmadır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti için söz konusu olan tüm anayasal nitelik ve özellikler, bu kısaltma için de geçerlidir (AY m. 1-4).

---

lere bk. Aydınlık, s. 1 "Atatürk'e Nişan Aldı", 11 "Devlet Nişanı'ndan Atatürk ve T.C.'yi Sildiler"; Cumhuriyet, s. 1 "T.C. ifadesi de artık yok", "Devlet Nişanlarından Atatürk ve T. C.'yi çıkarttılar"; Hürriyet, s. 16 "Ata ve TC atıldı"; Milliyet, s. 1 "TC ve Atatürk 'nişan'da yok", 20 "Devlet nişanından Atatürk ve T.C. ibaresi çıkarıldı"; Sözcü, s. 1 "Devlet 'Nişan'larından çıkarttılar. Atatürk ve T. C. battıkça batıyor", 5 "Devlet nişanlarından T. C. ve Atatürk kalktı"; Türkiye'de Yeniçağ, s. 1 "T.C.'yi nişanlardan da sildiler", 8 "Atatürk ve T. C. Devlet Nişanından da çıkarıldı"; Vatan, s. 1 "T. C. yazısı da kalktı", 17 "Nişanlardan Atatürk ve T. C. çıktı".

11 Bu haber için bk. Aydınlık, 8.11.2013, s. "Hüseyin Çelik'ten Haddini Aşan Sözler: Atatürk ve T.C. ömür boyu kalmak zorunda mı?".

Bu kısaltmanın kullanılması gereken yerde kullanılmaması, bir ihmal sonucu olabileceği gibi; Anayasa'da yazılı nitelik ve özellikleriyle Türkiye Cumhuriyeti'nin ret ve inkârı anlamına da gelebilir. Konu, ulusal birlik ve ülke bütünlüğümüzün tartışma konusu yapıldığı, vatandaş kimliği olarak "Türk" sözcüğüne yeni Anayasa'da yer verilmek istenmediği (krş. AY m. 66); I. Dünya Harbinde Çanakkale Savaşı'nın Anafartalar Komutanı, Kurtuluş Savaşı'nın Başkomutanı, Cumhuriyet'in kurucusu Gazi *Mustafa Kemal Atatürk*'ün adının tarih kitaplarından çıkarılmak istendiği bir dönemde her zamankinden daha çok önem kazanmıştır. Memnuniyet verici olan şey, halkın ve basının"T. C." rumuzunu ortadan kaldırma girişimi karşısında ona sahip çıkmasıdır.

IV. "T. C." RUMUZUNUN YETKİSİZ KULLANILMASI VE GEREKEN YERDE KULLANILMAMASI

A – Genel Olarak

Anayasa'mıza göre "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir." (m. 113/I). Bu hüküm uyarınca gerek daha önce kanunlarla yapılan, gerek 6.4.2011 tarih ve 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilât, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetki çerçevesinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle getirilen düzenlemelerin hiçbirinde Başbakanlık veya bakanlıkların adlarının önüne "T. C." rumuzunun konması hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bununla birlikte başta Başbakanlık olmak üzere, bütün bakanlıkların yazışmalarında ve −İçişleri ve Millî Savunma Bakanlıkları dışında− bütün bakanlık-ların Ankara'daki merkez binalarının girişlerindeki tabelâlarında adlarının önünde "T. C." rumuzu yer almaktadır: T. C. Başbakanlık, T. C. Adalet Bakanlığı, T. C. Dışişleri Bakanlığı, T. C. Ekonomi Bakanlığı, T. C. Maliye Bakanlığı, T. C. Millî Eğitim Bakanlığı, T. C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, T. C. Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı, T.C. Gençlik ve Spor Bakanlığı, T. C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, T. C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, vb.

Başta Genelkurmay Başkanlığı olmak üzere, Türk Silâhlı Kuvvetleri komutanlıklarının Ankara'daki karargâh binalarındaki levhalarda yazılı olmasa da, adları önünde "T. C." rumuzu vardır; işlemlerinde ve yayınlarında kullanılmaktadır: T.C. Genelkurmay Başkanlığı, T. C. Kara Kuvvetleri Komutanlığı, T. C. Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, T. C. Hava Kuvvetleri Komutanlığı, T. C. Jandarma Genel Komutanlığı. Aynı durum, Türk Silâhlı Kuvvetleri komutanlıklarına bağlı kuruluşlar için de söz konusudur.

Aynı biçimde Anayasa'nın 130. maddesine göre Devlet veya vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları olarak üniversiteler için bu konuda ne Yükseköğretim Kanunu'nda, ne Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı üniversite, fakülte ve enstitüler, kendiliğinden "T. C." rumuzunu kullanmaktadırlar. Örneğin T. C. Anadolu Üniversitesi, T. C. Bahçeşehir Üniversitesi, T. C. Beykent Üniversitesi, T. C. Erciyes Üniversitesi, T. C. Haliç Üniversitesi, T. C. Harran Üniversitesi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, T. C. Kastamonu Üniversitesi, T. C. Marmara Üniversitesi, T. C. Mevlâna Üniversitesi, T. C. İstanbul Ticaret Üniversitesi, T. C. Yeni Yüzyıl Üniversitesi; T.C. İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi, T. C. İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler ve Fen Bilimleri Enstitüsü, T. C. Dumlupınar Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü böyle yapmaktadır (krş. Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanunu m. 11, 14, 25; ek m. 6, 23 41, 45, 47, 48, 53, 57, 76, 110). Bazen aynı üniversitenin fakülteleri arasında farklı uygulamalar da görülmektedir. Örneğin "T. C. Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi" adında yer alan "T. C." rumuzu, "Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi" adında bulunmamaktadır (krş. Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanunu m. 10/a, d).

Anayasa'mıza göre "Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır." (m. 126/I). İl İdaresi Kanunu'nda il, ilçe, bucak ve köy adları ile ilgili hükümler bulunmakla birlikte (m. 2/I D-E), bunların önüne "T. C." rumuzunun konması hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat uygulamada adı geçen yönetim bölümlerinin adları ile birlikte valilik, kaymakamlık ve bucak müdürlüğü sözcükleri önünde "T. C." rumuzuna de yer verilmektedir. Örnekler: T. C. Adana Valiliği, T. C.

Bolu Valiliği, T. C. Diyarbakır Valiliği, T.C. Edirne Valiliği, T.C. İstanbul Valiliği, T. C. Konya Valiliği, T. C. Samsun Valiliği; T. C. Akçaabat Kaymakamlığı, T. C. Çankaya Kaymakamlığı, T. C. Kadıköy Kaymakamlığı, T. C. Karatay Kaymakamlığı, T. C. Meram Kaymakamlığı, T. C. Merzifon Kaymakamlığı, T. C. Söke Kaymakamlığı, T. C. Şalpazarı Kaymakamlığı, T. C. Zara Kaymakamlığı, vb. Bazen bir mahalle muhtarlığının adında bile "T. C." rumuzu dikkati çekmektedir. Örnekler: T. C. Ankara İli Çankaya İlçesi Ayrancı Mahallesi Muhtarlığı, T. C. Yenimahalle İlçesi Demet Mahallesi Muhtarlığı. Görevin yapıldığı, makamın bulunduğu binadaki levhada da "T. C." rumuzu kullanılabilmektedir. Örnek: T. C. Mudurnu Hükümet Konağı.

Kanun, tüzük ve bakanlıklarca çıkarılan yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, Anayasa Mahkemesi kararları, Yargıtay ve Danıştay içtihadı birleştirme kararları ile resmî ilânların yayımlandığı T. C. Resmî Gazete, Adalet ve Millî Eğitim Bakanlıklarının kendi alanları ile ilgili mevzuat ve genelgeleri yargı ve eğitim mensuplarına duyurmak için yayımladıkları T. C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yargı Mevzuatı Bülteni, T. C. Millî Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisi de, "T. C." rumuzunun kullanıldığı resmî yayın organlarıdır.

Yargı erki içindeki bağımsız kuruluşlar (mahkemeler ve yüksek mahkemeler, icra daireleri), −adlarının bir parçasını oluşturmasa da− genellikle "T. C." rumuzunu binalarındaki tabelâlarında veya başlık olarak kararlarının üst tarafında kullanmaktadırlar. Örnekler: T. C. Anayasa Mahkemesi (krş. AY m. 146-153), T. C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. C. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. C. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T. C. Yargıtay 15. Ceza Dairesi, T. C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (krş. AY m. 154), T. C. Danıştay 3. Daire, T. C. Danıştay 10. Daire, T. C. Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, T. C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, T. C. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu (krş. AY m. 155), T. C. Askerî Yargıtay (krş. AY m. 156), T. C. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (krş. m. 157); T. C. Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, T. C. Çatalca 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. C. Zonguldak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. C. Ankara 3. Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi, T. C. Ankara 13. İş Mahkemesi, T. C. İstanbul 19. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. C. Trabzon Aile Mahkemesi, T. C. Antalya 2. Tüketici Mahkemesi, T. C. Ankara 2. Sulh Hukuk Mahkemesi, T. C. Seferihisar Sulh Hukuk Mahkemesi, T.C. Adana 9.

İcra Dairesi, T. C. Ankara 22. İcra Dairesi, T.C. Bilecik İcra Dairesi, T. C. Bitlis İcra Dairesi, T. C. Erzincan İcra Dairesi, T. C. İstanbul Anadolu 9. İcra Dairesi, T. C. İstanbul Anadolu 3. İcra ve İflâs Müdürlüğü, T. C. İzmir 26. İcra Dairesi, T. C. Kocaeli 1. İcra Dairesi, T. C. Şanlıurfa 3. İcra Dairesi, vb. Bazen adliye binasında da "T.C." rumuzu kullanılmaktadır. Örnek: T. C. Bafra Adalet Sarayı. T. C.'siz farklı uygulama için iki örnek: Ankara Adalet Sarayı, İstanbul Adalet Sarayı.

Seçimlerin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapmak ve yaptırmak, seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları incelemek ve kesin karara bağlamak, TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanı seçimi tutanaklarını kabul etmekle görevli Yüksek Seçim Kurulu, internet sitesinde "ysk" olarak kısalttığı adını, kararlarının başında "T. C. Yüksek Seçim Kurulu" olarak yazmaktadır (krş. AY m. 75/II-V; Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 11-14).

TBMM Başkanlığına bağlı, ancak görevinin yürütülmesinde bağımsız Kamu Denetçiliği Kurumu, yayın ve ilânlarını "KDK" olarak kısalttığı yasal adının başına koyduğu rumuzla "T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu" olarak yapmaktadır (krş. AY m. 74/IV, VI; Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m.1-2, 4, 12).

Daha önce Yükseköğretim Kanunu ve Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdarî Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'deki adıyla Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi için kullanılan ÖSYM kısaltması, 17.2.2011 tarih ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren bu Başkanlığı ifade etmektedir (m. 2/1g). Merkez'in yasal adında bulunmayan T. C. rumuzu ise, uygulamada önceki dönemde olduğu gibi bugün de Merkez'in adı önünde kullanılmaktadır.

Başbakanlık ve Bakanlıklara bağlı kurum ve kuruluşların adlarının önünde de "T. C." rumuzu kullanılmaktadır. Örnekler: T. C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı, T. C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, T. C. Başbakanlık MİT Müsteşarlığı, T. C. Başbakanlık Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı, T.C. Başbakanlık Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı; T. C. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü, T. C. Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ve Tu-

tukevleri Personeli Kahramanmaraş Eğitim Merkezi, T. C. Adalet Bakanlığı Silivri Ceza İnfaz Kurumları Kampusu; T. C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, T. C. Millî Savunma Bakanlığı Tire Askerlik Şubesi Başkanlığı; T. C. Maliye Bakanlığı Millî Emlâk Satış/Tanıtım Ofisi, T. C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Eğitim Merkezi; T. C. Sağlık Bakanlığı Türkiye İlâç ve Tıbbî Cihaz Kurumu, T. C. Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Kurumu Uşak Devlet Hastanesi; T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, vb. Bafra'dan seçilmiş birkaç örnek: T. C. Millî Eğitim Bakanlığı Samsun-Bafra Kızılırmak İlköğretim Okulu, T. C. Sağlık Bakanlığı Nafiz Kurt Bafra Devlet Hastanesi, T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Bafra Hasan Çakın Halk Kütüphanesi. Aynı durum, valililik ve kaymakamlıklara bağlı kuruluşlar için de söz konusudur. Örnekler: T. C. Ankara Valiliği Çevre ve Şehircilik Müdürlüğü, T. C. Ankara Valiliği Gençlik Merkezi, T. C. Bafra Kaymakamlığı İlçe Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü.

Bazen "T. C." rumuzunun bağlı bulunulan bakanlık veya üst kurumun adı anılmaksızın da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin T. C. Emniyet Genel Müdürlüğü adı, binalarındaki levhalarda İçişleri Bakanlığı ile, T. C. İstanbul Emniyet Müdürlüğü adı Emniyet Genel Müdürlüğü ile bağlantısı belirtilmeksizin, T. C. Akhisar İlçe Emniyet Müdürlüğü adı Manisa Emniyet Müdürlüğü ile bağlantısı gösterilmeksizin; T. C. Gelir İdaresi Başkanlığı Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı, resmî ilânlarda Maliye Bakanlığı ile bağlantısı gösterilmeksizin; T. C. Ankara Müftülüğü, levhasında Diyanet İşleri Başkanlığı ile bağlantısı belirtilmeksizin yazılmıştır.

Anayasa'mıza göre "Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere … oluşturulan kamu tüzel kişileridir." (m. 127/I). Yerel yönetim birimleri olarak il özel idaresi, büyükşehir belediyesi ve beledi-yelerin bulundukları il, ilçe veya beldeye göre verilmiş olan adları ile birlikte "T. C." rumuzunu da kullanmaları hakkında İl Özel İdaresi Kanunu, Belediye Kanunu, Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Hakkında Kanun'da herhangi bir hüküm yoktur.

Uygulamada da söz konusu yerel yönetim birimleri, bu rumuzu – T. C. Uşak İl Özel İdaresi; T. C. Aydın Belediyesi, T. C. Banaz Belediyesi, T. C. Başiskele Belediyesi, T. C. Çankaya Belediyesi, T. C. Çaykara Belediyesi, T. C. Karaburun Belediyesi, T. C. Mudurnu Belediyesi, T. C. Sürmene Belediyesi, T. C. Şişli Belediye Başkanlığı gibi istisnalar dışında– genellikle sadece yazışma ve resmî ilânlarında kullanmakta; buna karşılık binalarının girişlerine il, ilçe, belde, köy veya –yukarıda örnekleri verilen istisnalar dışında– mahalle muhtarlığı adıyla birlikte kurumsal adlarını, hatta bazen sadece bu sonuncu adlarını belirten sözcükleri yazmakla yetinmektedirler. Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesi (resmî ilânlarda ve başkanlık levhalarında T. C. Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı), Gaziantep Büyükşehir Belediyesi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (resmî ilânlarda ve başkanlık levhalarında T. C. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı), İzmir Büyükşehir Belediyesi, Kocaeli Büyükşehir Belediyesi, Mersin Büyükşehir Belediyesi; Erzincan Belediyesi, Giresun Belediyesi, İzmit Belediyesi, Muş Belediyesi, Sinop Belediyesi; Bafra Belediyesi, Tarsus Belediyesi, Kuşadası Belediyesi, Of Belediyesi, Şereflikoçhisar Belediyesi sözcükleri; hatta bazen sadece "Belediye" sözcüğü, anılan yerel yönetimlerin adları olarak tabelâlarda okunabilir. Böyle bir sözcük, küçük bir ilçe veya bir beldedeki resmî makamları işlevlerine göre belirten adlardan biri olarak yeterli görülmektedir. Buna karşılık büyükşehir belediyelerinde dairelerin adlarının önünde bile T. C. rumuzunun kullanılması dikkati çekmektedir. Örnek: T. C. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Çevre Koruma ve Kontrol Dairesi Başkanlığı.

Borsalar, bu arada ticaret borsaları bakımından adları önünde "T. C." rumuzunu kullanmalarına yönelik herhangi bir yasal zorunluluk bulunmamakla birlikte; uygulamada bazı ticaret borsalarının bu rumuzu kendiliklerinden kullandıkları görülmektedir. Örnek: T. C. Afyonkarahisar Ticaret Borsası (krş. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Borsalar Kanunu m. 3/c, 28-29).

B – Özel Konumu Olan İki Kurum

"T. C." rumuzu ile "Türkiye" ve "Cumhuriyet" sözcüklerinin kullanımı bakımından özel bir konumu olan iki kurumdan da söz etmek, yerinde olacaktır:

17.5.1928 tarih ve 1267 sayılı Kanun'la Ankara'da Türkiye Cumhuriyeti Merkez Hıfzıssıhha Müessesesi kuruldu. Müessese'nin kurucusu, IV. İsmet Paşa (İnönü) Hükümetinin Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanı *Refik* Bey (*Saydam*)'dır. 30.12.1940 tarih ve 3959 sayılı Kanun'la Müessese'nin görev, yetki ve sorumlulukları yeniden düzenlendi. *Atatürk*'ün ölümünden sonra İnönü'nün Cumhurbaşkanlığı döneminde II. *Celâl Bayar* Hükümetinden sonra kurulan iki hükümetin Başbakanı olarak görev yapan Dr. *Refik Saydam*'ın 7/8 Temmuz 1942 günü ölümünden sonra[12] Müessesenin adı, 10.8.1942 tarih ve 4288 sayılı Kanunla "Türkiye Cumhuriyeti Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Müessesesi" olarak değiştirildi[13]. Yakın zamanlara kadar adındaki "Türkiye Cumhuriyeti" ibaresi yerine "T. C." rumuzu da kullanılarak gelen Müessese, yerini 30.12.1940 tarih ve 3959 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 11.10.2011 tarih ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir kuruluş olarak kurulan Türkiye Halk Sağlığı Kurumu'na bıraktı (m. 26; 58/14-b, geç. m. 3/1, 4/1,5, 8/2). Böylece bir kalemde 83 yıllık bir Müessesenin adından hem "Cumhuriyet" sözcüğü, hem kurucusunun adı çıkarıldı. Bu, ülkemize büyük hizmetlerde bulunmuş bir insana karşı değerbilmezliğin ötesinde, genel olarak Cumhuriyet değerlerinin ret ve inkârı anlamına gelen bir olaydır.

Para karşılığında yapılan tüm işlemlerde ödeme aracı olarak kullandığımız banknotların ön ve arka yüzlerinde sol tarafta "Türkiye

---

12 Bu makale kapsamındaki görev ve hizmetleriyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanı ve Başbakan Dr. Refik Saydam hakkında bk. Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 27, İstanbul 1994, s. 214 vd "Saydam, (İbrahim) Refik"; ayrıca Türk Ansiklopedisi, C. XXVIII, Ankara 1980 (MEB Yayını), s. 191 "Saydam, Dr. Refik"; Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 20, İstanbul 1986, s. 10242 "Saydam (Refik)".

13 Türkiye Cumhuriyeti Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Müessesesi hakkında toplu bilgi için bk. Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 26, İstanbul 1993, s. 186 "Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Enstitüsü"; Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 19, İstanbul 1986, s. 9740 "Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Enstitüsü".

Türk Ansiklopedisi, C. XIX, Ankara 1971 (MEB Yayını), s. 208'de ise şu başlık okunmaktadır: "Hıfzıssıhha Enstitüsü: bk. Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Enstitüsü". Fakat bu yollamanın işaret ettiği yer olarak Türk Ansiklopedisi, C. XXVII, Ankara 1978 (MEB Yayını), s. 257'de "Refahiye" (s. 256 devamı), "Referandum", "Refik Bey, Manyasî-zade" ve "Refleks" sözcükleri dışında bir bilgiye rastlanmamaktadır. Bu, Türk Ansiklopedisi gibi MEB Yayını bir prestij ansiklopedisi için açıklanması güç bir ciddiyetsizlik örneğidir.

Cumhuriyet Merkez Bankası" adı, ön yüzlerinin ortasında her birinin tutarını gösteren rakamın altında "14 Ocak 1970 tarih ve 1211 sayılı Kanuna göre çıkarılmıştır" cümlesi yazılıdır. Sözü edilen Kanun, 11.6.1930 tarih ve 1715 sayılı ilk kuruluş kanunu ile aynı adı taşıyan 14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'dur[14]. 1211 sayılı Kanun'a göre Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Türkiye'de banknot çıkarma imtiyazına tekel olarak sahip, bu Kanunda yazılı görev ve yetkileri haiz, anonim ortaklık olarak kurulmuş bir bankadır (21.4.1994 tarih ve 3985 sayılı Kanun'la değişik m. 1/I). "TCMB" olarak kısaltılan Banka adındaki "Cumhuriyet" sözcüğü, dikkat edilirse, –"Türkiye Cumhuriyeti" ibaresinin yer aldığı benzeri isim tamlamalarından farklı olarak– yalın hâliyle kullanılmıştır. Burada "Cumhuriyet" sözcüğü, "Merkez Bankası" ibaresi önünde bir sıfat gibi kullanıldığı için bir isim-sıfat tamlamasının tümleci durumundadır.

"Türkiye Cumhuriyeti" ibaresi veya onun kısaltması "T. C." rumuzu, çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları, iktisadî devlet teşekkülleri ve kamu kuruluşlarının ad veya unvanlarının başında da yer almaktadır. Örnekler: T.C. Emekli Sandığı, T. C. Ziraat Bankası; SGK olarak kısaltılan T. C. Sosyal Güvenlik Kurumu; TCDD olarak kısaltılan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi, eskiden TCK olarak kısaltılan Türkiye Cumhuriyeti Karayolları, şimdi TCKGM veya sadece KGM olarak kısaltılan Türkiye Cumhuriyeti Karayolları Genel Müdürlüğü, TOKİ olarak kısaltılan T. C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, PTT olarak kısaltılan Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi, vb.

"T. C." rumuzu, adında yer aldığı kurumun Devlete ait olduğunu ya da –vakıf üniversiteleri gibi– Devlet kurumları ile aynı hükümlere tâbi olduğunu gösteren bir simge (krş. AY m. 130 sf), dolayısıyla bir kamu hizmetinin bu nitelikte bir kurumca yürütüldüğünü ifade eden bir marka gibidir (krş. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 5/I).

---

[14] Her ikisinde de daha sonra çıkarılan kanunlarla birçok değişiklik yapılmış olan 11.6.1930 tarih ve 1715 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile 14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun ilk metinleri için sırasıyla bk. T.C. Resmî Gazete, 30.6.1930, S. 1533, s. 9168-9172; 26.1.1970, S. 13409.

C – Yetkisiz Kullanma ve Gerektiği Yerde Kullanmamanın Yaptırımları

Bu bakımdan "T. C." rumuzu, her isteyenin kullanabileceği bir simge değildir. Yetkisi olmadan bu rumuzu kullanan kişi, olayın özelliklerine göre Türk Ceza Kanunu'nun 204. maddesinde yazılı "Resmî belgede sahtecilik" (f. 1) ya da 262. maddesinde yazılı "Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi" suçunu işlemiş olabilir. Buna karşılık "T. C." rumuzunu görevi gereğince kullanması gereken kişi de, bunu yapmadığı ya da ihmal ettiği takdirde, olayın özelliklerine göre Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde yazılı "Görevi kötüye kullanma" (f. 2) ya da 300. maddesinde yazılı "Devletin egemenlik alâmetlerini aşağılama" (f. 1 c. 2) veya 301. maddesinde yazılı "Türkiye Cumhuriyeti Devletini aşağılama" (f. 1) suçunu işlemiş olabilir.

Konuyu Türk Ticaret Kanunu ve Dernekler Kanunu açısından da incelemekte yarar var: Bilindiği gibi, Türk Ticaret Kanunu'na göre; "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" sözcükleri, bir ticaret unvanına ancak Bakanlar Kurulu kararıyla konabilir (m. 46/3). Dernek adlarında kullanılması izne bağlı isimler listesi ise, biraz daha uzundur. Dernekler Kanunu'na göre; dernek adlarında "Türk", "Türkiye", "Millî", "Cumhuriyet", "Atatürk", "Mustafa Kemal" sözcükleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan sözcükler, İçişleri Bakanlığı'nın izniyle kullanılabilir (m. 28). Dolayısıyla "Türkiye Cumhuriyeti" ve onun kısaltması olan "T. C." rumuzu da, −bu hâliyle açıkça öngörülmüş olmamakla birlikte− kamu hizmeti niteliği taşıyan bir ticarî işletmeyi işleten tacirin unvanında Bakanlar Kurulu kararı, kamu yararına çalışan bir derneğin adında ise İçişleri Bakanlığı'nın izniyle kullanılabilmelidir (krş. TTK m. 46/1, DK m. 27/I).

Aykırı davranışlar hakkında ceza yaptırımları öngörülmüştür: Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret unvanına ilişkin 46. maddesine aykırı hareket edenler, aynı Kanun'un 51. maddesinin 3. fıkrasına göre "üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır"; Dernekler Kanunu'nun 28. maddesinde yazılı sözcükleri izinsiz kullanan dernek yöneticileri ise, aynı Kanun'un 32. maddesinin (n) bendine göre, "fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, yüz günden az olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır ve derneğin feshine de karar verilir."

"Türkiye Cumhuriyeti" ve onun kısaltması olan "T. C." rumuzunun bir ticaret unvanında Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın kullanılması, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre "dürüstlük kuralına aykırı davranış" olarak (m. 55 kenar başlığı, 1534) "haksız rekabet" de oluşturabilir. Çünkü "Kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, … faaliyetleri, … ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak" (m. 55/1a-2); "Paye, diploma … almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak", başlıca haksız rekabet hâlleri arasında sayılmıştır (m. 55/1a-3). Dolayısıyla olayın özelliklerine göre Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin "Hukukî sorumluluk" (m. 56-61) ve "Ceza sorumluluğu" hükümleri (m. 62-63) de uygulama alanı bulabilir.

Eklemek gerekir ki, yasal bir zorunluluk olmadığı ya da ad veya unvanın bir parçası olmadığı hâlde T. C. rumuzunun kullanılması, yukarıda sözü edilen günümüz koşullarında bir ulusal kimlik refleksi olarak ortaya çıkmaktadır. Zaten konunun güncel önemi de, özellikle bu koşullardan kaynaklanmaktadır.

V. SONUÇ

Bütün bunlar, konunun çeşitli yönleriyle ilgili olasılıklardır. Ancak −yukarıda verilen örneklerden anlaşılacağı üzere− güncel sorun, "T. C." rumuzunun birkaç olayda kullanılması gereken yerde kullanılmaması, başka bir deyişle, ihmal edilmesi-dir. Kamuoyunun tepkisiyle –bazen siyasî partilerin müdahalesi ile de olsa[15]– genelde bu uygulamadan vazgeçilmesi, böylece günümüz koşullarında duyarlı hâle gelen bir konuda yanlış bir uygulamanın yaygınlaşmadan önlenmesi, memnuniyet vericidir. Bundan sonra da böyle bir girişimde bulunulmaması gerekir. Önemli olan, "T. C." rumuzunun doğru ve yerinde kullanılmasıdır. Halkın Türkiye Cumhuriyeti'nin simgesine sahip çıkması ise, en büyük güvencedir.

[15] Böyle bir müdahale örneği için bk. Haber Türk-Egeli, 28.8.2013, s. 1 "T. C. Tabelâsını CHP'li Vekil Astı", 6 "CHP, Balıkesir'deki Ziraat Bankası'na T. C. yazısı astı".

KAYNAKLAR

(Haber Dışındaki Kaynaklar)

Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 26, İstanbul 1993, s. 186 "Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Enstitüsü".

Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 27, İstanbul 1994, s. 214 vd "Saydam, (İbrahim) Refik".

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 19, İstanbul 1986, s. 9740 "Refik Saydam Merkez Hıfzıssıhha Enstitüsü".

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 20, İstanbul 1986, s. 10242 "Saydam (Refik)".

Emin Çölaşan, "T.C.'nin Başına Gelen", Sözcü, 20.4.2013, s. 5.

Güngör *Mengi*, "Hükümetin Valisi zamanı", Vatan, 24.8.2015, s. 3.

Mustafa *Mutlu*, "Şaka gibi bir yanıt!", Vatan, 24.8.2015, s. 17.

Yılmaz Özdil, "Benim valim", Hürriyet, 4.10.2013, s. 3.

Türk Ansiklopedisi, C. XXVIII, Ankara 1980 (MEB Yayını), s. 191 "Saydam, Dr. Refik".

Mehmet *Türker*, "Çok Güzel Şeyler Oluyormuş", Sözcü, 20.4.2013, s. 4.

Mehmet Y. *Yılmaz*, "Tabelâ İslâmcılığı", Hürriyet, 25.4.2013, s. 21.

USÛLÜNE GÖRE YÜRÜRLÜĞE KONULMUŞ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN MİLLETLERARASI ANTLAŞMALARIN ÖZÜ VE KAPSAMI HAKKINDA

Atilâ SAV*
N. Özden SAV**

Özet: Anayasa'nın ilgili maddesinde (m. 90) 2004 yılında yapılan değişiklikle, Türkiye Cumhuriyeti'nin usulüne uygun biçimde taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, özellikle temel hak ve özgürlükleri düzenleyen antlaşmalar, hukuk hiyerarşisinde bugüne kadar taşıdığından önemli bir yere konmuş görünüyor.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan antlaşmaların hangileri olduğunun saptanabilmesi ve tüm uygulayıcılarımızın bilgi dağarcığına katılabilmeleri için kapsamlı bir çalışmanın yapılması kaçınılmaz görünüyor.

Abstract: The latest amendment made on article 90 of the Turkish Constitution of 1962 brought additional value and weight to the international treaties to which Turkey is a party. This is particularly so with respect to the treaties regulating fundamental human rights and freedoms. Due to this added value of the international treaties, a comprehensive study needs to be done on the international treaties which Turkey is a party to and finally create a codex of these treaties as well as the relevant human rights norms.

* Avukat, Ankara Barosu
** Avukat, Dr., Ankara Barosu

Giriş

(1) "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlığını taşıyan Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasında "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" denmektedir. Aynı hüküm 1961 Anayasasının 65. Maddesinde de (bazı sözcükler değişik kullanılsa da) yer alıyordu.

Anayasaya göre milletlerarası antlaşmaların iç hukuktaki yeri "kanun"la eşdeğerdir. TBMM'ce kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanının onayı ile tamamlanır ve yayımlanır (Any. m.104/b).[1]

Anayasa'nın 90. Maddesinin son fıkrasına 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı yasanın 7. maddesiyle şu tümce eklendi. "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

Bu düzenlemeyle iç hukukumuzda, kurallar dizgesine göre yasaların kapsamı genişletilmiş ve bazı antlaşmalar bir üstün kural olarak benimsenmiştir. Bu fıkranın doğru anlaşılması ve uygulanması ile "daha demokratik ve özgürlükçü bir anayasa" arayışında ileri bir aşamaya ulaşılmış olmaktadır.

I- Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

Fıkrada belirtilen "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" deyimi Anayasa'nın "Temel haklar ve ödevler" başlıklı ikinci kısmını içermektedir (m. 12-74). Anayasa'nın ikinci kısmı dört bölümden oluşmaktadır:

a) Genel Hükümler (m. 12-16

b) Kişinin Hakları ve Ödevleri (m. 17-40)

c) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler (m. 41-61)

d) Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 66-74)

---

[1] Anayasa'da "andlaşma" yazımı benimsenmiştir. Ancak, Yazım Kılavuzu'nda "antlaşma"nın doğru yazım olduğu belirtilmektedir. Kurala göre söylenişle iki yumuşak ünsüz arasındaki ünsüz sert ünsüze dönüşür. Bu nedenle alıntılarda andlaşma'yı kullandım.

Bu aşamada irdelenecek konu "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar"ın kapsamı olmalı.

Anayasa değişikliği TBMM'de görüşülürken verilen 19 imzalı bir önergeyle bilgi aydınlatıcı olabilir. Önerge şöyle:

"Madde 7- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri[i]3 esas alınır." (TBMM Tutanak Dergisi 86. Birleşim. 7 Mayıs 2004)

Bu önerge ile bir öndenetim mekanizması getirilmek istendiğini belirten Sözcü açıklamasında "bu özelliği tanıyacağımız antlaşmaların hangi kaynaktan gelen antlaşmalar olduğunu belirlemek" amacıyla böylesi bir saymaca kuralı önerdiklerini belirtmiştir.

Önergeyle ilgili görüş belirten Anayasa Komisyonu Başkanı "bir sayma yöntemini teknik olarak doğru bulmadıkları" için karşı çıkmış; Hükümet adına Adalet Bakanı da, öneriye katılmadıklarını belirtmiştir. Sonuçta önerge kabul edilmemiş; maddenin oylamasında ise 456 kabul oyuyla hüküm komisyondan geldiği gibi kabul olunmuştur.

Bu görüşmenin de ışığında değerlendirildiğinde özü ve sözüyle "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar"ı en geniş anlamda anlamak gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlükler deyimi kapsamında bulunan iki taraflı (bölgesel) antlaşmaların sayısı pek çoktur. İkili ya da bölgesel sağlık, sosyal güvenlik, insan gücü, çevrenin korunması, emlâk, vize muafiyeti, eğitim, bilim, kültür ve spor, mülteciler (sığınmacılar), vatansızlar, göç ya da terörle (tedhişçilik) savaşımı konu alan antlaşmalar da bu kapsamda sayılabilecektir.

Bu düzenlemenin yasalaşmasından kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ile ilgili düzenleme çalışmasında bu kapsam belirsizliğinden kaçınılmıştır. 90. maddeyle ilgili değişiklik (07.05.2004

tarih ve 5170 sayılı yasa m. 7)'ten kısa bir süre sonra (07.05.2010 tarih 5982 sayılı yasa m. 18) yapılan bireysel başvuru yolu açılmıştır.

Kural tek antlaşmaya dayandırılmıştır: "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edilmesi iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir".

Görülüyor ki, bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için öngörülen tek uluslararası antlaşma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu, 90. maddeye göre çok sınırlı ve net bir düzenlemedir. (90. madde düzenlemesi için verilen 07 Mayıs 2004 tarihli önergede belirtilen insan hakları metinlerinden bazılarının yasanın "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" tanımına girdiği tartışmalıdır (örneğin BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği (Nihaî) Sonuç Senetleri gibi).

Buna karşılık bazı uluslararası antlaşmaların kapsam dışı bırakılması (özellikle ILO gibi) tartışmalıdır.

II- Milletlerarası antlaşmaların iç hukuktaki yeri:

1. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacaktır" hükmünü içerir. Bu, antlaşmaları kanundan üstün bir konuma mı koymaktadır?

Bu aşamada, "normlar hiyerarşisi" (kurallar dizgesi) değişmekte midir? sorusu akla geliyor. Anayasanın tanımına göre antlaşmalar Anayasa ile yasalar arasında bir basamak mı oluşturacaktır?

Anayasa, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" (Any. m.90/son) dediğine göre antlaşmalar da kanun niteliğindedir; kanunlarla aynı düzeydedir. Zaten yürürlüğü yasayla olmaktadır. (TBMM'den geçerek yasalaşmamış antlaşmalar bunun dışındadır).

Öğretide her iki görüşü savunanlar var (Yasa ile aynı düzeyde görenler (Prof. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı, Prof. Sevin Toluner v.b.).

Antlaşmaları üstün görenler de var (Prof. Dr. İlhan Akipek, Prof. Bakır Çağlar, Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu, Prof. Dr. Süheyl Batum, v.b.).

2. Yargı kararları açısından görüşler farklıdır.

a) Anayasa Mahkemesi 22.05.1997 tarih Esas 1996/3 (Siyasi Parti kapatma), Karar 1997/3 sayılı kararıyla Demokratik Barış Hareketi Partisinin kapatma davasında S.P.K. değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10 ve 11. maddelerini esas almıştır.

b) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kanun karşısında uluslararası antlaşmaya üstünlük tanımamıştır (15.05.1997 tarih, Esas 1997/555 Karar 1997/528).

c) Danıştay 5.Dairesi 22.05.1991 tarihli ve 15. 1986/1723, Ka.1991/933 kararı ile Devlet Memurları Kanunu'na göre verilmiş bir disiplin cezasını iptal ederken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni dayanak kabul etmiştir.

3. Bu kapsamdaki antlaşmaların bir dizini yapılmış değildir. TBMM'deki görüşmelerde verilen önerge kabul edilseydi, yalnızca sayılan beş kaynaktan gelen antlaşmaların belirlenmesi kolay olabilirdi. Oysa bu durumda, ister çok taraflı, ister iki taraflı, ister evrensel ya da bölgesel olsun temel hak ve özgürlüklere ilişkin hüküm taşıyan tüm antlaşmalar kapsam içindedir.

4. Devletler Hukuku Açısından

"Antlaşma (treaty, traité) terimi uluslararası hukuk açısından geniş kapsamlı bir akittir. Uygulamada sözleşme (convention), son senet (final act), protokol (protocol), şart (charter), anlaşma (agreement) gibi metinler de iki ya da daha çok sayıda devlet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için imzalanmış metinler olarak kullanılmaktadır (Arıboğan - Ayman - Dedeoğlu, ULUSLARARASI İLİŞKİLER SÖZLÜĞÜ, s.40)[2]

---

[2] Devletler Hukuku ışığında antlaşma kapsamına girebilecek belgeler aşağıdadır:
Andlaşma: Treaty; traité; Vertrag; (muahede)
Anlaşma: Agreement; accorrd; Abkommen
Sözleşme: Convention; Konvention
Misak: Covenant; pc te; Pakt
Şart: Charter, charte; Charta
Protokol: Protocol;, protocole; Pratotokoll
Genel senet: General act; acte général;allgemeineakte

5. Uygulamacılar için çok önemli ve geniş kapsamlı bir hukuk kaynağı sözkonusudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülen uyuşmazlıklarda Türkiye ikinci sırada görünüyor. (Bu davaların büyük çoğunluğu da aleyhimize sonuçlanmaktadır.) Demek ki Yargı'mız insan hakları uygulamasında uluslararası standartların altında kalmakta. Bu nedenle "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası temel hak ve özgürlükler"e ilişkin antlaşmaları bir iç hukuk kaynağı olarak uygulamacılara tanıtmak ve onları aydınlatmak zorundayız.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruları hak arama bilgi ve beceri yüksek olan meslektaşlarımız hazırlamaktadır. Demek ki, avukatlar bu konuda daha araştırıcıdır. Öyleyse savcı ve yargıçlarımız da bu kaynaklara ulaştırılmalı ve aydınlatılmalıdır.

6. Hukuk uygulamasında daha çok yasalara ve onlara dayanılarak konulmuş tüzük, yönetmelik, genelge v.b. kaynaklara dayanan uygulamacılar için bu kapsamdaki uluslararası antlaşmalar nasıl belirlenebilir? Sorun burada.

Uluslararası antlaşmalar yasayla kabul olunduğu için Resmi Gazete ve Düstur gibi resmi kaynaklarda bulunmakta. Ancak hangi antlaşmalar 90. madde kapsamındadır? Bu soruya yanıt bulmak için bir ön çalışma gerekiyor.

III- Uluslararası antlaşmaların bir resmi dizini yok. Bu alanda yapılmış bazı çalışmalar var. Şöyle ki:

a) Prof. Dr. Gündüz Ökçün-Ahmet Ökçün, TÜRK ANTLAŞMALAR REHBERİ (1920-1973) (S.B.F yayını, Ankara 1974).

b) Ahmet Yavuz, TÜRKİYE CUMHURİYETİNİN AKDETTİĞİ MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR (1920-1976), (Dışişleri Bakanlığı yayını, 1976.

Son senet: Final Act; acte final act; Schlussprotokoll (Nihai Senet)
Modus vivendi:
Mektup (Nota) teatisi: Exchage of lettres; échange de lettres (notes); Notenwechsel
Uzlaşı: (tahkimname): Compromis; Schiedsvertrag
Statü: Statute; statut; Statuk. Kaynakça için bkz. Prof. Dr Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, Kitap I., s.103-203 (Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 1997)

c) Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı-Gökçen Tunalı, TÜRK ANDLAŞMALARI ve ULUSLARARASI BELGELERİ KILAVUZU (1974-1988), Savaş yayınları, Ankara).

d) Sevim Özdoğan, TÜRKİYE CUMHURİYETİNİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR REHBERİ (1988-15.06.2005), (Ankara Barosu yayını, Temmuz 2005).

Bu derlemelerin sonuncusu (Sevim Özdoğan çalışması)'nda 2780 antlaşma var. Bir ölçümle 1920'den bu yana yürürlüğe konulan antlaşmaların sayısının 5000'in üzerinde olduğu öngörülebilir. Kesin sayısı bilinmemekle beraber 2005-2012 döneminde Anayasa'nın 90. maddesine göre yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalarla bu sayı 7000'i geçmiştir (20.04.1920-31.12.2012 sürecindeki yasa sayısı ise onbeşbine (14.300) yaklaşmıştır. Bunların arasında Lozan Barış Antlaşmasından günümüze kadar temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok taraflı, küresel, bölgesel ya da iki taraflı pek çok antlaşma bulunmaktadır.

Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri, Avrupa Konseyi Statüsü (05.05.1949, Londra'da imzaya açılan Statü, Türkiye'de 13.04.1950'de yürürlüğe girmiştir), Avrupa Konseyi Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, Avrupa Sosyal Şartı, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) çerçevesinde hazırlanıp imzaya açılan antlaşmalar, 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane Gayrıinsanî ya da Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve aynı konudaki Avrupa Sözleşmesi, Çocuk Hakları BM Sözleşmesi (20.11.1989), Gemi Kökenli Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Sözleşmesi (MARPOL), Kadına Karşı ve Ev İçi Şiddetle Mücadele ve Bunun Önlenmesi Avrupa Konseyi Sözleşmesi (11.05.2011), UNESCO, UNICEF, OECD gibi uluslararası örgütlerce hazırlanmış antlaşmanın, yanı sıra 1972 Stockholm Konferansından buyana etkin olan BM Çevre Programı (UNEP) bünyesinde, Avrupa Güvenlik ve Kalkınma Örgütü (AGİT), Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (BM A.E.K) çerçevesinde hazırlanıp imzaya açılmış olan ve tarafı bulunduğumuz çevre antlaşmalarının yanı sıra, iki taraflı kültür, sosyal güvenlik, emlâk ve işgücü antlaşmaları sayılabilir.

Sonuç ve özet:

Belirtmeye çalıştığımız nedenlerle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümce son derece önemli ve kapsamlı bir hukuk kaynağını yasa düzeyine –hatta üstüne – çıkaran bir düzenlemedir. Bu kapsama giren antlaşmaların bir dizinin hazırlanması için yapılacak inceleme ve araştırmalar uygulamacılar -özellikle savunma mesleği- için yararlı ve yol gösterici olacaktır.

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HAZIRLANMASI VE UYGULANMASI SÜRECİ

THE PREPARATION AND APPLICATION PROCESS OF INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS

Tunay KÖKSAL*

Özet: İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sektörünün ihtiyacı bulunmaktadır. Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

Anahtar Kelimeler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Construction Industry needs alternative dispute settlement mechanisms which are able to solve rapidly the disputes relating to especially international construction projects, even in the construction site as far as they emerge. A modern tender system shall begin with an efficient evaluation of the pre-qualification of applicants, and proceed with a tender procedure based on high quality tender documents, and carry on with the balanced conditions of contract which fairly distributes possible risks of future among the employer and the contractor.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

Giriş

Ülkemizde bir şahsın arsasının üzerine bir kaç dairelik apartman yaparak işe başlayan yap-satçı müteahhitler ile halen dünyanın her yerinde en son teknolojileri kullanarak mühendislik şaheseri inşaat eserlerini vücuda getiren uluslararası inşaat firmalarımız bir anlamda aynı kefeye konulmak suretiyle her ikisi de "müteahhit" adı altında değerlendirilmektedir.

1 Dr., Uluslararası Ticaret ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

Bu makalenin konusunu, uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında dikkat edilmesi gereken hususlar, uluslararası inşaat sözleşmeleri hazırlanırken yararlanılan standart sözleşmeler ve şartnameler oluşturmaktadır.

A. Türk Hukukunda Sözleşme Kavramı, Sözleşmenin Unsurları ve Eser Sözleşmesi

Borçlar Kanunumuzun birinci maddesine göre, "iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme tamam olur". Bu hükümden yola çıkıldığında taraflar arasında bir borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde üç unsur mevcut olmalıdır. Bunlardan birincisi talep hakkına sahip bir alacaklı, ikincisi talebin gereğini ifa etmekle yükümlü olan bir borçlu ve üçüncüsü de borç ilişkisinin konusu olan edimdir.

Sözleşmenin doğumu için fiil ehliyetine (medeni hakları kullanma ehliyetine) sahip iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişinin, iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ve bu iradelerin birbirine uygun olması lazımdır. Diğer bir deyişle sözleşme, bir tarafın bir şeyi teklif etmesi (icapta bulunması) halinde, karşı tarafın onu kabul etmesi ile kurulur.

İnşaat sözleşmesinin bir alt türünü oluşturduğu Borçlar Kanunu'nun 355'inci maddesinde düzenlenen istisna (eser) sözleşmesi ise, öyle bir sözleşmedir ki, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında müteahhit, iş sahibine ait bir eserin meydana getirilmesini borçlanmaktadır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, istisna akdi; "bir eserin meydana getirilmesi", "ücret" ve "anlaşma" olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

İstisna (eser) sözleşmesinde müteahhidin borçları; işi bizzat yapma borcu, işin sadakatle ve özenle yapılması borcu, alet ve edevatı tedarik borcu, genel ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlamak ve devam etmek borcu, hasarı karşılamak borcu ve teslim borcu olarak sayılabilir.

İstisna (eser) sözleşmesinde iş sahibinin borçları ise; işin ücretini ödemek, malzemeyi temin etmek, malzemenin veya tamir için bırakılan şeyin kendisince bilinen ve müteahhidin göremeyeceği tehlikeli

durumları ve işe tesir edecek diğer niteliklerini bildirmek, eserin kontrolü ve eser ayıplı ise ayıbı ihbar külfeti olarak sıralanabilir.

B. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Unsurları

"İstisna (eser) sözleşmesinin en çok uygulanan biçimi inşaat sözleşmesi olup; yap-satçı bir müteahhidin inşaa ettiği küçük bir binanın inşaasından çok uluslu müteahhitlik firmalarının oluşturduğu konsorsiyumların üstlendiği en büyük baraj, otoyol, tünel, köprü ve gökdelenlerin inşaasına kadar bütün bu yapılar inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır". [1]

İstisna (eser) sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 355-371'inci maddeleri arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun 470-486'ncı maddeleri arasında düzenlenmektedir.

1. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

"Türk Hukukunda Borçlar Kanunu, inşaat sözleşmesini özel olarak ayrıca düzenlemediği için, bir tanımını da yapmamıştır. Borçlar Kanununda sadece istisna sözleşmesiyle ilgili bazı maddelerde inşaat sözleşmesinden dolaylı olarak bahsedilmektedir" [2]. Bu bağlamda Borçlar Kanununun 363/2'nci maddesinde açıkça "taşınmaz inşaat"tan söz edilmektedir

"İnşaat sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir"[3]. "İnşaat sözleşmesi, niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesidir. İstisna sözleşmesi ile müteahhit bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de bunun karşılığında ona belirli bir ücret ödemeyi borçlanır"[4]. İstisna (eser) sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 355-371'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

---

1 Fikret EREN: "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.49.

2 Eren, a.g.e., s. 49.

3 Bkz. Özer SELİÇİ: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.4.

4 Eren, a.g.e.,s.49.

Borçlar Kanununun 355'inci maddesine göre "istisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder".

"İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ederken iş sahibi de bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir"[5].

"İnşaat sözleşmesinin taraflarından müteahhit (yüklenici veya ısmarlanan), gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi (anonim, limited veya kollektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık) da olabilir. Hatta müteahhitlerin adi ortaklık şeklinde bir araya gelip bir inşaatı birlikte yapmaları da mümkündür. Adi ortaklık şeklinde oluşturulan bir birlikteliğin uygulamada en çok görülen türleri "joint-venture" (ortak girişim) veya "konsorsiyum" halleridir" [6].

"İş sahibine karşı inşaatın tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenen kimseye "genel müteahhit" denir. İş sahibi ile genel müteahhit arasındaki sözleşme bir inşaat sözleşmesi olup; bu sözleşmeye Borçlar Kanunundaki istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Genel müteahhit, sadece inşaatın yapımını üstlenir. Total müteahhit ise, inşaatın yapımı yanında plan ve proje yapımını da üstlenir. İş sahibi de gerçek veya tüzel kişi olabilir" [7].

2. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

"İnşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve sürekli sözleşme benzeri bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup; bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluştururlar".[8]

"Müteahhit, belirli bir hizmet edimini üstlenmektedir; bu nedenle hizmet sözleşmesine benzemektedir. Ayrıca, müteahhit yaptığı eseri, iş sahibine teslim etmek zorunda olduğundan, bu özelliği de satış sözleşmesine yakındır"[9].

---

5 Eren,a.g.e., s.50.
6 Eren,a.g.e.,s. 50.
7 Eren, a.g.e., s. 50.
8 Eren,a.g.e., s.51.
9 Eren,a.g.e., s.51.

"İnşaat sözleşmesi, ivazlı bir sözleşme olup; müteahhit, eserin inşaasını ivazsız yüklenmişse, inşaat sözleşmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda ortada vekalet sözleşmesinin mi yoksa inşaat sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşmenin mi olacağı tartışmalıdır. Sorun, olayın somut özelliklerine göre çözümlenmeli ve şüphe halinde ise "isimsiz (karma) sözleşme" olduğu kabul edilmelidir"[10].

"İnşaat sözleşmesi niteliği itibariyle ani edimli bir sözleşme olmakla birlikte, bazı yönlerden sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme görünümü vermektedir. Zira, uzun süreli inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçlandığı edim, sürekli edimlere benzemektedir"[11].

"İnşaat sözleşmesi tarafların kararlaştırdıkları hüküm ve şartları içeren "ferdi sözleşme" niteliğinde düzenlenir. Ancak, büyük inşaat işlerini konu eden inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin (FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi) genel işlem şartlarını içerdiği de görülmektedir"[12].

3. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

"İnşaat sözleşmesinin en tipik unsuru, bir inşa eseri meydana getirme unsurudur. İnşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan inşa eseri, genellikle taşınmaz eser niteliğindeyken, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan "eser" ilke olarak taşınır eser niteliğindedir"[13].

"İnsan veya hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçların giderilmesine, eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına ayrılmış, toprakla doğrudan doğruya veya dolaylı bağlantısı olan yapı eserlerine "inşaat" denilmektedir. İnşaat, maddi nitelikteki her türlü yapı eserini ifade eder"[14]. "Yapının az veya çok, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprak ile bağlantılı olması gerekir"[15].

"İnşaat (yapı) kavramı, İmar Kanununun "Tanımlar" başlığını taşıyan 5'inci maddesinde tanımlanmıştır. Adı geçen maddeye göre "yapılar (inşaatlar), karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yer

---

10 Eren, a.g.e.,s.52.
11 Eren,a.g.e., s.52.
12 Eren,a.g.e.,s.53.
13 Aydın ZEVKLİLER: İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara, 1982, s.136-137.
14 Eren,a.g.e., s.53
15 Eren, a.g.e.,s.54.

altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesislerdir". Söz konusu maddeye göre "binalar, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine, ibadet etmelerine, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır."[16].

"İnşaat, taşınır inşaat ve taşınmaz inşaat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Borçlar Kanununun 363'üncü maddesi, taşınmaz inşaattan bahsederken; Medeni Kanunun 654'üncü maddesi, menkul inşaattan bahsetmektedir. İnşaat sözleşmesinin konusunu ilke olarak taşınmaz inşaat oluşturur. Ancak mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak kaydıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir inşaatın bütünleyici parçası ile teferruatı da inşaat kavramına dahildir"[17].

"Bir yapı eseri, sürekli olabileceği gibi, geçici de olabilir. Barakalar, kulübeler, şantiye binaları, geçici bir süre için yapılmış yapılar olup, geçici inşaata örnektirler. Bina dışında kalan yapılara "diğer inşaat"denilmektedir"[18].

"Mevcut bir yapıda yapılan ilaveler, değişiklikler,onarımlar ve düzeltmeler de inşaattır. Hatta mevcut bir yapıyı yıkma işi de inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır"[19].

"İnşaat sözleşmesinin geçerliliği, ilke olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak uygulamada taraflar büyük ve önemli inşaat sözleşmelerini yazılı ve hatta resmi şekilde yapmaktadırlar"[20].

"Arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan arsa karşılığı inşaat sözleşmesi (arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi) de taşınmaz (yani bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının) mülkiyetinin geçirilmesini amaçladığından, geçerlilikleri yönünden bunların da resmi şekilde yapılması gerekir. Zira, taşınmaz arsa yapının müteahhide devir borcunu içeren sözleşmenin geçerli olması için resmi şekilde yapılması gerekir"[21].

16 Eren, a.g.e.,s.54.
17 Eren,a.g.e.,s. 54.
18 Eren,a.g.e., s.55.
19 Eren,a.g.e., s.55.
20 Eren,a.g.e., s.57.
21 Eren,a.g.e., s.57.

4. İnşaat Süresince İş Sahibi ile Müteahhit ve Alt Müteahhitler (Taşeronlar) Arasındaki İlişkiler

a. İş Sahibi – Müteahhit İlişkisi

"İş sahibi, inşaa eserinin meydana getirilmesi aşamasında müteahhide dolaylı veya dolaysız çeşitli talimatlar verebilir. Bu talimatlar, bizzat inşa eserinin kendisine ilişkin olabileceği gibi, bunun meydana getirilme tarzına da ilişkin olabilir. Ayrıca, iş sahibi müteahhide, inşaatta kullanılacak malzeme veya alt müteahhit hakkında da talimatlar verebilir"[22].

Borçlar Kanunu'nun 356/II'nci maddesine göre, müteahhit borçlanmış olduğu inşa eserini şahsen meydana getirmekle veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür.

"Borçlanılan edimin müteahhit tarafından şahsen veya onun yönetimi altında başkası vasıtasıyla meydana getirilme borcu, inşaat sözleşmesinde müteahhidin kişiliğinin, kişisel yetenek ve yeterliliğinin önem taşıması fikrine dayanmaktadır"[23].

"Müteahhidin edimi şahsen veya yönetimi altında başkasına yaptırma borcunu düzenleyen kanun hükmü, emredici nitelikte bir hüküm olmayıp; taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, sözleşmede inşa eserinin yapımı işinin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide verilmesi öngörülebileceği gibi, işin alt müteahhide verilmesi sözleşmede tamamen veya kısmen yasaklanabilir"[24].

b. Müteahhit - Alt Müteahhit (Taşeron) İlişkisi

Borçlar Kanununun 356/II'nci maddesine göre, işin niteliği bakımından kişisel yeteneğin önemi yok ise, müteahhit yüklendiği inşa eserini başkası vasıtasıyla da meydana getirebilir. Bu durumda asıl müteahhit inşa eserinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhite yaptırabilir.

---

22 Fikret Eren: "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63.

23 Eren,a.g.e.,s. 64.

24 Eren,a.g.e.,s.64.

"Alt müteahhitlik sözleşmesi de niteliği itibariyle bir inşaat sözleşmesidir. Asıl müteahhit bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil, kendi nam ve hesabına yapmaktadır. Alt müteahhit de bu sözleşme ile kendi adına asıl müteahhitten bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir. Zira, alt müteahhit asıl müteahhidin bağımlı değil, bağımsız yardımcısı olup, üzerine aldığı konuda mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahiptir. Bu bağlamda, örneğin asıl müteahhidin bir inşaatın doğrama, sıva veya sıhhi tesisat işlerinin yapımını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde bu kişi alt müteahhittir"[25].

"Alt müteahhit, asıl müteahhidin bağımlı yardımcısı olmadığı için asıl müteahhidin alt müteahhit üzerinde denetim ve gözetim yetkisi yoktur. Bazı görüşlere göre ise, alt müteahhit asıl müteahhide tam bağımlı olmamakla birlikte sözleşmede kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde alt müteahhitin asıl müteahhitin yönetimi ve denetimi altında çalışması da mümkündür"[26].

Borçlar Kanununun 356/II'nci maddesine göre, asıl müteahhitin alt müteahhite işin tamamını veya bir kısmını devretme yetkisi, ya sözleşmede açıkça kararlaştırılır veya iş sahibinin rızasına (iznine) bırakılır ya da işin niteliği itibariyle bir başkası tarafından da yapılmaya elverişli olmasına dayanır.

"Asıl müteahhide, işin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide devir yetkisi, sözleşmenin yapıldığı anda verilebileceği gibi, daha sonra ayrı bir sözleşme ile de verilebilir. İşin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide devri, iş sahibinin iznine tabi tutulmuşsa, devir için iş sahibinin izninin alınmış olması şarttır. İş sahibi, izni alınmadan yapılan bir devre, sonradan icazet verebilir. İş sahibinin izni, ilke olarak şekle tabi değilse de, bunun yazılı olmasında fayda vardır"[27].

"Asıl (ilk) müteahhit, işi alt müteahhide kendi ad ve hesabına yaptığı inşaat sözleşmesiyle devreder. Bu durumda ikisi arasında ilk sözleşmeden bağımsız yeni bir inşaat sözleşmesi aktedilmiş olur. Alt müteahhidin inşa eserini meydana getirme ve teslim borcu, iş sahibine karşı değil, asıl müteahhide karşıdır"[28].

---

25 Eren, a.g.e.,s.65.

26 Bu görüş için bkz. Haluk TANDOĞAN: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.Basım , Ankara, 1987, s.77-78.

27 Eren, a.g.e., s.65.

28 Eren, a.g.e., s.65.

"İş sahibinin alt müteahhide talimat vermeye hakkı olmadığı gibi, eseri meydana getirip kendisine teslim etmeye ilişkin olarak alt müteahhitten herhangi bir talep hakkı da yoktur. İş sahibi, alt müteahhide karşı, şartları gerçekleştiği takdirde yalnızca haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunabilir"[29].

"Alt müteahhit, iş sahibine karşı sözleşme ile asıl müteahhidin kendisine verdiği işleri tam ve vaktinde yapacağına dair bir taahhütte bulunmuşsa, bu sözleşme çerçevesinde iş sahibi, alt müteahhide yönelebilir. Ayrıca, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki sözleşme ilişkisi, iş sahibi yararına yapılmış bir sözleşme niteliğinde ise, iş sahibi tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurallarına göre alt müteahhitten bazı taleplerde bulunabilir"[30].

"İş sahibi ile alt müteahhit arasında akdi ilişki bulunmadığı için iş sahibinin alt müteahhide herhangi bir ücret ödeme borcu yoktur. Ancak, iş sahibi alt müteahhide karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmişse, alt müteahhide karşı ücret ödeme borcu söz konusu olur"[31].

"İnşa eserinin alt müteahhit tarafından meydana getirilmesinin iş sahibi yönünden bazı riskleri vardır. Örneğin, iş sahibinin asıl müteahhide ücretini daha önce ödemiş olup da onun alt müteahhide bu ücreti ödememesi halinde, iş sahibi kanuni ipotek nedeniyle alt müteahhide yeniden ücret ödemek durumunda kalabilir"[32]. "Zira, Medeni Kanunun 807'nci ve devamı maddelerine göre, alt müteahhit iş sahibinin arsasında inşa ettiği yapı üzerinde çalışması nedeniyle asıl müteahhitten olan ücret alacağı için, iş sahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanarak, bu hakkın tescilini talep edebilir. Bu ipotek hakkı, işin alt müteahhide devrinin caiz olup olmamasına bakılmaksızın vardır. Hatta devirden iş sahibinin haberinin olması ya da asıl müteahhidin kendi lehine kanuni ipotek hakkını tapuda tescil ettirmiş bulunması halinde bile bu hak kullanılabilir. İş sahibi, asıl müteahhit ile yaptığı sözleşmede alt müeahhidin kanuni ipotek hakkını kaldıramaz. Alt müteahhit de kanuni ipotek hakkından önceden feragat edemez. Tapuya tescil

29 Eren, a.g.e., s.66.
30 Tandoğan, a.g.e., s.85.
31 Tandoğan, a.g.e.,s.88.
32 Tandoğan, a.g.e., s.89.

edilen kanuni ipotek yönünden iş sahibi, bütün mallarıyla değil sadece tescil yapılan taşınmazla sorumludur"[33].

"İkinci kez ödeme yapma riskine karşı iş sahibi, asıl müteahhit ile yaptığı sözleşmeye, "alt müteahhidin ücret borcunun ödendiğinin sabit olması halinde kendisine ücret ödeyeceği" kaydını koydurabilir. Aynı şekilde iş sahibi, asıl müteahhit ile alt müteahhidin ücret borcunun doğrudan doğruya kendisi tarafından ödeneceği şartını da sözleşmeye koydurabilir"[34].

"İş sahibinin kamu tüzel kişisi olması ve üzerinde inşaat yapılan taşınmazın da kamu malı olması halinde gerek asıl müteahhidin gerekse alt müteahhidin böyle bir kamu taşınmazı üzerinde ücret alacakları için kanuni ipotek haklarını kullanmaları mümkün değildir. Zira kamu mallarının borcun ödenmemesi halinde cebri icraya konu edilerek paraya çevrilmeleri mümkün değildir"[35].

"Asıl müteahhidin, alt müteahhidin eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu meselesi incelendiğinde şu sonuca varılmaktadır: Asıl müteahhidin işin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide devretme yetkisi bulunmaktaysa, alt müteahhit asıl müteahhidin yardımcı kişisi sayılır ve alt müteahhidin eylemlerinden dolayı asıl müteahhit iş sahibine karşı ancak alt müteahhitleri seçmekte veya onlara talimat vermekte kusurlu olması halinde Borçlar Kanununun 100'üncü maddesine göre sorumlu olur. Burada asıl müteahhidin alt müteahhidi denetleme yetkisi olmadığından dolayı onun denetimindeki özensizlik nedeniyle sorumlu olması söz konusu olmaz"[36].

"Asıl müteahhit, alt müteahhidi iyi seçtiğini ve ona gerekli talimatları verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Zira, alt müteahhit bağımsız da olsa asıl müteahhidin yardımcısıdır. Bu nedenle asıl müteahhit, alt müteaahhidin eyleminden ancak böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmek suretiyle kurtulabilir"[37].

---

33 Tandoğan, a.g.e., s.89.
34 Eren, a.g.e., s.67.
35 Tandoğan, a.g.e., s.91.
36 Eren, a.g.e., s.67.
37 Tandoğan, a.g.e., s.94.

"Buna karşılık, asıl müteahhidin işi alt müteahhide devretme yetkisi bulunmamasına rağmen böyle bir devirde bulunmuş ve alt müteahhidin eylemi iş sahibine zarar vermişse, asıl müteahhit, alt müteahhitlerin borca aykırı kusurlu eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı Borçlar Kanununun 96'ncı maddesine göre sorumlu olur"[38].

"Asıl müteahhidin, iş sahibine karşı alt müteahhidin zarar veren eyleminden dolayı Borçlar Kanununun 100/I'inci maddesine göre de sorumlu olması mümkündür. İşin devrinin caiz olmaması sonucu değiştirmez"[39].

"Asıl müteahhit, iş sahibinin adına ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Burada müteahhit, iş sahibinin vekili veya temsilcisi olarak hareket etmektedir"[40].

5. İnşaat Sözleşmesinin Kapsamına Giren Diğer Hususlar

Borçlar Kanunun 356/III'üncü maddesine göre inşa eserinin meydana getirilmesinde gerekli olan alet, edevat ve vasıtaları, yani araç ve gereçleri temin borcu ilke olarak müteahhide aittir. "Ancak, taraflar aralarındaki inşaat sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırabilirler. Müteahhidin araç-gereç sağlama borcu arasında iş makinaları parkının temini, şantiye binasının ve işçilerin lojman ve yemekhanelerinin yapılması, şantiye ve inşaat için gerekli elektrik ve su tesisatının kurulması, servis araçlarının tedariki, akaryakıt temini ve benzeri yükümlülükler sayılabilir"[41]. "Araç ve gereçlerin iş sahibi tarafından sağlanması halinde müteahhidin bunları özenle kullanması gerekir. Eğer araç-gereç temini borcu müteahhide aitse, kararlaştırılan işte kullanmaya elverişli ve yeterli araç-gereci sağlaması gerekir. Müteahhit, işin görülmesi için yetersiz, elverişsiz veya ayıplı araç-gereç sağlarsa, iş sahibinin Borçlar Kanununun 358/II'nci maddesine göre hareket etmesi mümkündür"[42].

"İnşa eserinin yapımında kullanılacak kum ve taş gibi hammaddeler ile demir, çimento, kireç gibi yarı mamul malzemeleri sağlama

38 Eren, a.g.e.,s.68.
39 Tandoğan, a.g.e., s68.
40 Tandoğan, a.g.e., s.95.
41 Eren, a.g.e., s.68.
42 Eren, a.g.e., s.68.

borcunun kime ait olacağını taraflar, inşaat sözleşmesinde serbestçe kararlaştırabilirler. Arsa ve planlar, bu anlamda malzeme sayılmaz. Olağan inşaat sözleşmesinde, malzemeyi iş sahibi sağlarken, inşaa eserini müteahhit meydana getirir. Buna karşılık, inşaa eseri teslim sözleşmesinde, hem malzemeyi sağlayan hem de inşa eserini meydana getiren müteahhittir. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 357/I ve 357/ II'nci maddeleri ile 356/III'üncü maddelerinden, malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşıldığından dolayı, şüphe halinde müteahhidin malzeme sağlama borcu reddedilmelidir"[43].

"Müteahhit sağladığı malzemeden dolayı ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur. Malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi halinde, müteahhidin bu malzemeye özen göstermesi, onu dikkatle kullanıp koruması ve ayıplı malzemeyi tespit ederek iş sahibine derhal ihbar etmesi gerekir. Ayrıca işin sonunda malzeme artarsa, müteahhit artan malzemeyi iş sahibine iade etmekle yükümlüdür"[44].

"İnşaatta kullanılan malzemeyi sigorta ettirme yükümlülüğü, ilke olarak iş sahibine aittir. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmışsa sigorta ettirme yükümlülüğü müteahhide ait olabilir. Ayrıca, malzemenin özel bir tehlikeye maruz kaldığı acil hallerde masrafı iş sahibine ait olmak üzere müteahhidin malzemeyi iş sahibi adına sigorta ettirmesi gerekmektedir"[45].

"Müteahhit, iş sahibine malzeme ile ilgili olarak hesap vermek zorundadır. Taraflar, bu hesap verme yükümlülüğünün ayrıntılarını sözleşmede belirleyebilirler. Müteahhit iş sonunda iş sahibi tarafından verilen malzemenin artanını iade etmekle yükümlüdür. Artan malzemeden kasıt, imal edilen inşa eserinin bütünleyici parçası olmayan her türlü malzemedir"[46].

Borçlar Kanununun 357/III'üncü maddesine göre, işin ifası sırasında iş sahibinin sağladığı malzemenin veya verdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya inşa eserinin gereği gibi veya zamanında icrasını tehlike-

43 Eren, a.g.e, s.69.
44 Eren, a.g.e., s.70.
45 Eren, a.g.e., s.71.
46 Eren, a.g.e.,s.71.

ye sokacak üçüncü kişilerin müdahaleleri gibi durumlar ortaya çıkarsa, müteahhit iş sahibine bunu derhal bildirmeye mecbur olup, aksi takdirde bunların olumsuz sonuçlarına bizzat katlanmak zorundadır.

"İhbar, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından bizzat iş sahibine veya yetkili temsilcisine, sözlü veya yazılı olarak yapılır. Müteahhit, ihbardan sonra iş sahibi işin devamı hakkındaki kararını verinceye kadar beklemek zorundadır. İş sahibi, müteahhidin ihbar yükümlülüğü altında bululan ayıpları ve diğer durumları müteahhit dışında başka kaynaklardan öğrenmişse, müteahhidin böyle bir ihbarda bulunmaması, onun ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmez"[47].

"Sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp meydana getirilen inşa eserinin, müteahhit tarafından iş sahibine teslim edilmesi gereklidir. Taşınmaz inşa eserleri için, teslimden önce tapu sicilinde tescil işlemi yapılır"[48].

"İş sahibi inşa eserini teslim almaktan haksız olarak kaçınırsa, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre mütemerrit olur. Bu takdirde tevdii mümkün olan eserler, müteahhit tarafından tevdi edilebilir"[49].

"İnşa eserinin teslimi ile, eser üzerindeki nefi ve hasar iş sahibine geçer. Ayrıca teslim durumunda iş sahibinin eseri muayene ve ihbar külfeti doğar. Teslim ile birlikte müteahhidin ücret alacağı da muaccel hale gelir"[50].

"Taraflar, inşa eserinin teslim zamanını sözleşmede belirlerler. Uygulamada tarafların teslim zamanıyla ilgili olarak cezai şart ve prim anlaşmaları yaptıkları da gözlenmektedir. Böylece müteahhit inşa eserini kararlaştırılan zamanda teslim etmediği takdirde cezai şart ödemek zorunda kalacaktır. Diğer yandan, müteahhit eseri kararlaştırılan tarihten önce teslim ettiği zaman, iş sahibi de ona kararlaştırılan primi ödemekle yükümlü olacaktır"[51].

"Müteahhit, meydana getirdiği inşa eserinin mülkiyetini iş sahibine geçirmek zorundadır. Müteahhit inşaat sözleşmesinden doğan

47 Eren, a.g.e., s.72.
48 Eren, a.g.e., s.72.
49 Eren, a.g.e., s.72.
50 Eren, a.g.e., s.72.
51 Eren, a.g.e., s.73.

borçlarını özenle yerine getirmek ve iş sahibinin menfaatini korumak zorundadır. Borçlar Kanununun 356/I'inci maddesine göre, müteahhit, işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özenin aynısını göstermekle yükümlüdür"[52].

"Müteahhit, iş sahibi için ayıpsız bir inşa eserini meydana getirmekle yükümlüdür. Müteahhit, inşaat sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu eseri meydana getirirken, bu eseri iş sahibine teslim ederken, inşaat işlerinde hakim olan anlayışa göre, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenilen tüm dikkati sarfetmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorundadır. Müteahhitten, inşaat alanında yetenekli ve becerikli bir meslektaşının göstereceği objektif özen ve dirayeti göstermesi beklenilmelidir"[53].

"Müteahhidin göstereceği özen yükümlülüğü, özellikle yapımı borçlanılan inşa eserinin ifası sırasında bilinen teknik kurallara göre belirlenir. Bu çerçevede müteahhit; inşaatın temeli, yapımı, malzeme, araç ve gereç kullanımı, güvenlik önlemleri hakkında bunların icrası sırasında bilinen teknik kuralları uygulamakla yükümlüdür"[54].

"Bilim ve uzmanlar çerçevesinde teorik yönden doğruluğu kabul edilen ve uzman meslek adamlarının büyük bir çoğunluğu tarafından denenip uygulanan her kural, teknik kural olarak geçerlilik kazanır. Bir kuralın teknik kural olarak kabul edilmesi için, bunun herkes tarafından itirazsız uygulanması ve yazılı bir kural olması şart değildir. Söz konusu kuralın bilim ve uygulamada genel bir kabul görmesi yeterlidir. Buna karşılık geniş bir meslek çevresi tarafından uygulanmakla birlikte, gerekli standarttan sapan bir kural, teknik kural olarak da tanınamaz. Aynı şekilde, bilimin en son durumuna uymakla birlikte henüz başarılı bir uygulama alanı bulmayan teknik kurallar için de durum böyledir. Taraflar yaptıkları bir inşaat sözleşmesinde eski teknik kurallara atıf yapmış olsalar bile, normal şartlarda sözleşmenin yeni teknik kuralları da içerdiği kabul edilmeli, özellikle de şüphe halinde sözleşmenin ifası sırasında yürürlükte olan teknik kurallar geçerli sayılmalıdır. Meslek odalarının yayınlamış olduğu kurallar, yayınlandıkları anda bilinen kurallar sayılırlar" [55].

---

52 Eren, a.g.e., s.73.
53 Eren, a.g.e., s.74.
54 Eren,a.g.e.,s.74.
55 Eren, a.g.e., s.75.

"İşin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide yaptıran müteahhit, ihtilaf halinde bu devir yetkisini ispat etmek zorundadır. Müteahhidin, inşaat işini özenle şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcu vardır. İnşaatı yaparken müteahhidin, iş sahibinin inşa eserinin yapımıyla ilgili olarak vermiş olduğu talimatlara sadık ve bağlı kalması, iş sahibinin malvarlığı ve kişilik değerlerine zarar vermekten özenle kaçınması ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi halinde bu malzemeleri koruması, özenle kullanması ve iş sahibini aydınlatması gerekir"[56].

Borçlar Kanununun 361'inci maddesine göre, müteahhidin iş sahibini aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında iş sahibi veya yetkili yardımcılar tarafından inşa eserinin meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, planlar ve projeler, malzeme seçimi hakkında bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

"Müteahhit, maliyet fiyatlarında işin akışı içinde ortaya çıkan büyük artışlardan da iş sahibini haberdar etmek zorundadır. İş sahibinin ödeyeceği ücret, ister birim fiyata ister maliyete göre belirlensin, durum değişmez"[57]. "Müteahhidin iş sahibini aydınlatma yükümlülüğünün tabi olduğu şekil hakkında kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ispat kolaylığı yönünden müteahhidin iş sahibine yapacağı bildirimlerin yazılı şekilde yapılması uygun olacaktır"[58].

"Müteahhit, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgileri, kararları, iş planlarını, buluşları üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan kaçınmak zorundadır. Örneğin, iş sahibi tarafından inşaatta kullanılmak üzere müteahhide verilen planların, projelerin müteahhit tarafından başka işlerde de kullanılması veya kendisine mal edilmesi halleri, müteahhidin sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Ayrıca, müteahhit, iş sahibinden sağlamış olduğu bir inşaat fikir ve tekniğini, onun izni olmaksızın sözleşme sona erdikten sonra da kendi işlerinde kullanamaz"[59].

---

56 Eren, a.g.e., s.75.
57 Eren, a.g.e., s.76.
58 Eren, a.g.e., s.77.
59 Eren, a.g.e., s.77.

6. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

İnşaat sözleşmesini sona erdiren sebepler aşağıdaki gibidir [60]:

"-Müteahhidin yapımını üstlenmiş olduğu inşaatı vaktinde sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde yaparak teslim etmesi ve iş sahibinin de borçlanmış olduğu ücreti tam olarak zamanında ödemesi halinde inşaat sözleşmesi ifa nedeniyle sona ermiş olur.

-Müteahhit ile önceden yaklaşık olarak tesbit edilen keşif bedeli (masraf, fiyat tahmini), iş sahibinin etkisi olmaksızın aşırı derecede aşılırsa, iş sahibinin gerek inşaatın yapımı sırasında, gerekse inşaatın bitmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkı vardır (bkz. Borçlar Kanunu m.367/I).

-İş sahibi, inşa eseri tamamlanmadan önce, yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve müteahhidin zararının tamamını tazmin etmek şartıyla, tek taraflı olarak feshetmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durumda iş sahibinin haklı bir sebebe dayanması şart değildir (bkz. Borçlar Kanunu m.369).

-Beklenmedik bir olay veya iş sahibi ya da müteahhidin bir eylemi sonucunda inşa eserinin ifası imkansız hale gelmişse (eser yok olmuşsa), inşaat sözleşmesi sona erer (bkz. Borçlar Kanunu m.368).

-İş sahibinin malzeme veya arsayı sağlama borcunu veya ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde veya iş sahibinin müteahhitin kendisine sunduğu inşa eserini teslim almaması halinde, müteahhit inşaat sözleşmesinden dönebilir.

-Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya işin ifasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirir ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın bütün tahminlere rağmen inşaatın vaktinde bitirilmesine imkan vermeyecek ölçüde gecikmiş ise, iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin inşaat sözleşmesinden dönebilir (bkz. Borçlar Kanunu m.358/I).

-İnşa eserinin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede ağır ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması halinde iş sahibi inşa eserini kabulden kaçınmak su-

---

60 Bkz. Fikret EREN: "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103.

retiyle veya eseri kabulden sonra sözleşmeden dönebilir (bkz. Borçlar Kanunu m.360/I).

-Önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan olağanüstü olaylar sonradan ortaya çıkar ve inşa eserinin yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse, hakim takdir hakkını kullanarak ya kararlaştırılan ücreti artırır (yani inşaat sözleşmesini değişen şartlara uyarlar) ya da sözleşmeyi fesheder (bkz. Borçlar Kanunu m.365/II)."

C. Uluslararası Sözleşme Kavramı

"Bir sözleşmenin tarafları, farklı devlet vatandaşlığına veya farklı ülkelerde ikametgaha veya mutat meskene sahipse veya sözleşme konusu şey, hizmet ya da ödemeler bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise, o sözleşme uluslararası niteliktedir"[61].

"Bu alandaki yeni görüş ve uygulamalara göre ise, şahsi veya coğrafi unsurları itibariyle yabancılık unsuru taşımayan ya da birden çok hukuk sistemi ile irtibatı olmayan akitler de, uluslararası ticareti ve/veya uluslararası yatırımı ilgilendirdikleri ölçüde uluslararası niteliktedir"[62].

Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayacak bir uluslararası mahkeme mevcut değildir. Bu nedenle, uluslararası sözleşmelerin şeklini ve maddi içeriğini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yollarını, esasen ulusal hukuk sistemleri ve bu ulusal hukuk sistemlerinin seçimini öngören taraf iradeleri belirlemektedir. Ancak, uluslararası bir sözleşmeyi hazırlarken taraflara yol gösterecek çeşitli uluslararası kodlar, FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi genel şartnameler, tip (standart) sözleşmeler, anlaşmalar, yeknesak kural ve uygulamalar mevcuttur [63].

---

61 Uluslararası sözleşme kavramı ile ilgili farklı görüşler ve uygulamalar hakkında bkz. Cemal ŞANLI: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.29-31.

62 Bkz. Şanlı, a.g.e, s.31.

63 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. B.M CREMADES./ S.L PLEHN.: The New Lex Mercataria and The Harmonization of the Law of International Commercial

"Bir uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmesinin tarafları da sözleşmeyi hazırladıkları aşamada, belirli hususları dikkate alarak doğması muhtemel bir çok uyuşmazlığın ortaya çıkmasına engel olabilirler. Bu çerçevede, ileride doğması muhtemel potansiyel uyuşmazlıkların sözleşmenin hazırlanması aşamasında önlenebilmesi için, sözleşmenin tasarlanması sırasında bazı ilkelerin dikkate alınması, ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkları asgariye indirir ve uyuşmazlığın çıkması halinde bile çözümü konusunda belirlilik sağlar. Bu nedenle, gelecekte taraflar arasında sözleşmeden dolayı söz konusu olabilecek davaların kaderini, sözleşmenin hazırlanması safhasındaki dikkat ve özen belirleyecektir. Diğer bir deyişle, bir sözleşmeden kaynaklanan davaların, daha o sözleşme hazırlanırken kazanıldığı veya kaybedildiği söylenebilir"[64].

D. Uluslararası İnşaat Sözleşmesinin veya İş Ortaklığı Sözleşmesinin Hazırlanması Aşamasında Gelecekte Doğması Muhtemel Uyuşmazlıkları Önlemek Bakımından Dikkate Alınması Gereken Hususlar

"Sözleşmenin yapılması sırasında taraflar, kendi tabi oldukları ulusal hukuklarına göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olmalıdırlar. Zira, bir sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcı ve geçerli olabilmesi, tarafların sözleşme akdetmeye ehil olmalarına bağlıdır. Zira, sözleşme yapma ehliyetine haiz olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerden hukuken geçerli biçimde haklar ve borçlar doğmaz. Bu nedenle, bir uluslararası sözleşmeyi akdetmesi gereken bir iş adamının, karşı tarafın hukuki ehliyetinin varlığından emin olması önem arz etmektedir. Bu amaçla tarafların, müzakere aşamasında veya sözleşmenin aktedilmesi aşamasında birbirlerinin yetki belgelerini veya imza sirkülerini incelemelerinde büyük fayda vardır" [65].

Transactions, Boston University ILC, V.2 (1984), p.317-348; bkz. A.L. DIAMOND: Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations, Res.des Cours, 1986-IV, No:199,p.241 vd; ayrıca bkz. A. BOGGİANO: International Standart Contracts, Res.des Cours, 1981-1, p.17 vd..

64 Bu konuda bkz Cemal ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Haziran 2005, s.3-7.

65 Şanlı,a.g.e.,s.10.

"Uluslararası bir sözleşmeyi aktedecek olan taraflar, muhataplarının hukuken ehil olup olmadığını, onların tabi oldukları yabancı bir hukuk sistemine göre değerlendirmek durumundadırlar" [66].

"Bir uluslararası sözleşmeye taraf olan bir tüzel kişinin hangi haklardan yararlanıp, hangi borçları üstlenebileceği, hak ve borçlara getirilen sınırlamaların neler olacağı, hak ve borçların tüzel kişi adına kimler eliyle kullanılacağı, söz konusu tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetini yürüten hukuka göre belirlenir. Zira, karşılaştırmalı hukuka göre, gerçek ve tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetlerini de kapsayan hak ve fiil ehliyetleri, onların şahsi statülerini yöneten hukuka tabidir. Diğer bir deyişle, gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları veya bu ehliyetin sınırları, gerçek kişilerin vatandaşlığında bulunduğu veya ikametgah ya da mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenir. Tüzel kişilerin (şirketlerin, vakıfların, derneklerin) hak ve fiil ehliyeti ise, "tüzel kişinin idari merkezinin bulunduğu yer hukukuna" veya "kuruluş yeri hukukuna" tabidir"[67].

"Türk Hukukunda ise 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 8'inci maddesine göre, gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin vatandaşlığında bulunduğu ülkenin (milli) hukukuna tabidir. Ancak, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancı gerçek kişiler, Türk Hukukuna göre ehil iseler, işlem güvenliğini sağlamak bakımından Türkiye'de yaptıkları hukuki işlemler açısından ehliyetli sayılırlar"[68].

MÖHUK'un 8/4'üncü maddesine göre, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, statüsündeki (şirket ana sözleşmesindeki) idare merkezi hukukuna tabidir. "Ancak, bir tüzel kişinin statüsünde gösterilen idare merkezi, yabancı bir ülkede bulunsa bile, eğer o tüzel kişinin gerçek (fiili) idare merkezi Türkiye'de ise, işlem güvenliğini sağlamak bakımından, tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetine Türk Hukuku uygulanacaktır"[69].

---

66 Şanlı,a.g.e.,s.10-11.

67 Şanlı, a.g.e., s.11; gerçek ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerine uygulanacak hukuk konusunda ayrıca bkz. DİCEY- MORRİS: The Conflict of Laws, 12th Edition, V.2, London, 1993, p.1271 vd.; G.TEKİNALP: Milletlerarası Özel Hukuk, 7.Basım, İstanbul, 2002, s.47 vd.; E. NOMER / C. ŞANLI: Devletler Hususi Hukuku, 12.Basım, İstanbul, 2003, s.208 vd

68 Şanlı,a.g.e.,s.11).

69 Şanlı,a.g.e.,s.11).

"Uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinin müzakeresi aşamasında, tarafların aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olup olmadıklarının ve temsil ve borçlandırmaya yetkili organ veya kişilerin kimler olduğunun bilinmesi, sözleşmenin taraflar arasında hukuka geçerli olarak aktedilmiş olduğuna ve gelecekte gerektiğinde karşı taraf aleyhine dava açılabilmesinin mümkün olduğuna emin olabilmek bakımından önemlidir"[70]. Yurt dışı inşaat sektöründe müteahhitlerimiz, çoğu kez işveren olarak yabancı bir ülkenin bir kamu kuruluşunu muhatap alarak inşaat sözleşmesini akdetmektedirler. Bu inşaat sözleşmelerinden gelecekte doğan uyuşmazlıklarda, işveren kamu kuruluşu aleyhine "yabancı bir devlet mahkemesinde dava açıldığında veya hakem mahkemesine gidildiğinde, çoğu kez işveren kamu kuruluşunun pasif dava ehliyetine sahip olmadığı (yargı muafiyeti bulunduğu) itirazı ile karşılaşılmaktadır" (Şanlı,a.g.e.,s.13). Bu nedenle, uluslararası inşaat işiyle uğraşan müteahhitlerimizin, "yabancı ülke idarelerine karşı hak arama yollarını tıkayan yargı muafiyeti itirazlarını, müzakere aşamasında bertaraf edebilmek için, yabancı devletin kamu kuruluşu ile yapılan inşaat sözleşmelerinde, "işveren idarenin yargı muafiyetinden feragat ettiği", "sözleşme konusu işin bir özel hukuk tasarrufu olduğu ve bu nedenle gelecekte yargı muafiyeti itirazının ileri sürülmeyeceğini" belirten açıklamalara yer verilmesinde yarar vardır"[71].

"Uluslararası uygulamada, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varılır varılmaz, taraf olan firmaları temsil ve ilzama yetkili şahısların imzalarını taşıyan bir teyit mektubu teati edilmektedir. Türk Ticaret Kanununun 23'üncü maddesine göre, teyit mektubu, sözlü olarak veya telefon, telgraf veya telefaxla yapılan anlaşmaları yazılı bir metne bağlamayı sağlamaktadır. Bu durumda taraflardan biri, aralarında sözlü olarak veya telefon, telgraf, teleks, faxla yapılmış bulunan sözleşmenin ana unsurlarını kapsayan bir teyit mektubunu gönderebilir. Bu mektuba, sözleşmenin tabi olduğu hukukun öngürdüğü sürede herhangi bir itiraz vaki olmazsa, teyit mektubunun metni taraflar arasında yazılı bir sözleşme niteliğini kazanır ve anlaşmanın varlığının ispatında yazılı bir delil oluşturur. Taraflardan biri, aralarında bağlayıcı bir sözleşme aktedilmediği ve teati edilen belgelerin müzakere safhasına ait olduğu itirazında bulunamaz"[72].

---

70 Şanlı,a.g.e.,s.11.
71 Şanlı, a.g.e.,s.13.
72 Şanlı, a.g.e.,s.13-14; bu konuda ayrıca bkz. İ. DOĞANAY: Ticari Alım-Satım Akdi

Türk Ticaret Kanununun 23/III'üncü maddesine göre: "Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyit eden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamış ise, teyit mektubunun yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır."

"Uluslararası özel hukuka göre, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, tarafların hak ve fiil ehliyetlerine uygulanmaz"[73]. "Genel olarak milli hukuk sistemlerinde, uluslararası ticaret hukukunda ve konuyla ilgili uluslararası anlaşmalarda şekil bakımından "sözleşme serbestisi" ilkesi benimsenmiştir. Ancak uygulamada uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmelerinin detaylı biçimde yazılı olarak hazırlanması önem arz etmektedir. Zira, yazılı bir sözleşme yapmak suretiyle, gelecekte uyuşmazlık halinde ispat sorunlarının doğması ihtimali azaltılmış olur"[74].

"Uluslararası sözleşmelerin aktedilmesinde son yıllarda yaygın biçimde kullanılan "elektronik sözleşmeler" ile "veri aktarımı (Electronic Data Interchange) yoluyla yapılan sözleşmelerin" geçerliliği meselesi gündemdedir. Elektronik ticaretin hukuki altyapısını oluşturmak amacıyla, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), UNCITRAL, Birleşmiş Milletler, Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE), Dünya Ticaret Örgütü ve OECD gibi uluslararası kuruluşlar rehber niteliğinde kodlar geliştirmişlerdir. UNCITRAL'in Elektronik Ticaret Model Kanunu, Avrupa Birliği'nin Elektronik Ticaret Yönergesi bu kodlara örnek olarak verilebilir"[75]. "Uygulamada karşı tarafa gönderilen bir elektronik data aktarımı (EDI) veya telefax metni, sözleşmenin "metin" unsurunu (maddi unsurunu) oluşturmaktaysa da, bu metinlerde çok defa imza bulunmadığından veya imzaların aslı olmadığından, özellikle söz konusu imzalı metinler birer suret niteliğinde olup; usul hukuku bakımından sadece bir delil başlangıcı sayılırlar. İmza fotokopilerinin ise, hukukumuza göre geçerli imzalar olarak kabulü mümkün değildir"[76].

"Elektronik ortamda aktedilen sözleşmelerin, yazılı şekil gereğini yerine getirmedeki yetersizliği, pek çok ülkede elektronik imza kavra-

---

ve Nevileri, Ankara, 1993, s.53-55.

73 Şanlı,a.g.e.,s. 14.

74 Şanlı,a.g.e.,s.15.

75 Şanlı, a.g.e., s.15-16.

76 Şanlı, a.g.e., s.16.

mının geliştirilmesine ve hukuken düzenlenmesine yol açmıştır"[77]. 15 Ocak 2004 tarihli ve 5070 sayılı "Elektronik İmza Kanunu", ülkemizde de yürürlüğe girmiş bulunmakdadır. Adı geçen kanunun 5'inci maddesine göre, "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur." Ancak, yine aynı maddeye göre: "Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez". "Bu bağlamda, hukukumuzda yukarıda zikredilen istisnalar haricinde uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri de dahil tüm uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmeler elektronik ortamda aktedilebilir ve bu sözleşmelerin varlığı, güvenli elektronik imza doğrulama araçları ile ispatlanabilir"[78].

"Taraflar arasında detaylı bir yazılı sözleşme düzenlenmediğinde, sözleşmenin yorum ve ifasından gelecekte doğacak sorunların çözümü için, sözleşmede düzenlenmeyen meselelerde bir hukuk sistemine başvurmak gerekecektir. Bu hukuk sistemi ya doğrudan taraflarca veya uyuşmazlığın çözümü için başvurulan mahkemenin tabi olduğu kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Bu nedenle, uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinin, gelecekte boşlukların doldurulması veya tamamlanması amacıyla herhangi bir milli hukuk sistemine başvuru zorunluluğunu asgariye indirecek biçimde hazırlanması gerekmektedir. Bu ise, kendi kendine yeterli ve kendi kendini idare edebilecek içerikte detaylı bir sözleşmenin hazırlanmasıyla mümkün olur. Özellikle de sözleşmede ana unsurların detaylı biçimde düzenlenmesi gerekir. Çünkü uluslararası sözleşmelerin yazılı ve detaylı bir biçimde hazırlanması, kanunlar ihtilafı problemlerini de asgariye indirecektir. Zira, sözleşmede düzenlenmeyen konularda milli hukuk sistemlerine başvurulması, uyuşmazlık konusu meselenin çözümünde esas alınacak maddi hukuk sistemlerinin farklı düzenlemelere sahip oldukları durumlarda gerçek bir kanunlar çatışmasıyla karşı karşıya kalınmasına neden olacaktır"[79].

"Uluslararası sözleşmelerin yorum veya ifasından kaynaklanan uluslararası nitelikli davalarda, yargılama sırasında ortaya çıkan bu

---

77 Şanlı,a.g.e.,s.16.

78 Şanlı,a.g.e., s17; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR/KOCASAKAL: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003.

79 Şanlı, a.g.e., s.18.

kanunlar çatışmasının giderilmesi, hayli güç meselelerden biri olup; milli mahkemelerin ve hakem heyetlerinin ciddi zamanlarını almakta, masrafların artmasına ve davaların uzamasına yol açmaktadır. Bu nedenle, ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıkları baştan bertaraf edebilmek için, muhtemel sorunlara kaynaklık edebilecek önemli hususların, yazılı ve detaylı biçimde taraflarca önceden sözleşme metninde düzenlenmesi zarureti vardır"[80].

"Uluslararası sözleşmeler hazırlanırken, sözleşme hükümleri ile sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk arasında bir ahenk olmasına dikkat edilmelidir. Uygulamada bazen tarafların bir ülkenin hukukunu dikkate alarak sözleşmelerini hazırladıkları halde, sözleşmede başka bir ülkenin hukukunu, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçtikleri gözlenmektedir. Bu durumda çoğu kez, tarafların kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri ile taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları çelişmekte ve tarafların öngördükleri çoğu sözleşme hükmü, yine tarafların kendi seçtikleri hukuk sistemince geçersiz kılınmaktadrır. Gelecekte böyle çelişkili bir durumla karşılaşmamak için, sözleşme tasarlanırken hangi hukuk sistemi dikkate alınmakta ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da o hukuk seçilmelidir"[81]. Uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri geçerlilik bakımından, "kural olarak herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte, sözleşmenin hazırlanması esnasında ifa yeri hukukundaki şekle ait düzenlemelerin daima dikkate alınması gerekecektir"[82].

"Uluslararası sözleşmeler şekil bakımından yapıldıkları ülke hukukuna tabidirler. Hukukumuzda, yapıldığı ülkenin veya esasa uygulanacak hukukun öngördüğü şekle uygun yapılan akitler, şekil bakımından geçerlidir. Ancak, bazen ifa yeri hukukunda öngörülen şekil şartı, tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı şekildeki sözleşmeler geçerli sayılmayabilir. Bu nedenle, tarafların müzakere aşamasında sözleşmenin şekil şartı tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı şekildeki sözleşmeler geçerli sayılmayabilir. Bu nedenle tarafların, müzakere aşamasında, sözleşmenin şekil ve esas bakımından tabi olduğu (ve özellikle sözleşmenin

80 Şanlı,a.g.e.,s.18.
81 Şanlı, a.g.e., s.19.
82 Şanlı,a.g.e.,s.22.

ifa edileceği) ülke hukuklarında tarafların irade mutabakatlarına ilave olarak aranan şekil şartlarını incelemeleri ve sözleşmelerini buna uygun olarak düzenlemeleri yerinde olur"[83].

"Uluslararası inşaat sözleşmeleri, sözleşme konusu hizmetin tanım ve özelliklerine, ifa yeri ve şekline, hasar-ziyan ve mülkiyetin intikaline, tarafların sorumluluğuna ve tüm bu hususlara uygulanacak hukukun seçimine ilişkin konularda açık ve detaylı hükümler içermelidir"[84].

"Uluslararası sözleşmelerde taraflar, ödeme ülkesinin kambiyo rejimi çerçevesinde ödeme şeklini serbestçe kararlaştırabilir. Uluslararası iş ilişkilerinde akreditif, peşin ödeme, evrak karşılığı ödeme, mal mukabili ödeme, takas, kabul kredili ödeme veya müşterek hesap yolu ile ödeme gibi usuller kullanılmaktadır"[85].

"Uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri de, ahde vefa prensibine tabidirler. Ancak, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bazı hallerin, sözleşmenin ifasını imkansız kılması veya taraflardan biri bakımından ifayı olağanüstü zorlaştırması durumlarında, istisnaen ahde vefa prensibinden taviz verilerek sözleşme ya feshedilir veya yeni şartlara uyarlanır. Zira sözleşmenin aktinden sonra ortaya çıkan bazı olağanüstü haller sebebiyle sözleşmenin ifası ya imkansızlaşır ya da karşılıklı edimler arasındaki ekonomik dengenin önemli ölçüde bozulması nedeniyle ifanın istenmesi, iyiniyete ve hakkaniyete aykırı hale gelir. Örneğin savaşlar, iç karışıklıklar, isyan ve ayaklanmalar, grevler, seller, yangınlar, depremler, ham madde fiyatlarında meydana gelen olağanüstü artışlar, beklenmedik biçimde dünyanın siyasi ve ekonomik konjonktüründe meydana gelen değişimler, beklenmedik aşırı enflasyon veya devalüasyonlar, uluslararası inşaat sözleşmelerinin ifasını tehdit eden tipik olaylardır. Özellikle de (uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi) uzun dönemli sözleşmeler, bu tür etkilere fazlasıyla açıktır"[86].

---

83 Şanlı, a.g.e., s.22.

84 Şanlı, a.g.e., s.23.

85 Şanlı,a.g.e.,s23; bu konuda bkz. C.M. SCMITTHOFF: The Law-Practice of International Trade Law, 9th Edition, London, 1990, p.379 vd.; V. İÇİER: Uluslararası Ticarette Bankalararası Ödeme Yöntemleri, Interbank yayını, İstanbul, s.37 vd.

86 Şanlı, a.g.e., s.35-36.

"Taraflar, aralarındaki sözleşmede mücbir sebep ve beklenmeyen hal teşkil edecek olayları ve bu olayların sözleşmenin ifasına ve tarafların hak ve borçlarına etkisini açıkca düzenlememişlerse, bu hususlar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir"[87]. "Sözleşmelerin ifasını imkansızlaştıran veya zorlaştıran olayların bir mücbir sebep veya beklenmedik hal oluşturup oluşturmadığı ve bunların tarafların hak ve borçlarını ne ölçüde etkileyeceği hususlarında gelecekte ortaya çıkabilecek sorunların sözleşme aşamasında önlenebilmesi için, uluslararası inşaat sözleşmelerine "hardship klozları" konulması tavsiye edilebilir"[88].

"Bu hardship klozları sayesinde sözleşme bakımından mücbir sebep veya beklenmedik hal sayılabilecek olaylar sınırlandırılabilmekte ve bunların dışında kalan olaylara gelecekte tarafların mücbir sebep veya beklenmedik hal olarak dayanmaları önlenmektedir. Ayrıca taraflar sözleşmelerinde yer alacak bu klozlarla, herhangi bir mücbir sebep veya beklenmeyen hal ortaya çıktığında, sözleşmenin fesh mi edileceğini yoksa değişen şartlara uyarlanarak sözleşmenin ifasına devam mı edileceğini, bu hallerin taraflar bakımından bir tazminat veya iade mükellefiyeti getirip getirmeyeceğini, bu hallerin süre uzatımına sebep teşkil edip etmeyeceğini, sözleşmenin yeni şartlara uygulanmasını kimin yapacağını (tarafsız üçüncü kişi, esas davaya bakan hakem veya devlet mahkemesi tarafından mı yapılacağını) kararlaştırılabilirler"[89].

"Taraflar, sözleşmeleri için mücbir sebep ve beklenmeyen hal teşkil eden genel ve özel olay ya da durumları, bu hallerin ihbar süresi ve şeklini, bu hallerin sözleşmenin geleceğine ve tarafların sorumluluklarına etkilerini doğrudan sözleşmeye koyacakları hükümlerle düzenlemek yerine bu alandaki bazı uluslararası kodları sözleşme hükmü haline getirmek suretiyle de düzenleyebilirler. Örneğin taraflar uluslararası inşaat sözleşmesinde, Uluslararası Ticaret Odasının (MTO'nun) 421 sayılı Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal (Force Majeure and Hardship) Koduna atfen meseleyi düzenleyebilirler"[90].

---

87 Şanlı, a.g.e., s.36.

88 Şanlı,a.g.e.,s.37; bkz. A.A. MONTAQUE: Hardship Clauses, IBL, V.13 (1985) p.135-137. ; ayrıca bkz. N. HORN: Third-Party Intervention, IBL, V.13 (1985), p.139-141.

89 Şanlı, a.g.e., s.37.

90 Şanlı, a.g.e., s.37; bkz. International Chamber of Commerce "Force Majeure and Hardship" Brochure, ICC Publication No:421, Paris, 1985.

"Ulusal hukuk sistemleri, sözleşmelerde yer verilen hardship klozlarına geçerlilik tanımaktadırlar. Türk Hukukunda Borçlar Kanununun 117'nci maddesine göre, kaçınılması veya bertaraf edilmesi objektif bakımdan imkansız bulunan ve sözleşmenin ifasını imkansız kılan olaylara "mücbir sebep" denilmektedir. Türk Hukukunda beklenmeyen hallere ve bunların sözleşmeye etkisini düzenleyen genel hüküm ve prensiplere yer verilmemiştir. Konuya ilişkin olarak sadece bazı sözleşme türlerine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, günümüzde sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen devrede taraflarca öngörülemeyen objektif sebepler yüzünden akdin ifası taraflardan biri bakımından ciddi şekilde güçleşip, çekilmez hale geldiğinde Medeni Kanunumuzdaki "dürüstlük kuralına" istinaden sözleşmenin feshi veya değişen şartlara uyarlanması istenebilir"[91].

"(İnşaat sözleşmesinde) herhangi bir hardship klozunun yer almadığı durumlarda, mücbir sebep veya öngörülmeyen hallere istinaden sözleşmenin feshi veya yeni şartlara uyarlanması imkanı, tercih edilen uyuşmazlık çözme usulüne bağlı olarak değişecektir. Taraflar uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii olarak resmi mahkemeleri seçmiş veya sözleşmede tahkim şartı olmaması sebebiyle doğrudan resmi mahkemelere başvurulmuşsa, genelde mahkemeler, sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi, esasa uygulanacak hukuk sistemi çerçevesinde mücbir sebep ve beklenmeyen halleri kabul ederek, sözleşmeye müdahale etmektedirler"[92].

"Taraflarca tahkim yoluna başvurulduğunda ise, genel olarak uluslararası ticaret ve inşaat işlerine bakan hakemler, tarafların aksini yapma imkanları her zaman olduğu halde, sözleşmelerine akit hükümlerinin beklenmedik yeni şartlara uyarlanmasını temin edecek hükümler koymamış olmalarını, iradi bir sezsizlik olarak yorumlamaktadırlar. Bu itibarla eğer sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü usulü olarak tahkim tercih edilmişe, mutlaka sözleşmeye hardship klozları koyulmalıdır"[93].

---

91 Şanlı, a.g.e.s.,38.
92 Şanlı, a.g.e.,s.39.
93 Şanlı, a.g.e., s.40; ayrıca bkz. Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s.355-357.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, "uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim seçildiğinde, şayet sözleşmede açık bir hüküm yoksa tarafların, hakemlerce sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının veya feshinin, resmi mahkemeler gibi kolayca kabul edilemeyeceğini, sözleşmenin hazırlanması aşamasında dikkate almaları gerekmektedir"[94].

E. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukukun Seçimi Meselesi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin, "taraflarca belirli bir hukuk sistemine tabi kılınması gereklidir. Zira, tarafların sözleşmede düzenlemedikleri boşluklar, taraflarca seçilen hukukun kurallarına uygun olarak doldurulur"[95].

"Tarafların başlangıçta tüm mevcut ve muhtemel sorunların çözümlerini kapsayacak şekilde bir sözleşme yapmaları mümkün olmadığından, uygulamada daima sözleşmede düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere bir hukuk sistemine başvuru ihtiyacı doğmaktadır. Ayrıca, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücünü bir hukuk sisteminden alması zarureti vardır. İşte bu nedenlerle, uluslararası özel hukuk alanında sözleşmelerin daima belirli bir hukuk sisteminin temelleri üzerine bina edilmesi ihtiyacı vardır"[96].

"Sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, uyuşmazlık halinde kendisine başvurulan yargı mercii, kendi kanunlar ihtilafı kuralları ile yetkili hukuku tespit edecektir. Bu hukuk ise, çoğu zaman tarafların beklentilerine ve akdi ilişkinin mahiyetine uygun düşmeyebilecektir"[97].

"Seçilen hukukun ilgili hükümleri ile inşaat sözleşmesinin hükümleri uyumlu olmalıdır. Bu uyum ancak sözleşme kaleme alınırken dikkate alınan hukukun, aynı zamanda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da seçilmesiyle sağlanabilir. Bu nedenle, uluslararası nitelikli bir inşaat sözleşmesi hazırlanırken belirli bir hukuk sistemi dikkate alınarak hazırlanması ve sonuçta uygulanacak hukuk olarak da aynı

94 Şanlı, a.g.e., s.41.
95 Şanlı, a.g.e., s.41.
96 Şanlı, a.g.e., s.41.
97 Şanlı, a.g.e., s.42.

hukukun seçilmesi elzemdir. Böylece seçilen hukuk ile sözleşme hükümleri arasında gereken uyum sağlanarak, potansiyel uyuşmazlıklar sözleşmenin hazırlanması aşamasında önlenmiş olacaktır"[98]. "Ayrıca, seçilen hukuk ile uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii arasında da uyum sağlanmalıdır. Zira, bir yargı merciinin en iyi bildiği ve en iyi uygulayabileceği hukuk, kendi hukukudur. Aksi takdirde, yargı mercii tarafından uygulanacak yabancı hukukun temini, tercümesi, tasdik ve yorumu yargılama masraflarını artıracaktır"[99].

"Diğer yandan seçilen hukuk ile yargı mercii arasındaki farklılık, bazen seçilen hukukun bazı hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü yargı mercii, doğrudan uygulanması gereken veya kamu düzenine ilişkin olan kuralları ile çeliştiği ölçüde tarafların seçtiği hukuk kurallarını uygulamaz. Bu gibi durumlarda, başvurulan yargı mercii, tarafların seçtiği hukukun pek çok hükmünü geçersiz sayacak ve sözleşmeyi kendi hukukunun emredici veya kamu düzeni kuralları ile yeniden tanzim edecektir"[100]. "Uluslararası özel hukuk alanında akdi ilişkilerden doğan sorunlara uygulanacak hukukun tespiti konusunda tarafların irade serbestisi mevcuttur. Özellikle tarafların uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkimi seçtikleri durumlarda, hukuk seçimine ilişkin iradeleri çok daha etkin olacaktır. Şüphesiz bunda hakemlerin devlet mahkemeleri gibi resmi yargının usul kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olmamalarının önemli rolü vardır. Bu nedenle taraflar, inşaat sözleşmesinin hazırlanması aşamasında, sözleşme hükümlerine gelecekte tam bir geçerlilik tanıyacak yargı merciini seçmeye özen göstermelidirler. Aksi takdirde uyuşmazlıklar, taraflarca umulmayan süpriz bir biçimde tarafların aşina olmadıkları bir hukuka tabi kılınabilir"[101].

"Uyuşmazlık halinde hakemler tarafların iradi düzenlemeleri ile devlet mahkemelerine nispetle çok daha bağlıdırlar ve bu nedenle hakemler, tarafların hukuk seçimlerine daha kolay geçerlilik tanıyacaklardır"[102].

---

98 Şanlı, a.g.e., s.43.
99 Şanlı, a.g.e., s.43; bkz. G.R. DELAUME: Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV-Booklet D.2(1988), p.6.
100 Şanlı, a.g.e., s.43.
101 Şanlı, a.g.e.,s.45.
102 Şanlı, a.g.e., s. 45.

"Özellikle taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluşu olduğu uluslararası inşaat sözleşmelerinde, devlet olan tarafın ileride akit statüsünü değiştirmeye yönelik tasarruflarını sınırlayabilmek için inşaat sözleşmesi; hukukun genel prensipleri, Devletler Hukuku kuralları, milletlerarası ticaret hukuku kuralları, medeni milletlerce kabul edilen ilkeler gibi devletler üstü normlara tabi kılınabilir. Bu durumda, bu türden bir hukuk seçiminin sağlayacağı güvence, bu hukukun yaratacağı belirsizliğe tercih edilebilir. Bu gibi istisnai durumlar haricinde, tarafların gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları kolay çözebilmek için sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir devletin hukukunu seçmeleri amaca daha uygun düşecektir"[103].

"Uluslararası özel hukukta tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri, seçilen hukukun emredici, tamamlayıcı ve yedek kurallarını da kapsamakta ve seçilen hukuk sözleşmeye bir bütün olarak uygulanmakta ise de: ifa yeri veya yargı yeri hukukunun kamu düzenini ilgilendiren pek çok hükmü, seçilen hukukun kısmen veya tamamen uygulanmasını engellemektedir. Örneğin bir uluslararası inşaat sözleşmesinin ifa edileceği ülkenin gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin kanunları, vergiye ilişkin kanunları, ithalat ve ihracat sınırlamalarına ilişkin kuralları, teknoloji transferine ilişkin kısıtlamalar getiren kuralları, imar kanunları, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili kanunları, çevre ile ilgili kanunları gibi o ülkenin kamu düzenine ilişkin kanunlar ve kurallar, o ülkede iş yapan herkese veya münhasıran yabancılara doğrudan uygulanır. Bir uluslararası inşaat sözleşmesi hazırlanırken, sözleşme ile sıkı irtibatı bulunan ve doğrudan uygulanan bu türden kanunların ve kuralların dikkate alınması ve sözleşme hükümlerinin bu kurallarla uyumlu biçimde düzenlenmesi gerekmektedir"[104].

"Sözleşmenin seçilen hukukun maddi hukuk kurallları ile yönetileceğinden emin olabilmek için, seçilen hukukun bir maddi hukuk seçimi olduğu veya seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmayacağı sözleşmede açıkca yazılmalıdır. Ayrıca taraflar, sözleşme ilişkilerini münhasıran sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuka tabi kılmak isterlerse, bunu da sözleşmede açıkca belirtmelidirler. Aksi takdirde, seçilen hukukta sonradan meydana gelen

103 Şanlı, a.g.e., s.46.
104 Şanlı, a.g.e., s.46.

değişiklikler, taraflar arasındaki sözleşme dengesini lehte veya aleyhte bozabilir ve taraflardan biri bu değişikliklerden ciddi şekilde zarar görebilir. Uygulamada bu amaçla uluslararası inşaat sözleşmelerinde "istikrar klozlarına" (stabilization clauses) yer verilmektedir.Böylece seçilen milli hukuktaki değişikliklerin, sözleşmenin hukuki rejimini olumsuz yönde etkilemesi önlenmeye çalışılmaktadır"[105].

"Milli hukuk sistemlerinin zamanaşımı konusundaki farklılıkları da, uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında daima dikkate alınmalıdır. Zira, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerin hukuklarında zamanaşımı maddi hukuka ilişkindir ve bu nedenle de seçilen hukuka tabidir. Anglo-Sakson Hukukuna tabi ülkelerin hukuklarına göre ise zamanaşımı usule ilişkindir ve bu nedenle de taraflarca seçilen hukuka değil, lex fori'ye (yani davaya bakan ulusal mahkemenin tabi olduğu milli usul hukukuna) tabidir" [106].

"Özellikle farklı ülkelerde ifalar içeren akitlerde veya ifası uzun bir zaman dilimine yayılan uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi ev sahibi ülke hukuku ile sıkı sıkıya ilişkili olan sözleşmelerde taraflar sözleşmeden doğan hak ve borçlarını, parçalayarak farklı hukuk sistemlerine tabi kılabilirler. Bu tür istisnai haller dışında sözleşmeler, tüm yönleri ile daima tek bir hukuka tabi kılınmalıdır"[107].

"Diğer yandan uluslararası inşaat sözleşmeleri bazen "şemsiye niteliğinde sözleşmeler" dir ve görünürdeki tek bir sözleşmenin altında tarafları ve konusu farklı olan fakat birbirleri ile ilintili muhtelif sözleşmeleri barındırır.Örneğin metro yapımına ilişkin bir inşaat sözleşmesinde iş, beş pakete bölünmüş ve her bir paket farklı bir müteahhide ihale edilmiş olabilir. Bu bağlamda tünellerin yapımı bir firmaya, rayların imal ve inşaası bir firmaya, vagonların imal ve montesi başka bir firmaya, elektrifikasyon ve sinyalizasyon işi bir diğer firmaya ihale edilmiş ve bunların herbiriyle ayrı ayrı sözleşmeler yapılmış olabilir. Yine, işin kontrolü müşavirlik sözleşmesi ile başka bir firmaya ihale edilmiş olabilir"[108].

---

105 Şanlı, a.g.e., s.47; bkz. Delaume, a.g.e., s.24; Nygh,P.: The Reasonable Expectation of the Parties as a Guide to the Choice of Law Contract in Tort, Res. des Cours, 1995, s.32 vd..

106 Şanlı, a.g.e., s.49; ayrıca bkz. Cemal ŞANLI: Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı, İstanbul Barosu Dergisi, C.63(1989) ,s.638 vd.

107 Şanlı, a.g.e., s.49-50.

108 Şanlı, a.g.e., s.50.

"Müteahhit şirketler de, işin bir kısmını veya tamamını alt müteahhitlik sözleşmeleri ile taşeron şirketlere ihale edebilirler. Yine işveren, müteahhidin sorumluluğundaki işin finansmanı ile ilgili olarak, muhtelif bankalar ile kredi anlaşmaları akdetmiş olabilir. İşte bir uluslararası inşaat işinin çeşitli yönlerini düzenleyen bu değişik sözleşmeler tasarlanırken, mutlaka bu sözleşmeler arasındaki koordinasyon ve entegrasyon düşünülmelidir. Bu amaçla aynı inşaat işiyle ilgili olarak farklı taraflar arasında aktedilen sözleşmeler, mümkün olduğunca aynı hukuka tabi kılınmalı ve uyuşmazlık halinde sorunlar aynı yargı merciine götürülmelidir. Zira, edimlerin koordine edilebilmesi, farklı ve birbiri ile çelişkili sonuçlara ulaşmanın önlenebilmesi ve sonuç itibariyle ana sözleşme ile ilgili olarak hukuki bir harmonizasyonun sağlanabilmesi bakımından buna ihtiyaç vardır. Çünkü, sözleşme yapımı aşamasında tek bir inşaat işiyle ilgili muhtelif sözleşmelerin tek bir hukuka bağlanması, muhtemel uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önler ve uyuşmazlık halinde de çözümde kolaylık sağlar" [109].

"Uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken, bu hukuk sisteminin bir parçası olarak sözleşmelerine uygulanabilecek olan uluslararası anlaşmaları da dikkate almalıdırlar"[110].

"Hukuk seçimi klozları veya hukuk seçimi anlaşması ile sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili olan tüm sorunlara uygulanacaktır. Taraflar seçilen hukukun sadece sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili olan belirli hususlara uygulanmasını istiyorlarsa, bu hususları açıkca tek tek belirtmelidirler. Bu durumda, seçilen hukukun kapsamı dışında kalan sorunlarda, davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları ile tesbit edilen hukuk uygulanacaktır"[111].

Uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanmak üzere FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi "bir takım genel işlem şartlarını veya standart sözleşmeleri, bazı kod, kural, tüzük, yönetmelik veya uluslararası anlaşmaları da seçebilirler. Bu durumda, seçilen kurallar, sözleşme hükmü haline gelirler ve bu sıfatla

109 Şanlı, a.g.e., s.50.
110 Şanlı, a.g.e., s.51.
111 Şanlı, a.g.e., s.52.

sözleşmeye uygulanırlar. Taraflarca sözleşme hükmü haline getirilen bu türden kurallar, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilirler" [112].

"Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, bir uyuşmazlık halinde nihai olarak verilecek kararın tarafların mal ve alacaklarının bulunduğu ülkede icrası dikkate alınarak, uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii sözleşmeye konulacak özel bir hükümle belirlenmelidir. Örneğin, yargı merci olarak taraflardan birinin uyruğunda bulunduğu devletin mahkemesi, uluslararası kurumsal bir tahkim mahkemesi veya ad'hoc tahkim mahkemesi tayin edilebilir" [113].

"Tarafların ileride doğabilecek uyuşmazlıkları asgariye indirebilmek için, ortaklaşa bildikleri lisanda sözleşmelerini tasarlamaları uygun olacaktır. Tarafların sözleşmelerini müştereken aşina oldukları tek bir lisanda kaleme almaları ve bunu yegane geçerli metin saymaları, uygulamada en çok tercih edilen ve izlenebilecek en uygun yöntemdir. Ancak, günümüzde uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmelerin dili olarak, pratik mülahazalarla, çoğunlukla İngilizce tercih edilmektedir"[114].

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan yorum sorunları, esasa uygulanacak hukukun (lex obligationis) uygulama alanına dahildir. Bir uluslarararası inşaat sözleşmesi yorumlanırken, muhatabın hal ve şartlara göre karşı tarafın irade açıklamasından çıkarmakta haklı olduğu anlam araştırılır ve bu anlam esas alınır. Günümüzde Türk Hukukunda da "Güven Prensibi" adı verilen bu yorum metodu benimsenmektedir. Aynı prensip, UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) tarafından hazırlanmış bulunan 1994 tarihli Uluslararası Ticari Akitlere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts)'in 4(2)'nci maddesinde de yer almıştır [115].

"Uluslararası inşaat sözleşmeleri, mahalli inşaat sözleşmelerine nispetle, tarafların farklı lisan ve hukuk kültürlerine sahip olmaları

---

112 Şanlı, a.g.e., s.53.
113 Şanlı, a.g.e., s.55.
114 Şanlı, a.g.e., s.57.
115 Şanlı,a.g.e.,s.63; bkz. K. DAYINLARLI: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Gülören Tekinalp Armağanı, MHB Özel Sayısı, Yıl:23, S.1-2, 2003, s.203 vd.

nedeniyle, potansiyel yorum uyuşmazlıklarına daha açıktırlar. Bu nedenle bir uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, seçtikleri hukukun ya da yargı merciinin yorum prensipleri hakkında yeterince bilgi sahibi olmak suretiyle, yargı mercii ve uygulanacak hukuk seçimini buna göre yapmalıdırlar"[116].

F. Uluslararası İnşaat Sözleşmesinin Genel Özellikleri

"Bir ülke sınırları dahilindeki bir işveren ile müteahhidin bir araya gelerek, her maddesi müzakere edilmiş somut olaya özel hükümler içeren özgün inşaat sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür. Eğer işveren bir kamu tüzel kişisi ise, kendisinin önceden genel olarak her iş için geçerli olmak üzere tanzim ettiği tip inşaat sözleşmelerini, müteahhide kabul ettirerek istediği inşaatı yaptırması da mümkündür"[117].

Uluslararası inşaat işleri için yapılacak sözleşmeler söz konusu olduğunda ise, farklı ülkelerin tabiyetinde bulunan ve farklı hukuk düzenlerine alışkın olan işveren, müteahhit ve müşavir-mühendis gibi sözleşmeyle ilgili tüm tarafların her bir inşaat işi için özgün hükümler içeren özel inşaat sözleşmeleri düzenmeleri pratik olmadığı için, uluslararası inşaat sözleşmeleri için bir tip sözleşme oluşturma zarureti eskiden beri hissedilmiştir.

Yurt dışında inşaat ve tesis işi için yapılan sözleşmelerin tipik özellikleri vardır. Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin taraflarından biri, genellikle bir yabancı hükümet kuruluşu, diğer tarafı ise başka bir ülkede şirket merkezi bulunan bir müteahitlik firması ya da birlikte hareket eden birden çok müteahhitlik firmalarıdır. Sıklıkla da, işveren gelişmekte olan bir ülkenin kamu kuruluşu, müteahhit ise sanayileşmiş bir ülkenin firmasıdır.

Hukuksal açıdan uluslararası inşaat sözleşmeleri; bir hizmet sözleşmesidir, mal teminine yönelik bir sözleşmedir veya bu sözleşme türlerinin bir kombinasyonudur. Ekonomik açıdan ise uluslararası inşaat sözleşmesi, bir ülkeden diğerine teknoloji transferi için yapılan bir sözleşmedir.

---

116 Şanlı, a.g.e., s.64.

117 Necip TÜREGÜN: "FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.253.

Uluslararası inşaat sözleşmesi, müteahhidin yapım eserini kullanıma hazır olarak teslim etmeyi taahhüt ettiği bir anahtar teslim sözleşme niteliğinde olabileceği gibi, inşaatın her aşamasının işveren tarafından test edilerek kabul edilmek zorunda olduğu kademeli ilerleyen bir inşaat sözleşmesi de söz konusu olabilir.

Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin diğer bir özelliği ise, genellikle büyük miktarlarda para ile ilgili olmasıdır. Genellikle işveren, özellikle de gelişmekte olan bir ülkenin kamu kuruluşu olan işveren, inşaat projesini kendi kaynaklarından finanse edemeyecek veya etmeyi tercih etmeyecek olup; bu durumda inşaat projesinin Dünya Bankası (International Bank for Reconstruction and Development- IBRD), Uluslararsı Kalkınma Ajansı (International Development Association-IDA), Avrupa Yatırım Bankası (Euporean Investment Bank-EIB) veya Avrupa Kalkınma Fonu (European Development Fund-EDF) gibi uluslararası kamu kuruluşları tarafından finanse edilmesi zarureti doğmaktadır.

Bu uluslararası kuruluşlardan bazıları, kendilerinden kredi alınan bir uluslararası yapım işini konu edinen bir uluslararası inşaat sözleşmesine taraf olanların sözleşmelerini hazırlarken izlemelerini bekledikleri yerleşik klavuz ilkeleri (talimatnameleri) yayınlamışlardır.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin finansal öneminin bir diğer boyutu, çeşitli türde sözleşme garantilerinin doğmasına yol açmış olmalarıdır. Bu garantiler arasında ihale garantileri, performans garantileri ve geri ödeme garantileri mevcut olup; bu garanti çeşitlerinden bazıları, Uluslararası Ticaret Odasının "Sözleşme Garantileri için Tekdüze Kurallar" başlıklı broşüründe düzenlenmiştir [118].

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin bir diğer özelliği, bu sözleşmelerden doğan taahhütlerin ifa edilmesinin genellikle uzun bir zaman dilimine yayılıyor olmasıdır. Bu uzun süre zarfında ekonomik durum değişebilir. Bu nedenle, alışılmış döviz kuru ve force majeure klozlarına ilaveten, bu tip sözleşmelere, uzun dönemli sözleşmelerin doğasında saklı olan ekonomik riski azaltmayı amaçlayan "fiyat düzeltmesi" ve "güçlük (hardship)" klozları gibi özel klozlar genellikle ilave edilmektedir.

---

[118] Bkz. ICC Brochure No:325 on Uniform Rules for Contract Guarantees, August 1978.

G. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Hazırlanırken Dikkate Alınmasında Fayda Olan Standart (Tip) Sözleşmeler ve Şartnameler

1. UNCITRAL Hukuk Kılavuzu

UNCITRAL (Birleşmis Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu), Sanayi Tesislerinin İnşası için Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuzunu 1987 Ağustosunda kabul etmiş olup; bu kılavuz Birleşmiş Milletler tarafından 1988 yılında yayınlanmıştır [119]. UNCITRAL, ayrıca bir Model İhale Kanunu hazırlıklarını da sürdürmektedir.

UNCITRAL'in bu kılavuzu, uluslararası inşaat sözleşmelerini hazırlamak durumunda olan kişilere yararlı olmak amacıyla hazırlanmış kapsamlı ve detaylı bir el kitabıdır. Bu kılavuzda yer verilen tespitler, gözlemler ve öneriler, müteahhit ile işverenin menfaatleri arasında haklı ve adil bir dengeyi sağlamayı amaçlamaktadır.

UNCITRAL Hukuk Kılavuzu, inşaat sözleşmeleri ile bölgesel bir seviyede değil evrensel düzeyde ilgilenmektedir.

2. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İçin Standart Formlar

Yurt dışındaki inşaat işlerinin sözleşmeleri genellikle söz konusu işlemin gereklerine göre geliştirilmiş standart formlar biçiminde aktedilmektedir. Yurt dışındaki inşaat işleri için en çok kullanılan model sözleşme formları aşağıdaki gibidir [120]:

1. FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (4th ed., March 1987) [İnşaat İşleri İdari Şartnamesi]: Bu standart sözleşme formu FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) tarafından geliştirildiği için kısaca "FIDIC Sözleşmesi" diye adlandırılmaktadır.
2. FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works (3rd ed., 1987) [Elektrik ve Mekanik İşler için Sözleşme Şartları]

---

119 Bkz. The UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, A/CN.9/SER. B/2.

120 Clive M. SCHMİTTHOFF: "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standart Contracts and General Conditions" (1968), 17 I.C.L.Q, s.551.

3. FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (1st ed., 1995) [Tasarım-Yapım ve Anahtar Teslim İşleri için Sözleşme Şartları]

4. İnşaat Sözleşmesi için Genel Şartlar (6.baskı, Ocak 1991): Bu standart form, İngiltere'deki Institute of Civil Engineers (ICE) [İnşaat Mühendisleri Enstitüsü] adlı mesleki kuruluş tarafından hazırlanmıştır.

   Bu genel sözleşme şartları, İngiltere'deki Institution of Mechanical Engineers [Makina Mühendisleri Enstitüsü] ,Institution of Electrical Engineers [Elektrik Mühendisleri Enstitüsü] ve Association of Consulting Engineers [Müşavir Mühendisler Birliği] tarafından tavsiye edilmektedir.

5. The Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits (3rd ed., May 1985) [Dünya Bankası Kredileri ve Uluslararası Kalkınma Ajansı Kredileri Çerçevesinde Yapılan İhaleler İçin İlkeler] : Bu kurallar, "Dünya Bankası İlkeleri" diye de bilinmektedir.

6. İşbirliği yapılan denizaşırı ülkeler ve bölgelerde finanse edilen sözleşmelere uygulanan General Conditions for Public Works and Supply Contracts financed by the European Development Fund of the EEC (Brussels, February 14, 1974). [Avrupa Birliği Avrupa Kalkınma Fonu tarafından finanse edilen Tedarik Sözleşmeleri ve Bayındırlık İşleri için Genel Şartlar]: Bu genel şartlar da "EDF Conditions" (Avrupa Kalkınma Fonu Şartları) diye bilinmektedir. Ayrıca, "EDF tarafından finanse edilen sözleşmeler için Tahkim Kuralları" hazırlanmıştır.

7. Birleşmiş Milletler Avrupa İçin Ekonomik Komisyonunun hazırladığı model sözleşme formları, uluslararası inşaat işlerinde de kullanılabilir. Bu model sözleşme formlarından başlıcaları aşağıdaki gibidir [121]:

- İthalat ve ihracat için makinalar ve tesislerin montajı ve tedariki için 188A no'lu form,

[121] Peter BENJAMIN: "The General Conditions of Sale and Standart Forms of Contract drawn up by the United Nations Economic Commission for Europe", [1961] J.B.L., s.113.

- Yurt dışında makinalerin ve mühendislik tesislerinin montajının denetimi için ilave klozlar öngören 188B no'lu form,
- Dayanıklı tüketim maddelerinin ve mühendislik malzemelerinin ihracatı için 730 no'lu form,

Buna ilaveten, Avrupa için Ekonomik Komisyon, tesisler ve inşaat işleri için önemli uluslararası sözleşmeler ile ilgili düzenlemeler öngören birbiriyle bağlantılı aşağıdaki bir seri kılavuzu yayınlamıştır [122]:

- Büyük endüstriyel yapım işleri için sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /117),
- Belirli bir projeyi gerçekleştirmek için biraraya gelmiş taraflar arasındaki uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /131),
- Teknik yardımın bazı ilgili yönlerini de içeren, müşavir mühendisliğe dair uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /145),
- Endüstriyel ve diğer tesislerin işletilmesi, tamiri ve bakımı ile ilgili hizmetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (E.87. II. E.2).

Sonuç

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcılar ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki iş olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları,uluslararası tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

122 Benjamin, a.g.e., s.114.

Global ölçekte altyapı ihtiyacı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı,sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve özel şartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'üncü baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirrnesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003'de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu'nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul'daki konferansının konusunun "İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar" olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitlerin Çin'in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu'nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin'in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güçlüğü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılamaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile "Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi" ve "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması" anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedelenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

I. Kitaplar ve Makaleler

ARKAN, Sabih: "İnşaat Sözleşmelerinde Teminat Mektupları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.309-315.

DELAUME, G.R.: The Finality of Arbitration Involving States-Recent Developments, Arb.Int, V.5., No:1 (1989).

DELAUME, G.R.: Transnational Contracts-Applicable Law and Settle-ment of Disputes, Appendix IV, Booklet D.2 (1988).

DELAUME, G.R.: Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, Arb. Int., V.3,No:1,1987.

EREN, Fikret: "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 2001, s.49-86.

EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63-86).

EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103).

SCHMITTHOFF, C.M.: The Law and Practice of International Trade, Nineth Ed., London, 1990.

ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

ŞANLI, Cemal: "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.

ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5.Bası, Arıkan, İstanbul, Kasım 2006.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3.bası, Ankara, 1982.

TANDOĞAN, Haluk: "Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi,Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", BATIDER, Cilt XIII, Sayı:3-4, Aralık 1986, s.57-89.

UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta, 2004.

II. Uluslararası Anlaşmalar, Sözleşmeler, Model Kurallar ve İlgili Mevzuat

Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Ku-ralları/UNCITRAL Tahkim Kuralları),

Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards, New York, 1958 (1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfzi Hakkında New Yoırk Sözleşmesi),

European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa -Cenevre- Sözleşmesi),

General Act for the Pasifc Settlement of International Disputes of 1928 (1928 Genel Tahkim Sözleşmesi),

International Convention on the Settlement of Investment Disputes betwe-en States and Nationals of Other States (Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Sözleşme/ICSID Konvansiyonu),

Multilateral Agreement on Investment (Yatırımlar Hakkında Çok Tarafı Anlaşma / MAI),

Regulation on the Procedure of the International Conciliation (Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkındaki Yönetmeliği),

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları / ICC Tahkim Kuralları),

The 1899 Hague Convention for the Pasifc Settlement of International Disputes / La Haye Sözleşmesi,

The 1907 Hague Convention for the Pasifc Settlement of International Disputes / 1907 La Haye Sözleşmesi,

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, 1992 (1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is A State, 1993 (1993 tarihli Tarafardan Sadece Biri Devlet Olan İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration betwe-en International Organizations and Private Parties, 1996 (1996 tarihli Uluslararası Örgütler ile Özel Kişi ve Kuruluşlar Arasındaki Tahkim için Seçimlik Kurallar),

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu),

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of World Trade Organization (Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması),

United Nations Model Rules on Arbitral Procedure, 1958 (1958 tarihli Birleşmiş Milletler'in Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları),

ICC Uluslararası Tahkim Divanı Statüsü,

ICC Uluslararası Tahkim Divanı İç İşlem Tüzüğü,

ICC Tahkim Tüzüğü,

20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,

21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu,

Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları),

UNCITRAL Model Law on Internaitonal Commercial Arbitration (1985), (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun),

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), (Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun),

Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2004),(Millet-lerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler),

Principles of European Contract Law , 2004 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 2004).

CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK HÂKİMİNİ ETKİLEYİP ETKİLEMEMESİ MESELESİNİN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNE VARAN BOYUTU

(Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)

Halis YAŞAR*

Özet: Ceza mahkemesi hâkimi ile hukuk mahkemesi hâkimi aynı hukuki ilişki karşısında verecekleri kararlar noktasında nasıl bir ilişki içindedir. Hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararını beklemek zorunda mıdır? Bu soru çok ciddi hukuki problemlerin aynı zamanda kaynağını teşkil etmektedir. Yargıtay'ın metinleri verilmiş olan içtihatlarından da anlaşıldığı gibi hukuk hâkiminin ceza hâkimin sonucu beklenmesi gerektiğine ilişkin oluşturduğu içtihadı yerleşen görüş haline gelmiştir. Ancak bu görüş yasa maddesinin yanlış uygulanması olup hukuka aykırıdır. Bu neden ile her bekletici mesele yapılarak yapılan bekleme adil yargılama ihlaline sebebiyet veren birer uygulama olacaktır. Bundan dolayı acil olarak hukuka aykırı bu görüşten dönülmesi gerekir.

Anahtar kelimler: Hukuk hâkimi, ceza hâkimi, iki mahkeme arasındaki ilişki, bekletici mesele, adil yargılama hakkı

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararı bu incelememizin konusu yaptık. Bu kararın tam metnini aşağıda verilmiştir.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 16.04.2012 gün, 2011/3313 Esas ve 2012/6507 Karar sayılı kararı (Ağrı 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 28.12.2010 gün, 2006/663 Esas ve 2010/422 Karar sayılı kararının temyiz incelemesi üzerine verilmiştir.)

* Avukat, Ağrı Barosu Üyesi

Davacı vekili tarafından davalılar aleyhine verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kısmen kabulüne dair verilen 08.12.2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava haksız eylem nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkin olup yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş davalılar tarafından temyiz olunmuştur. Dava konusu olay nedeni ile Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasının henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunun 53.maddesi gereğince ceza mahkemesinin kararı, hukuk yargıcı yönünde bağlayıcı değilse de ceza mahkemesince belirlenecek maddi olgular hukuk yargıcı yönünde bağlayıcıdır. Dava konusu olayın özelliği nedeni ile ceza mahkemesindeki davanın sonucu beklenmeli ve ondan sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek varılacak soncuca uygun bir karar verilmelidir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle davalılar yararına BOZULMASINA; bozma nedenine göre temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 16.04.2012 gününde oy birliğiyle karar verildi.

Yukarıda metnini verdiğimiz kararın kimliğinde oluşan bir Yargıtay uygulamasını ele alacağız. Bunun için genel olarak ve konunun bütünlüklü olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu neden ile bazı kavramları ve konuları bu anlamda ele alacağız. Ceza mahkemesi hâkimi ile hukuk mahkemesi hâkimi aynı hukuki ilişki karşısında verecekleri kararlar noktasında nasıl bir ilişki içindedir. Hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararını beklemek zorunda mıdır? Bu soru çok ciddi hukuki problemlerin aynı zamanda kaynağını teşkil etmektedir.

Konunun anlatımına geçmeden önce ceza hâkimi ile hukuk hâkimi arasındaki ilişkiyi düzenleyen yasa maddelerine bakmak gerekecektir.

818 sayılı Borçlar Kanunu 53.maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 74.maddesi bu konuyu düzenlemiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun ceza hukuku ve medeni hukuk arasında münasebet başlıklı 53.maddesi şöyledir. *" Hakim kusur olup olmadığına yahut haksız fülin faili temyiz kudretine haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamıyle bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyle de mukkayet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hakimini takyit edemez."*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun ceza hukuku ile ilişkisinde kenar başlıklı 74.maddesi şöyledir. *" Hâkim zarar verenin kusurunun olup olmadığını, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Aynı şekilde ceza hâkiminin kusurunun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz"*

Kanuni düzenleme bu şekilde 6098 sayılı kanunun 74.madde gerekçesinde ifade edildiği gibi dil arılaşması dışında 818 sayılı kanunun 53.maddesi ile bir farklılık yoktur.

İki mahkeme arasındaki ilişki genel itibari ile değerlendirildiğinde iki mahkemenin farklı yargılama sistemlerine sahip olması, delil takdiri noktasındaki farklı sistemlerinin olması ve sorumluluk kaynağının farklı olması nedeni ile iki mahkeme arasında böyle bir bağımsızlık öngörülmüştür. Ancak her ne kadar bu bağımsızlık varsa da yargısal birlik, yargı kararlarının meşruluğunun içselleşmesi ve yargı kararlarının çelişkiden azade olması amacı ile gerek doktrinde gerek ise yargısal uygulamalarda iki mahkemenin tam olarak bağımsız olmayacakları ve kısmen de olsa bağımlı oldukları gerçeğini ortaya koymuştur. Nitekim bu amaçla yapılan değerlendirmelere bakıldığı zaman şöyle bir tablo ile karşılaşmaktayız.

- Hukuk hâkimi ceza mahkemesince verilen suçun fail tarafından işlenmediği yönündeki kesin olgu saptayan beraat kararı ile bağlıdır. Çünkü yargısal bir kararla maddi bir olgu tespit edilmiştir.
- Hukuk hâkimi ceza mahkemesince yapılan kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini kararı ile bağlı değildir. Çünkü ceza hukukunda asıl kusur çeşidi kasttır. Taksir ancak kanunda yazılı olduğu sürece sorumluluk oluşmaktadır. Ancak hukuk mahkeme-

sinde kusurun (kast, ihmal vb.) her çeşidinde sorumluluk imkân dâhilindedir. Ceza yargılamasında sorumluluk için kusurun varlığı yeterli iken hukuk yargılamasında kusurun çeşidi ve oranı da sorumluluk kapsamını ve miktarını belirlemede temel kriterdir.

- Hukuk hâkimi ceza mahkemesi kararındaki fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağını saptayan maddi olgularla bağlıdır.[1] Aynı şekilde ceza mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararı ile de bağlıdır. Zira her suç aynı zamanda haksız fiil kabul edilmelidir. Ancak her haksız fiil suç değildir. Suçta kanunilik ilkesi gereği ancak kanunda düzenlenen haksız fiiller ve eylemler suçtur.
- Hukuk hâkimi ceza mahkemesinde yargılanan failin temyiz kudretini haiz olup olmadığına ilişkin ceza mahkemesi kararı ile bağlı değildir. [2] Zira ceza hakiminin ceza ehliyeti yoktur şeklinde kararına karşın hukuk hakimi kusur ehliyeti olmayan yaşı küçükler ve akıl hastaları yönünden aile başkanının sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğu kapsamında tazminata mahkumiyet kararı verebilir.
- Ceza mahkemesinin delil yetersizliğine dayanan beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz. Ceza yargılamasında delil sistemi, failin davadaki beyanının önemi gibi nedenler ile delil yetersizliğinden dolayı verilecek karar hukuk hakimi kararını etkilemeyecektir.
- BK 53'de (TBK 74.madde.) sayılmayan hususlar da hukuk hâkimi için bağlayıcı sayılmamalı, ancak dosyaya sunulan ceza ilamı ve ceza dosyası münderecatını inceleyen hâkim bunlara katılmıyorsa esasen diğer deliller hakkında da yapılması gerektiği gibi veya esasen katılıyor ise de yapacağı gibi gerekçe göstermelidir.[3] Zira her mahkeme kararı diğer mahkeme için güçlü delildir.

Konu ile Yargıtay uygulamasına bakıldığı zaman iki mahkeme arasındaki ilişki noktasında doktrin ile uyumlu bir çizgide olduğu görülecektir. Bu konuda emsal olan kararları aşağıda konu ile ilgili metin kısımları veriyorum.

---

1 Ali GÜNEREN İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları sayfa: 857

2 Turgut UYGUR Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Cilt:3 sayfa: 2593

3 Kocayusupaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler İkinci Cilt. Hatemi Sözleşme Dışı Sorumluluk, Sorumluluk Hukuku sayfa:119

"Mahkemenin ceza mahkemesinde verilen delil yetersizliği nedeni ile beraat kararına dayanarak davanın ret edilmesi karşısında BK'nun 53 maddesinin anlamı üzerinde durulmalıdır. Sözü edilen BK'nun 53.maddesiyle Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk arasındaki ilişkiye yer verilmiştir. Madde irdelenirken ceza mahkemesinin delil yetersizliğine dayanan beraat kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı ancak beraat kararında bir maddi olguyu tespit ediyorsa bu kararın hukuk hâkimini bağlayacağı, beraat kararında suçun sanıklar tarafından kesin olarak işlenmediğinin tespiti olgusuna dayanıyorsa, bu kararın hukuk hâkimini de bağlayacağı, bundan başka bir kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususundaki kararın hukuk hâkimini bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır.(Turgut UYAR Borçlar Kanunu 1.Cilt Sh.844) Kural olarak hukuk hâkimi ceza yasasındaki hükümler ile ceza hâkiminin kararı ile bağlı tutulmamıştır. Böylece md. 53 ile bağımsızlık ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. (Mustafa Reşit KARAHASAN Tazminat Hukuku 1996 basımı sh.437vd.) Bu durumda ceza mahkemesi kararı kusurun varlığı ve zarar miktarının belirlenmesi konusunda hukuk hâkimini bağlamayacağı kuşkusuzdur. (HGK.nun 10.12.1975 gün, 1975/11 Esas ve 1975/406 Karar, 25.11.1983 gün, 1983/4-261 Esas ve 1983/1220 Karar sayılı kararı)"[4]

"Borçlar Kanununun 53.maddesi gereğine göre hukuk hâkimi ceza dosyasında alınan kusur raporu ile bağlı olmayıp kesinleşen maddi olgularla karar vermek durumundadır. Olay iş kazası olup iş hukuku ve sosyal güvenlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan insan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususlaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunun 73.maddesinin açık buyruğudur. Tazminat davalarının özelliği gereği İş Kanunun 73.maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellik ile yapılan işin niteliğine göre işyerinde uygulanması gereken İşçi sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünün ilgili maddelerini incelemek sureti ile işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek sureti ile kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmalıdır. Mahkemece yapılacak iş, işçi sağlığı ve iş güvenliği uzman bilirkişilere konuyu yukarıda açıklandığı

[4] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.11.2001 gün 2001/11–1103 Esas ve 2001/1084 Karar sayılı kararı- İstanbul Barosu Dergisi Cilt 77, Sayı 2 s.346,349

biçimde inceletmek ve verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önüne tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." [5]

"Borçlar Kanunun 53.maddesine göre ceza mahkemesinin kusur oranı ile bağlı değilse de ceza mahkemesinde belirlenen olgular hukuk hâkimini bağlar. Ceza yargılaması sırasında davalının ter yola girdiği bu neden ile % 100 kusurlu olduğu kabul edilmiş ve hüküm onanarak kesinleşmiştir. Eldeki davada bu maddi olgu değiştirilerek yolda alt yapı çalışması bulunduğu, gidiş gelişin tek şerit üzerinden yapılması nedeniyle davalının zorunlu olarak ters şerit üzerinden yapılması nedeni ile davalının zorunlu olarak ters şeride girdiği bu neden ile kusur oranının % 60 olduğu belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Tanık olarak dinlenen trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen trafik polisi bu maddi olguyu doğrulamamıştır. Şu durumda kesinleşen maddi olguyu değiştirmek sureti ile davalının % 60 oranında kusur ile sorumlu tutulması doğru değildir. Açıklanan nedenler ile mahkemece davalının % 100 kusurlu olduğu kabul edilerek gerçekleşen tedavi giderinin tamamından sorumlu tutulması, ayrıca manevi tazminatın da gerçekleşen bu olguya göre yeniden takdiri gerekir. Karar bu nedenle bozulmalıdır." [6]

"Hukuk mahkemesi ceza mahkemesi kararı ile bağlı değilse de orada belirlenen olgular ile bağlıdır." [7]

"Davalı sürücü Murat hakkında İstanbul 6.Ağır Ceza Mahkemesinde açılan ceza davasında davalı 8/8 oranında kusurlu bulunarak mahkûmiyetine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davalı hakkında açılan ve kesinleşen ceza davasında davalı kusurlu bulunduğuna ve mahkûmiyet kararı verildiğine göre bu maddi olgu BK'nın 53.maddesi gereğince hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır. Mahkemece buna rağmen davalı Murat'ın kusursuz davacı bakanlığın tam kusurlu kabul edilmesi doğru olmamıştır."[8]

---

5 Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 17.04.2003 gün 2003/3586 Esas ve 2003/3516 Karar sayılı kararı- İstanbul Barosu Dergisi Cilt 78, Sayı 2 s.842–843

6 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 08.06.2006 gün, 2005/8826 Esas ve 2006/6949 Karar sayılı kararı- İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 81, Sayı: 6, s.2698–2699

7 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 08.07.2004 gün, 2004/2369 Esas ve 2004/9133 Karar sayılı kararı- Yargı Dünyası Dergisi Sayı 107 Yıl 2004 s.45–46

8 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 19.01.2012 gün, 2010/12396 Esas ve 2012/548 Karar sayılı kararı- Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 38, Sayı: 3, Yıl: 2012 s. 449–451

"Hukuk davasına konu olay sebebiyle açılan ceza davasında ceza mahkemesince saptanan maddi olguların hukuk hâkimini bağlayacaktır. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ve öğretideki genel kabule göre maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Bu neden ile ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir." [9]

"Borçlar Yasası'nın 53.maddesi gereğince ceza mahkemesinin maddi olgunun belirlenmesine ilişkin cezalandırma kararı hukuk mahkemesi yönünden bağlayıcıdır. Şu durumda davalının ceza mahkemesinde hakaret suçundan cezalandırıldığı ve kararın kesinleştiği anlaşıldığından ceza mahkemesi kararının tartışılarak söylenen sözün iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir." [10]

"Borçlar Kanunu'nun 53.maddesine göre hâkim kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyetine dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hâkimini bağlamaz. Ceza ve hukuk mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanunun söz geçen hükmü, hukuk hâkimini ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddi hukuk bakımından kural olarak bağımsız kılmaktadır. Olayda söz konusu olan Borçlar Kanunu'nun 53.maddesi hükmü ile kanun koyucunun ortaya koyduğu ilke, hukuk hâkiminin varacağı sonuçta bağımsız olduğu hususudur. Ancak hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız bir bağımsızlık değildir. Her ne kadar ceza mahkemesinin mahkûmiyet ve beraata ilişkin verdiği karar kusurun var olup olmadığı veya oranı, zararın miktarı, temyiz kudreti ve illiyet bağı gibi hususlarda hukuk hâkimini bağlamaz ise de her mahkûmiyet kararı o fiilin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hâkimini bağlayıcı vasıftadır." [11]

---

9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2011 gün, 2011/4–58 Esas ve 2011/176 Karar sayılı kararı- Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 37, Sayı: 10, Yıl: 2011 s. 1753–1758

10 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 05.11.2009 gün, 2009/580 Esas ve 2009/12264 Karar sayılı kararı- Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 36, Sayı: 3, Yıl: 2010 s. 408–410

11 Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 13.11.2007 gün, 2007/17891 Esas ve 2007/20495 Karar sayılı kararı- Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 35, Sayı:8, Yıl: 2009 s. 1574–1576

"Dosya içerisinde bulunan ceza davasına ilişkin dosya içeriğinden, davalının bıçakla etkili eylemde bulunması sonucu davacının yaralandığı, davalının eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 456/2.maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verildiği, hafif tahrik nedeni ile aynı yasanın 51/1 maddesi gereğince verilen cezadan ¼ oranında indirim yapıldığı ve kararın onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ceza mahkemesince belirlenen davacının hafif tahrikte bulunduğuna ilişkin maddi olgu Borçlar Yasasının 53.maddesi gereği hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır. Dava konusu olayın başlamasına yol açan davacısının davalıyı tahriki eylemi onun bölüşük kusurunu oluşturur. Ve Borçlar Yasasının 44.maddesi gereğince kabul edilen maddi ve manevi tazminat tutarlarından davalı yararına indirim yapılmasını gerektirir. Şu durumda ceza mahkemesince belirlenen tahrike ilişkin indirim oranının davalının sorumlu tutulacağı maddi tazminata yansıtılması gerekir. Ne var ki yerel mahkemece benimsenen geçici iş göremezlik zararının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunda tahrik nedeniyle indirim yapılmadığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek hesaplanan geçici iş göremezlik tazminatından tahrik nedeni ile indirim yapılmamış olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." [12]

İki mahkemenin birbirleri ile ilişkisi böyle iken hukuk hâkimi önündeki dava için özellik ile tazminat davası için ceza yargılamasını beklemek zorunda mıdır.? Ceza dosyasının varlığı karşısında hukuk hâkimi ne yapmalıdır.? Bu konu, doktrinde tartışılmıştır. Bizim görüşümüze göre hukuk hakimi ceza hakiminin kararını beklemek zorunda değildir. Nitekim doktrinde buna paralel şu görüşler ileri sürülmüştür.

"Ceza Mahkemesinden açılan ceza davasının hukuk mahkemesinde açılan dava için ön mesele olarak ileri sürülüp sürülmeyeceği hususu düşünülebilir. Doktrinde bu konuda bağımsızlık ilkesi gereği ceza davası sonucunun beklenmesinin gerekmediği ileri sürülmektedir. Gerçekten ceza davasının sonucunun beklenmesi durumunda tazminat kararı için uzun yıllar beklenebilmekte ve bu da tazminat hukuku bakımından adaletli bir sonuç olmamaktadır." [13]

---

12 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 30.01.2012 gün, 2010/13310 Esas ve 2012/1040 Karar sayılı kararı Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 38, Sayı: 10 Ekim 2012 sayfa:1899–1901

13 Hasan Tahsin GÖKCAN-Seydi KAYMAZ- Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları 2.Basım Seçkin Yayınları sayfa:54

"Aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiilden doğan zararın tazmini için suç bakımından ceza mahkemesinin karar vermesi beklenmeden hukuk mahkemesinde tazminat davası açılmışsa hukuk hâkimi tazminat konusunda karar vermek için ceza mahkemesinin kararını beklemek zorunda değildir."[14]

Farklı ve ilginç bir görüş seçkin tazminat hukukçusu Çelik Ahmet ÇELİK tarafından dile getirilmiştir. *"Tüm bu görüşlere karşı kanun maddesinin anlam ve amacına uygun olarak ortalama bir yol öneriyoruz. Hukuk hâkimi ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla ve eylemin hukuka aykırılığı ile nedensellik bağını saptayan maddi olgularla bağlı olduğuna göre ceza davasındaki sorgulamaların tamamlanması, kanıtların toplanması ve bilirkişi raporların verilmesi aşamasına kadar beklenmeli bu aşamada durum aydınlığa kavuşmuş olacağından artık ceza davasının sonuçlanması ve hükmün kesinleşmesi beklenmemelidir. Öte yandan hukuk mahkemesinde tazminat davası açılmış ve ileri bir aşamaya gelinmiş olup da ceza kovuşturması uzamış ve henüz ceza davası açılmamışsa ve türlü nedenlerle açılması gecikecek ise artık beklemek söz konusu olmamak gerekecektir."* [15]

Ancak bu görüşlere karşın Yargıtay'ın son dönemlerde verdiği kararlarda hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin sonucunun hatta kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararlarını bozmaya başlamıştır. Yargıtay'ın adeta genel bir uygulaması haline gelen içtihadı hukuka aykırıdır. Öncelik ile bu şekildeki birkaç kararın ilgili metinleri verildikten sonra yeni oluşan Yargıtay içtihadının hukuka aykırılık nedenleri dile getireceğim. Yargıtay'ın yeni uygulaması mahiyetinde olan kararı şunlardır.

"818 sayılı B.K.53.ve 6098 sayılı TBK 74'e göre hukuk hâkimi ceza mahkemesi ilamının maddi olguya ilişkin tespitleri ile bağlıdır.Dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olarak Eskişehir 2.Sulh Ceza Mahkemesinin 2006/629-2010/487 Karar sayılı dosyasında yapılan yargılama sonucunda beraat ve mahkumiyet kararları verildiği ceza dosyasının temyiz aşamasında bulunduğu anlaşılmaktadır. ***Somut olayda ceza davası sonucunun eldeki davayı etkilemesi söz konusudur. Açıklanan neden ile ceza davasının sonucunun bekletici mesele yapılması ve buna göre bir karar verilmesi ge-***

---

14 Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN- Doç.Dr. M.Turgut ÖZ Borçlar Hukuku Genel Hükümler Filiz Kitapevi 1995 sayfa 526

15 Çelik Ahmet ÇELİK Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı Bilge Yayınevi 2012 Sayfa:375–376

rekir. *Karar açıklanan nedenlerden dolayı yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir."* [16]

"Dava; ölümlü ve yaralamalı trafik kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Davacıların dosyaya ibraz ettiği Bakırköy 4.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/79 Esas ve 2009/45 Karar sayılı ilamında 06.10.2009 tarihli Adli Tıp Kurumu raporu dikkate alınarak, davacıların desteğinin kırmızı ışık ihlali yaptığının kabulü ile davalı hakkında beraat kararı verildiği, ancak kararın henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. ***Her ne kadar BK'nun 53.maddesi gereğince kural olarak hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin kararı ile bağlı değil ise de somut olayda ceza yargılaması sonucunda verilecek kararın, eldeki davayı etkilemesi söz konusudur. Bu neden ile ceza davasının sonucunun bekletici sorun yapılması gerekir****. Karar bu bakımdan yerinde görülmemiş ve bozulması gerekmiştir."*[17]

"B.K'nun maddesi gereğince hukuk hâkimi ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de ceza mahkemesince belirlenerek maddi olgular ile bağlıdır. Somut olayda davalı, davacı hakkında savcılığına ihbarda bulunduğunu ve soruşturma sonucunun beklenmesi gerektiğini savunmuştur. Temyiz dilekçesinin ekinde yer alan duruşma tutanağından taraflar hakkında kamu davası açılmış bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda taraflar hakkında açıldığı anlaşılan ***kamu davasına ilişkin dosya getirilerek yüklenen suçların nelerden ibaret olduğu araştırılmalı, eldeki dava dosyası ile ilgili olduğu sonucuna varılacak olursa kamu davasının sonuçlanması bekletici mesele yapılmalı,*** *aksi halde mevcut delil durumuna göre bir karar verilmelidir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."* [18]

"Dosya içerisine alınan Milas 2.Sulh Ceza Mahkemesinin 2009/66 Esas sayılı dosyasının derdest olduğu ve davalının bu yargılamada beraat ettiğini iddia ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar BK.'nun 53.maddesi gereğince

---

16 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 02.10.2012 gün, 2011/9499 Esas ve 2012/14063 Karar sayılı kararı özel arşiv

17 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 07.06.2012 gün, 2011/9022 Esas ve 2012/10065 Karar sayılı kararı özel arşiv

18 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 10.05.2012 gün, 2011/6949 Esas ve 2012/8279 Karar sayılı kararı özel arşiv

kural olarak hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kararı ile bağlı değil ise de; somut olayda ceza yargılaması sonucunda verilecek kararın eldeki davayı etkilemesi söz konusudur. ***Bu nedenle ceza davasının sonucunun bekletici sorun yapılması gerekir.*** *Karar bu bakımdan yerinden görülmemiş ve bozulması gerekmiştir."* [19]

"Davacılar dava dilekçesinde davalının kendilerini yaraladığını, bu nedenle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemiştir. Davalı, kavganın davacıların tahriki sonucu çıktığını ceza mahkemesinin bu nedenle haksız tahrik indirimi yaptığını, ceza dosyasının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Dosya içerisine alınıp incelenen Çorlu 2.Asliye Ceza Mahkemesinin 2008/167 Esas sayılı dosyasında davacılar, davalı ve dava dışı Semra hakkında silahla yaralama ve ruhsatsız silah bulundurma suçlarından dolayı açılan davanın derdest olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar B.K.53.maddesi gereğince kural olarak hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kararı ile bağlı değilse ise somut olayda ceza yargılaması sonucunda verilecek kararın eldeki davayı etkilemesi söz konusudur. ***Bu neden ile ceza davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir.*** *Karar bu bakımdan yerinde görülmemiş ve bozulması gerekmiştir."*[20]

"Borçlar Yasası'nın 53.maddesi gereğince hukuk hakimi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinin kusurlu olup olmadığına ilişkin kararı ile de bağlı değilse de ceza mahkemesince belirlenecek maddi olgular ile bağlıdır. Ceza mahkemesince davalıların sorumluluğu yönünde verilerek bir karar hukuk hâkimi yönünden de bağlayıcı olacağından eldeki davanın özelliği gereği ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi beklenecek ondan sonra varılacak sonucuna göre karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir."[21]

"BK'nin 53.maddesine göre hukuk hâkimi ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değilse de mahkûmiyet kararı ile bağlıdır. ***Şu durumda ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesinden sonra varılacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir.*** *Anılan yön gözetilmeksizin verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."*[22]

---

19 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 24.05.2012 gün, 2011/7471 Esas ve 2012/9340 Karar sayılı kararı özel arşiv

20 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 02.05.2012 gün, 2011/5075 Esas ve 2012/7708 Karar sayılı kararı Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 38, Sayı: 11 Kasım 2012 sayfa:2120–2121

21 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 24.01.2008 gün, 2007/3430 Esas ve 2008/501 Karar sayılı kararı- İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 84, Sayı: 5, s.3225–3226

22 Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 09.03.2006 gün, 2005/3394 Esas ve 2006/2368 Karar

Yargıtay'ın bu görüşü giderek yerleşik hale gelen kanaat olmuştur. Ancak bu kanaat söz konusu yasa hükümlerine aykırıdır. Çünkü;

1- Borçlar Kanunun ilgili hükmü iki mahkemenin birbiri ile ilişkisi ortaya koymakta ne şekilde hareket edileceğine dair düzenleme içermektedir. Bu düzenlemede hukuk hâkiminin ceza davasının sonucu beklenmesi gereği çıkarılamaz.

2- Bir hukuki uyuşmazlıkta çözüme ulaşmak için hukuk hâkimi ceza hâkiminin kanaatini beklemek gerekmiyor. Aksine genel hâkimlik bilgisi ile hukuki uyuşmazlığın ceza yargılamasındaki yerini bilme imkânına sahiptir. Nitekim hukuk davalarında ceza zamanaşımının hukuk davalarında uygulanması için ceza davasının açılmasına veya karar verilmiş olmasına gerek yoktur. Nitekim bu husus Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüdür. *"BK mad.60/2 uyarınca ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için eylemi işleyen hakkında ceza davasının açılmış ya da mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması gerekli değildir. Yalnız haksız eylemin suç niteliği taşıması yeterlidir."* [23]

3- Hukuk davasının kaderinin ceza davasının kaderine bakmak ceza yargılamasının kendine özgü özellikleri (sanığın ifadesinin alınması zorunluluğu, sanığın yargılamadan kaçması, yasa değişikliklerinden kaynaklı uyarlama yargılaması, , ceza dosyalarının temyiz bekleme süresinin fazla olması gibi) nedeni ile davayı gereksiz uzatmaktan başka bir şeye yaramayacaktır.

4- Uzun süreli yargılama davada gereksiz masrafların yapılmasına yol açacaktır. Çünkü tazminat hesaplamalarında en son veriler esas alınarak hesaplama yapılır. Bu neden ile yargılamanın uzaması devam ettikçe asgari ücrette meydana gelen her değişim yeniden hesaplama yapılmasını zorunlu kılacağından davada davacı için gereksiz masrafların yapılmasına neden olunacaktır.

5- Hukuk hâkimi ceza mahkemesi kararını bekleyecekse özellikle ceza mahkemelerinden verilen Hükmün Açıklanmasının Geri

---

sayılı kararı- Yargı Dünyası Dergisi Sayı 132 Yıl 2006 s.43–44

[23] HGK 06.05.2009 gün, 2009/3–10 Esas ve 2009/178 Karar sayılı kararı, Aynı mahiyette HGK 18.11.1981 gün, 1979/4-231 Esas ve 1981/744 Karar sayılı kararı, HGK 16.04.2008 gün, 2008/4-326 Esas ve 2008/325 Karar sayılı kararlar, kararlar için Çelik Ahmet ÇELİK Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı Bilge Yayınevi 2012 Sayfa:310

Bırakılması Kararları ne olacaktır. Zira HAGB kararları verilen dosyalarda denetim süresi boyunca devam eden bir yargılama statüsü devam etmektedir. Kararın denetim süresi içinde yeniden suç işlenmesi halinde kararın açıklanması ile birlikte karara karşı temyiz yolu açılmaktadır. Bu şekilde oluşacak kararın kesinleşmesi yaklaşık 10 yılı bulacaktır. Şimdi bu tür bir davada Yargıtay yeni içtihatlarıyla kararın kesinleşmesini aradığına göre bekleme süresinin uzunluğu ve içinden çıkılmazlığı da izahtan varestedir.

6- Hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin kararının beklenmesi gereği kabul edilirse davadaki uzama makul bir sürede yargılanmayı içeren adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır. Geç oluşan adalet, adalet olarak telakki edilmeyecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği bir kararında böyle bir bekleme nedeni ile adil yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararının ilgili kısmı aynen şöyledir.*"22. Mahkeme 21 Kasım 2002 tarihinde sonuçlanan ve başvurana karşı yürütülen cezai kovuşturma kesinlik kazanıncaya kadar tazminat talebine ilişkin yargılamayı yapan mahkemenin hiçbir mühim karar almadan, duruşmaları daha sonraki bir tarihe ertelemiş olduğunu ilk elden gözlemlenmektedir. Ayrıca mahkemenin bilirkişi raporlarının hazırlanmasını beklediği belirtilmektedir. Bu bağlamda mahkeme, bilirkişi raporlarının hazırlanmasından kaynaklanan gecikmelerde temel sorumluğun nihayetinde devlete ait olduğunu belirtmektedir.* ***(bkz. Kulikowski v.Polonya, no: 18353/03, 19 Mayıs 2009, paragraf 50 ve, Capuano v.İtalya Seri A.No.119, 25 Haziran 1987, paragraf 32)*** *Ayrıca mahkeme sözleşmenin 6.1.maddesinin taraf devletlere yargı sistemlerini kendi mahkemelerinin makul sürede karar verme yükümlülüğünü karşılayabilecekleri şekilde düzenleme yapması görevini yüklediğini hatırlamaktadır.* ***(bkz. Löfler v.Avusturya (no:2) nn.72159/01, 04 Mart 2004 paragraf 57)*** *Yargılama sırasında gereksiz gecikmeler göz önüne alındığında mahkeme yargılama sürecinde başvuran için çok önemli olmasına rağmen, ulusal mahkemenin yargılama sürecini makul sürede tamamlamak için gereken titizliği göstermediğine kanaat getirmiştir. Mahkeme mevcut davadakine benzer konuların ele alındığı diğer davalarda çoğu zaman sözleşmenin 6.1.maddesinin ihlal edildiğine rastlamıştır.* ***(bkz. Diğerleri arasında Frydlender v.Fransa (GC) no. 30979/96, AİHS 2000VII, paragraf 42–46 ve Daneshpayeh v. Türki-***

ye no.21086/04, 16 Temmuz 2009 paragraf 26–29) *Mahkeme, kendisine ibraz edilen tüm materyalleri inceledikten sonra Hükümet'in mevcut davada farklı bir sonuca ulaşmaya neden olabilecek hiçbir olay ve olguyu ileri sürmediğini düşünmektedir. Bu yüzden mevcut davada yargılama sürecinin uzunluğunu makul süre şartını karşılamadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin 6.1.maddesinin ihlali söz konusu olmuştur."* **(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İkinci Dairesinin 06.03.2012 gün, Başvuru No: 19509/07 numarasında verdiği Akseki v. Türkiye)**

Bütün bu nedenlerden dolayı Yargıtay'ın yukarıda metinleri verilmiş olan içtihatlarından da anlaşıldığı gibi hukuk hâkiminin ceza hâkimin sonucu beklenmesi gerektiğine ilişkin oluşturduğu içtihadı yasa maddesinin yanlış uygulanması olup hukuka aykırıdır. Bu neden ile her bekletici mesele yapılarak yapılan bekleme adil yargılama ihlaline sebebiyet veren birer uygulama olacaktır. Bundan dolayı acil olarak hukuka aykırı bu görüşten dönülmesi gerekir.

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ VE MÜDAFİNİN DOSYAYI İNCELEME YETKİSİ

CONFIDENTIALITY OF THE INVESTIGATION AND DEFENDANT'S RIGHT TO EXAMINE THE CASE FILE

Murat CEYHAN*

Özet: Soruşturmanın gizliliği kurumu ile müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin irdelendiği makalede ülkede ve karşılaştırmalı hukukta teorinin ve uygulamanın ne noktada olduğu araştırılmıştır. Kanuni yetkilerle donatılmış savunmanın iddia makamı karşısında bu yetki altında hangi silahlarla donatıldığının açıkça belirlenmesi gerekmektedir. İddia makamının özellikle soruşturma safhasında müdafinin yetkilerine önemli sınırlamalar getirme imkanı bulunmaktadır. Makale boyunca CMK 153 ve AİHS'nin ilgili hükümleri uyarınca iki tarafın da elinde bulunan imkanlara dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Bu makale nezdinde hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Türkiye Mahkemelerinin bu konuyu ele alan kararları da incelenmiş, dosya inceleme yetkisinin sınırları belirlenmiştir. Sonuç olarak, yerleşik yargı anlayışı ve Türk Yargısının müdafiye karşı algısının sonuçlarına yer verilmiş, müdafinin kanunen öngörülmüş bu özel yetkisi ile ortaya çıkan ihtilaflı saha derlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma, Müdafi, Gizlilik, Dosya, Yetki, İnceleme,

Abstract: In this article confidentiality of investigation and defendant's right to examine the case file has been evaluated with regards to theory and practice in local and comparative law. Even though defence seems to be presented with legal rights against the prosecution, there has to be a clear identification for such rights. The prosecution can bring several limits to lawyer's authorities especially during the investigation period. Throughout the article Turkish Criminal Procedural Code Art. 153 and related European Convention on Human Rights provisions were pointed out. Thereby the borderlines of the right to examine case file has been established with several judgments. Permanent judiciary perspectives and Turkish Judiciary's conception of a legal defendant was taken into account, and eventually this particular right's controversial field was brought into daylight.

Keywords: Investigation, Defendant, Confidentiality, Case File, Right, Examine

* Stj. Avukat, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157. maddesinde kabul edilmiş olan soruşturma evresinin gizliliği adaletin belli bir düzen içinde tecelli etmesi adına hem savunmaya hem de iddia makamına çok önemli kazanımlar sağlamaktadır. Şüphelinin masumiyet karinesi altında çeşitli ithamlar altında bırakılmaması ve soruşturma devam ederken kamunun eksik bilgilerle bir kanıya ulaşmaması bu yolla sağlanır. Kişinin Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesinden doğrudan faydalanması soruşturmanın gizliliği sayesinde sağlanır. Soruşturma işlemlerinin sonuçları kamudan saklı devam etmesi iddia makamına da kendi görevi doğrultusunda önemli bir hareket alanı kazandırılmaktadır. Soruşturma iki yönlü bir araştırmayı gerektirmektedir. Bunlar suçu işlediği düşünülen kişilerin saptanması ile bu kişilerin fiillerine ilişkin delillerin ortaya çıkarılmasıdır. İddia makamı olarak Cumhuriyet Savcısı, soruşturmanın amacına ulaşması için bu gizliliğe ihtiyaç duymaktadır.

Savunma makamını karşısına alan Cumhuriyet Savcısının hazırlamaya devam ettiği dosyanın incelenmesini belirli koşullar altında engelleyebilmesi mümkündür. Buna karşın özellikle müdafinin ortada bulunan suç isnadından, iddia makamının yaptığı çeşitli işlemlerden ve bunların sonuçlarından haberdar olması da en doğal hakkıdır. Soruşturmanın gizliliği ile savunma hakkı bir anlamda karşı karşıya gelebilmektedir. Bu bağlamda yasakoyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinde, müdafinin savunma görevini gerektiği gibi icra edebilmesi açısından, "müdafinin dosyayı inceleme yetkisini" öngörmüş bulunmaktadır. Gerçekten de kural olarak soruşturmanın gizliliği esastır. Ancak savunma görevini yerine getirirken müdafinin şüpheli hakkındaki suçlamaya konu olan leh ve aleyhteki tüm delilleri bilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde kovuşturma evresine nazaran sözlülük ve aleniyet ilkesi değil, yazılılık ve gizlilik ilkesi hakimdir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesi sonuçta savunma makamına bu yolda engelleri aşması ve soruşturmadaki rolünü oynaması için en efektif imkanı tanımaktadır. Aslında CMK 157'den ortaya çıkan prensiplere karşı CMK 153 müdafinin soruşturma safhasında en önemli savunma kaynağını oluşturmaktadır.

CMK 153 ise kendi içinde bu savunma kaynağına kısıtlamalar ön-

görmektedir. "Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi" ihtimaline karşı iddia makamının talebi üzerine sulh ceza hakiminin vereceği karar ile müdafinin dosyayı inceleme yetkisi kısıtlanabilmektedir. Bu noktada CMK 157 ile CMK 153'ü karşılıklı olarak incelediğimizde ortaya çıkan iki ibareden bahsetmek gerekecektir. Birincisi CMK 157'de yer alan "savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla" gizlilik ibaresi, ikincisi ise CMK 153'te yer alan "soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesine" karşılık kısıtlama ibaresidir. Buradaki iki soyut kavramın nasıl değerlendirileceği bizi araştırmamızın konusuna getirmektedir. Soruşturmanın gizliliği ve müdafinin dosyayı inceleme yetkisi konusunda bu iki sınır ne zaman geçilmektedir? Ya da daha doğru bir deyişle savunma hakkı, soruşturmanın gizliliği ve akıbeti uğruna hangi durumlarda feda edilebilmektedir? Hem Türk yargı sistemi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları paralelinde yapılacak inceleme sonucunda bu sorulara çok daha sağlıklı cevap verebilmemiz mümkün olacaktır. Dolayısıyla önce iddia makamı açısından, sonra savunma makamı açısından hassas noktalara değinilecek, Türk Mahkemeleri'nin ve Strasbourg Mahkemesi'nin uygulamalarına bakılacak ve buralardan elde edilecek sonuçlar doğrultusunda da müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırları net bir şekilde belirlenmiş olacaktır.

I) SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

A) İddia Makamı Açısından Soruşturmanın Gizliliği

Soruşturma süresince somut olaydaki maddi gerçeğe ulaşmak isteyen Cumhuriyet Savcısı bu kapsamda çeşitli yollara başvurmaktadır. Teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı atama ya da iletişimin dinlenmesi gibi tedbirler söz konusu iken şüphelinin bu tedbirlerden haberdar olması soruşturmanın sonuçsuz kalmasına yol açabilecektir[1]. Soruşturmanın gizli yürütülmesinden dolayı bu tedbirlerin müdafi veya şüpheli tarafından öğrenilmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Aksi halde delillerin karartılması ya da başka şüphelilerin bilgilendirilmesi üzerine farklı ifadeler vermeleri maddi gerçeğin ortaya

[1] Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. I, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 628.

çıkmasına engel teşkil edecektir. Dolayısıyla soruşturma süresince savcılık makamının yaptığı birçok işlem müdafinin dosyayı inceleme yetkisi aracılığıyla dahi öğrenilememektedir. Bu bağlamda soruşturma safhasını savcının yegane silahı olarak gören görüş[2] iddia kurumunun savunma hakları kapsamında zayıflatılmaması gerektiğini düşünmektedir. Aslında bu bakış açısı toplumun adalet beklentisinin karşılanamayacağı çekincesinden yola çıkmaktadır. Gizliliğin belirli işlemlerde devam etmesi ve savunma hakkının tam serbest bırakılmamasının nedeni "adaletin suçlular karşısında zayıf ve silahsız kalması" korkusu olarak da açıklanmaktadır[3].

Ancak hatırlatmak gerekir ki, CMK md. 157'de belirtilen gizlilik salt iddia makamının silahı olan bir soruşturma evresini öngörmemektedir. Madde hükmünde açıkça "savunma hakkına zarar vermemek" ibaresi yer almaktadır. Soruşturmanın gizliliği açısından iddia makamının her işlem açısından mutlak bir gizlilik kararı aldırma hakkı da bulunmamaktadır. Hatta dosya üzerinde gizlilik kararını sulh hakiminden talep edecek iddia makamının talebinde "soruşturmanın amacının neden tehlikede olduğunu" belirtmesi gerekmektedir. Bunun üzerine ancak savunma hakkının zedelenmeyeceğine hüküm getiren sulh ceza hakiminin kararı dosya üzerinde gizlilik sağlayabilmektedir. Uygulamada ise hakimlerin "savcı istedi" ya da "ayıp olmasın" gibi nedenlerle dosyalarda kısıtlama kararı verebildiği gözlemlenmektedir[4]. Bu ilişkinin temelini ve detaylı değerlendirmeyi zaten ayrı bir başlık altında yapacağız. O yüzden iddia makamıyla ilgili son bir değerlendirme yaparak konuyu bir de savunma makamı açısından değerlendirmeye devam edeceğiz.

Sonuçta, soruşturmanın gizliliği gerçekten de iddia makamının en önemli silahıdır. Örneğin organize suçlarda amacın tehlikeye düşeceğini sezen bir Cumhuriyet Savcısının ivedilikle gizlilik kararı aldırmasında yarar vardır[5]. Ancak bu talebin her somut olay açısından iddia makamı tarafından suiistimal edilmesi de kabul edilemez. Dolayısıyla

---

2 Fatih Selami Mahmutoğlu, Selman Dursun, Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 141.

3 Sinan Kocaoğlu, Müdafi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 172.

4 Kocaoğlu, a.g.e., s. 176

5 Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 801.

otomatikleşen bir yargı mekanizması içinde iddia makamının, talebini doğrudan onaylayacak sulh ceza hakimine göndermeden önce belirli koşullara uyması gerekmektedir. Zaten soruşturmada bütün aktif yetkiler kendisinde toplanan Cumhuriyet Savcısının savunma hakkı ile soruşturmanın amacını dengelemesi nihayetinde soruşturmanın gizliliği kavramına çok daha önemli vasıflar yükleyecektir.

B) Savunma Makamı Açısından Soruşturmanın Gizliliği

1) Genel Olarak

Soruşturmanın evresinin gizli ilerlemesi savunma süjeleri açısından en başta önemli kazanımlar sağlamıyor gibi gözükebilir. Ancak hem şüpheli hem de müdafi bu kurumdan dolayı farklı açılardan önemli yararlar sağlamaktadır.

Tabidir ki, bir soruşturmanın amacı doğrultusunda suç isnat edilen şüpheli hakkında delil toplanması ve gerektiğinde onun hakkında işlemler yapılması gerekmektedir. Uygulamada kişi hakkında hem lehte hem de aleyhte delil toplanması görevi savcılık makamına verilmiş olsa dahi, genelde kişinin aleyhinde toplanan delillerin soruşturma babında dosyalarda yer aldığını söylemek mümkün. Sonuçta soruşturma safhasının doğası gereği kişinin aleyhine bir süreç olacağı da açıktır. Ancak bu süreç sırasında kovuşturma safhasına nazaran çoğu işlem gizlilik esasına tabi tutulmaktadır. Bu gizlilik sayesinde maddi gerçeğe ulaşmanın yanı sıra şüphelinin masumiyet karinesi altında suçlu olarak ifşa edilmesinin de engellenmesi söz konusudur. Şüpheli hakkındaki iletişim kayıtlarının sonuçları ya da teknik takip fotoğrafları savcılık tarafından kamuyla paylaşıldığı takdirde, kişinin yok yere suçlu damgası yeme ihtimali ortaya çıkacaktır. İşte bu noktada soruşturmanın gizliliği, masumiyet karinesinin pratikte en önemli yansımasını oluşturmaktadır.

Savunma hakkının en önemli erki olan müdafinin soruşturmanın gizliliği kurumu karşısındaki yeri konumuz açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Masumiyet karinesinden dolayı şüphelinin faydalandığı hususlar doğal olarak onun vekilinin savunması açısından da kolaylık sağlamaktadır. Yine soruşturmanın gizli yürütülmesinden dolayı ortaya çıkacak bir maddi gerçeğin aslında masum bir müvekkilin

lehinde hükümler doğuracağını söylemek de mümkün. Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu yargılama safhasının, doğası gereği savunma hakkının karşısında yer aldığı da bir gerçektir. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi sonucunda çoğu zaman dosyada yer alan şüpheliler bu durumdan fayda sağlamakta ve savunmasını açık vermeden yapabilme imkanına kavuşmaktadır. Bu adaletsizliğin müdafinin mesleki konumu gereği lehine hükümler doğuracağı da açıktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, savunma makamının Türk yargı sisteminde nasıl algılandığını ileriki bölümlerde özel olarak inceleyeceğiz. Ancak bu bölümde sadece müdafinin soruşturmanın gizliliği noktasındaki konumu ve kanuni hakları incelenecektir. Soruşturmanın gizliliği karşısında dosyayı inceleme yetkisi müdafinin en temel savunma hakkını oluşturacaktır. Bu hakkın hem şüphelinin savunma hakkı hem de müdafinin mesleki durumu açısından çeşitli sonuçları bulunmaktadır.

Dosyayı inceleme yetkisini savunma hakkı temelinde incelemeden önce müdafi açısından pek değinilmeyen mesleki bir sorundan bahsedilecektir. Soruşturma safhasının gereği olarak müdafi, savcının maddi gerçeğe ulaşma adına gizli tuttuğu işlemleri inceleyememektedir. Müdafi müvekkilinin hangi suç isnadına maruz kaldığını, hangi delillerle suçlandığını öğrenmek istemektedir. Dosyayı öğrenme isteği müdafi açısından mutlaka müvekkili temsil etme arzusundan ya da müvekkilin cezalandırılmasını engelleme düşüncesinden kaynaklanmamaktadır. Çoğu müdafi soruşturma safhasında olan bir şüphelinin savunmasını üstlenip üstlenmeyeceğine dosya üzerinden karar vermektedir. Soruşturmanın gizli yürütülmesi ve belirli delillerin, maddi olayların müdafiden gizlenmesi şüphelinin vekaletini alıp almama konusunda müdafiyi çaresiz bırakmaktadır[6]. Sonuç olarak, müdafinin soruşturmanın gizli yürütülmesinden dolayı mesleki bir problemle karşı karşıya kaldığı söylenebilir. CMK 153 kapsamında düzenlenen dosyayı inceleme yetkisi bir anlamda bu problemin çözümüne de ışık tutmaktadır. Ancak dosyayı inceleme yetkisi tabi ki mesleki problemlerin çözümünden çok daha önemli konuları temel almaktadır. Bunların en başında da "savunma hakkı" gelmektedir.

6 Kocaoğlu, a.g.e., s. 173.

2) CMK 153 ve Müdafinin Dosyayı İnceleme yetkisi

Savunma hakkının hayat bulduğu en önemli hukuki kurum müdafilik kurumudur. Müdafinin hukuk bilgisi ve kanuni hakları şüphelinin soruşturma kapsamında gerekli şekilde temsil edilmesini sağlamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinde öngörülen "müdafinin dosyayı inceleme yetkisi" bu bağlamda en değerli hukuki araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yetki sayesinde müdafi müvekkilinin ne ile suçlandığını, neden suçlandığını öğrenebilmekte ve bu yolla savunma hakkına hayat verebilmektedir. Şüpheliye isnat edilen eylemleri ve maddi olayları içeren dosya incelenemediği müddetçe savunma yapılabilmesi olanağı bulunmamaktadır[7]. Bu kadar önemli bir savunma mekanizmasının ise Türk Ceza Muhakemesi'ne nispeten yeni yerleşmiş olduğunu kabul edilebiliriz. 1992 yılında CMK'yı değiştiren 3842 sayılı Kanun ile müdafinin dosyayı inceleyebilmesi kural haline getirilmiş ve gerekli savunmanın hazırlanabilmesi bakımından son derece önemli bir adım atılmıştır[8]. Dosyayı inceleme yetkisi günümüze kadar savunma hakkı bağlamında genişletilmiş ve bu günkü halini almıştır. Bu bölümde de maddenin detaylı bir incelemesi yapılacak, teori ve pratikteki sorunlar irdelenecektir.

Maddenin ilk fıkrası açıkça müdafinin soruşturma evresi süresince dosyayı inceleyebileceğini ve her istediği belgenin örneğini alabileceğini düzenlemektedir. Bu yetki kural olarak kabul edilmiştir ancak maddenin ikinci fıkrasında da görüleceği üzere bu yetki karşısında bir "kısıtlama hükmü" bulunmaktadır. Gerçekten de Cumhuriyet Savcısı, müdafinin belli dosyaları incelemesi ve bu dosyalardan belge alması üzerine soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği kanısına varırsa sulh ceza hakiminden kısıtlama kararı almasını talep edebilmektedir. Doktrinde kısıtlama kararı mekanizmasının belli soruşturmaların amacı açısından elzem olduğu kabul edilmektedir. Özbek'e göre belirli hallerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alınmasına kısıtlama getirilmesi makul kabul edilmelidir. Zira soruşturma evresi gizlilik kuralı üzerine kurulmuştur. Gizliliğin tamamen ortadan kalkması sonucunda şüphelinin kaçması, delillerin yok edilmesi ve en nihayetinde

7 Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.144.

8 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.711.

muhakemenin tümüyle yapılamaz hale gelmesine sebebiyet verilecektir[9]. Bu konu bağlamında kısıtlama kararının her maddi olayda savunma hakkını ihlal edeceğini söylemek mümkün değildir. Bu yönde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de verdiği kararlar mevcuttur. Bu kararlar detaylı olarak "AİHM Kararlarında Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi" bölümünde incelenecektir. Şu an için maddenin detaylı incelenmesine devam edilecektir.

Maddenin 3. fıkrası yukarıda bahsi geçen kısıtlama kararı bulunsa dahi engellenemeyecek dosya içeriklerinden bahsetmektedir. İfade tutanakları, bilirkişi raporları ve kişinin hazır bulunduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilememektedir. 3. fıkrada bahsi geçen belgelere müdafi soruşturma evresinde her zaman erişebilmektedir. Burada uygulamada ortaya çıkan ilginç bir noktaya değinmek gerekecektir. Yeni CMK neredeyse tüm ceza muhakemesi işlemlerinde, delil toplama safhasının birçok noktasında müdafinin hazır bulunmasını kabul etmiştir. Örneğin bir keşifte hazır bulunan müdafinin bizzat delillerin toplanması sırasında gözleriyle şahit olduğu işlemleri daha sonra dosyada incelemesinin yasak olması mantığa sığmamaktadır[10]. 3. fıkrada mutlak belgeler ve işlemlerin tahdidi olarak sayılmasında bu kadar dar düşünülmesinin uygulamada enteresan sonuçlara vesile olduğunu söyleyebiliriz. Şunu da ekleyelim; geçen senelerde Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde bu mutlak belgelere dahi yasaklamalar getirilmiştir. Bu konudaki detaylı incelemeyi aşağıda ayrı bir başlıkta yapacağız.

Bu noktada dosyayı inceleme yetkisinin zamansal olarak hangi aralığa denk geleceğini ve bu noktada tartışılan bir problemi inceleyeceğiz. Soruşturma safhasında verilecek gizlilik kararının dahi hükümsüz kalacağı bir nokta belirlenmiş bulunmaktadır. 2005 yılında 5353 sayılı yasayla 4. fıkrada yapılan değişiklikle müdafinin "iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren" dosya içeriğini ve "muhafaza altına alınmış delilleri" inceleyebilmesi öngörülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi bu iznin ancak "iddianamenin kabulüyle cereyan etmesi", ikincisi de "muhafaza altına alınmış deliller" ibaresiyle savunmaya belli sınır-

9 Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 229.

10 Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 351

lar getirilmeye çalışılmasıdır. İddianamenin iadesinin öngörüldüğü bir sistemde dosyanın incelenmesi üzerine savunma makamı tarafından iade sebeplerinin varlığı ileri sürülebilmelidir. Ancak müdafi bu durumda dosyayı dahi bilmediğinden iddianamenin sunulması ve kabulü arasında savunma adına hiçbir rol oynayamamaktadır. 5353 sayılı değişiklik savunmayı zayıflatıcı nitelik taşımaktadır ve müdafi kurumunu bu süreçte yok saymaktadır[11]. Bu yasa ile eski metne nazaran dosyanın incelenmesi geciktirilmiş ve delillerden yoksun kalan müdafinin itiraz hakkı pratik olarak engellemiştir[12]. Bu hüküm açısından incelenmesi gereken ikinci bir nokta ise "muhafaza altına alınmış deliller" ibaresidir. CMK 153'ün 4. fıkrasında yer alan bu niteleme sayesinde belli delillerin müdafi tarafından incelenmesi iddianamenin kabulünden sonra dahi keyfi olarak ertelenebilmektedir. Bu noktada tüm delillerin değil sadece savcılık veya kolluk tarafından muhafaza edilmiş delillerin incelenebileceği şeklinde bir yorum kabul edilemez. Zira savcılık veya emrindeki kolluk topladığı delilleri muhafaza altına almak zorundadır. Bunları kendisine saklayamaz[13]. Kovuşturma safhasında savunma makamını çaresiz kılma gayesi adına alınacak bu tür önlemler adil yargılanma hakkını doğrudan ihlal edecektir.

Maddenin 5. fıkrası ise maddenin öngördüğü bütün haklardan suçtan zarar gören müdafinin de yararlanabileceğine ilişkindir. Yani hüküm bir anlamda sadece savunma makamını değil, muhakemedeki tüm müdafileri kapsamaktadır.

Son olarak bu maddenin savunma makamı açısından ortaya koyduğu tablonun genel bir değerlendirmesini yapmak gerekecektir. Soruşturmanın içeriğini öğrenerek savunma hazırlama görevini ifa etmek isteyen müdafi bu görevi gerektiği gibi yerine getirebilmek için sanık hakkındaki suçlamayı, leh ve aleyhteki tüm delilleri bilmesi gerekir. Yazılılık ve gizlilik ilkelerinin hakim olduğu soruşturma safhasında müdafinin en önemli hukuki aracı dosyayı inceleme yetkisidir[14]. 153. maddenin ilk fıkrası dosyanın soruşturma safhasında incelenmesini kural olarak belirlemekle birlikte, ikinci fıkrasında yer alan kısıtlama prosedürü savunma makamını zaman zaman çaresiz bırakabilmekte-

11 Yurtcan, a.g.e., s.438.
12 Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 259.
13 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.351.
14 Centel, a.g.e., s. 111.

dir. İkinci fıkra hükmünden bu şekilde bahsederken bir yanlış anlaşılma ihtimalini de ortadan kaldırmak gerekir. Sonuçta yerinde alınacak bir gizlilik kararı sonrasında çoğu soruşturma safhası daha etkili bir biçimde yürümekte, adli düzen sonunda maddi gerçeklere daha kolay ulaşılmaktadır. Sanığın kovuşturma safhasında işlediği suç bu safhada toplanan deliller sayesinde ortaya çıkarılmakta, verilecek ceza ile de toplumdaki adalet duygusunu korumaktadır. Ancak bu araştırma çerçevesinde ortaya çıkan, kişilerin kutsal savunma hakkını zedeleyen unsurları göz ardı etmek mümkün değildir. CMK 157'de öngörülmüş savunma hakkına zarar vermeme koşulu, CMK 153/2'de yer alan soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi ihtimaline çoğu zaman kurban edilmektedir. Türk Yargısının, ülkemizin müdafilik kurumuna genel bakış açısından da kaynaklanan anlayış ile beraber, savunma hakkını pek çok olayda ikinci planda tuttuğu kabul edilmelidir. Sürekli soruşturmanın selametini düşünen adli mercilerin ülkedeki uygulamada ne noktada olduğunu bu bölümde daha detaylı inceleyeceğiz.

II) TÜRK YARGISI VE SAVUNMA HAKKI

A) Kolluk-Savcı-Hakim İlişkisi

Daha önce "iddia makamı açısından soruşturmanın gizliliği" bölümünde belirttiğimiz üzere sulh ceza hakimleri 153/2 üzerinden kendilerine ulaşan gizlilik taleplerinde, savunma açısından bir değerlendirme yapmadan, savcılık lehine karar verme eğilimindedir. Bu talepler açısından tekdüzeleşmiş yargı sistemine ek olarak benzer bir sorun kolluk nezdinde de yaşanmaktadır. Kolluk genelde uygulamada müdafinin dosyayı incelemesine veya dosyadan örnek almasına savcılıktan gelecek emre kadar izin vermemektedir. Hatta bazen hiç böyle bir savcılık emri olmamasına rağmen "ne olur ne olmaz kendimi güvene alayım" mantığıyla sorumluluktan kurtulmaya çalışılmaktadır[15]. Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi ancak sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilecek iken kolluk amirlerinin kendilerine bu hakkı devretmeleri kabul edilemez bir durumdur. Bu anlayışı sadece kendini güvene alma korkusu ile de açıklamak mümkün değildir, çünkü bu tür gayrimeşru kısıtlamaları mevzuatı çok iyi bilen savcılık makamının da emrettiği görülmektedir. Cumhuriyet Savcısının kesinlikle böy-

15 Kocaoğlu, a.g.e., s. 173.

le bir talimat yetkisi bulunmamaktadır. İleride "Danıştay Kararları" bölümünde de inceleyeceğimiz üzere "Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir" şeklindeki düzenleme Danıştay tarafından savunma hakkının ihlali olarak algılanmaktadır. Aynı şekilde böyle bir karar bulunmaksızın kolluğun kendisinde bulunan dosya için çeşitli engeller çıkarması ya da savcılık emrini beklemesi hukuka aykırı kabul edilmektedir[16].

Sonuç olarak adli mercilerin kendi içinde bu şekilde dayanışması çeşitli alanlarda savunmaya hukuka aykırı olarak büyük zarar vermektedir. Burada can alıcı nokta ise bahsi geçen dayanışmanın müdafilik kurumuna karşı genel bir algıdan kaynaklanmasıdır. Savunma hakkı adına yargılamada söz sahibi olmak isteyen müdafi özellikle belirli suçlarda şüpheliyle bir tutulmaktadır. Silahların eşitliğinin pratikte iddia makamı lehine bozulması adına özel kanunlar dahi çıkarılmaktadır. Bu bağlamda Terörle Mücadele Kanunu'nun yürürlükten yeni kaldırılmış olan bir maddesini ayrıca inceleyeceğiz, ama önce dosya inceleme yetkisi bağlamında savcı ve müdafi algısına genel bir giriş yapmamız gerekecektir.

B) İnceleme Yetkisi Bağlamında Savcı ve Müdafi Algısı

1) Genel Olarak

Savcılık makamının işlemlerinde devlet ve toplum adına hareket ettiği bir gerçektir. Buna karşılık müdafilik salt bireysel menfaat için görevini yerine getirmektedir. Dosyayı inceleme yetkisinin kullanılması sonucunda iki taraf da belli bilgilere ulaşmaktadır. Şüphelinin suç isnadı açısından konumunun, delil durumunun öğrenilmesi tarafların görevini farklı yönlerde etkileyebilir. Ancak ikisinin de görevi aslında mesleki etik sınırlar çerçevesinde hukuki tetkikten ibarettir. Erem, bu açıdan bakıldığında müdafi için sadece bazı evrakı tetkik yetkisini veren, diğerlerinin görülmesini takdire bırakan bir kanun hükmünü hatalı bulmaktadır. Bu bağlamdaki hukuk felsefesini diyalektik felsefeye dayandırmaktadır. Evrakı her zaman tetkik edebilecek bir iddia makamına karşı sınırlı bir müdafaanın anlaşılmaz olduğunu söyleyen Erem, esasen "diyalektik münasebetine" savcı ile birlikte giren müda-

16 Kocaoğlu, a.g.e., s. 174.

finin onun kadar hem hukuk hem ahlak yönünden sırla bağlı olduğunu belirtmektedir[17].

Adalet sisteminin hakim ve savcı gibi yapısal bir unsurunu oluşturan müdafi en nihayetinde yine gizlilik ilkesine sadık kalacak ve bunun sonucunda dosya içeriğini ancak kanuna göre savunma işlevini yerine getirirken kullanacaktır[18]. Bununla birlikte müdafinin davayla ilgili olarak dosyadan öğrendiği her bilgiyi, örneğin suç ortağını, gizli kolluk raporlarını savunma amacının dışına taşmayacak şekilde sanığa aktarması mümkün olmalıdır[19]. Ancak tam bu noktada iddia makamı ve kolluğun haksız yetki kısıtlamaları ile karşı karşıya kalınmaktadır. Haksız yetki kısıtlamalarının, kolluk-savcılık uygulamalarının temelinde aslında CMK maddesinin lafzı ya da hazırlanış biçimi de yatmamaktadır. Sorun hükmün uygulanması sırasında yaşanan karşılıklı güvensizlik esasından kaynaklanmaktadır. Hakkaniyetli bir adalet sisteminin parçası olan müdafi, ülkemizde iddia makamı ve kolluk tarafından müvekkilini kurtarmak için her türlü yola başvurabilecek bir problem unsuru olarak algılanmaktadır. Ancak adli yargı sistemi içinde mesleki dayanışmanın ve güvenin asıl bu konuda tecelli etmesi gerekmektedir.

Karşılıklı olarak Alman Ceza Usul Kanunu incelendiğinde ise oradaki uygulamada çok farklı yaklaşımların yerleşmiş olduğu görülecektir. Alman Hukuku'nda soruşturma safhasında dosyayı incelemeye gelen müdafinin delilleri gerekli şekilde inceleyebilmesi için çeşitli hükümler öngörülmekte ve kolluğa da bu yönde önemli görevler yüklenmektedir. Delil bir film, fotoğraf ya da ses kaydı olduğu takdirde müdafinin bizzat soruşturma dosyasının bulunduğu yerde teknik açıdan bu delillere ulaşamaması durumunda kendisinin göndereceği boş dijital diske kopyasının yapılması ve kendisine gönderilmesi mümkün olmaktadır. Daha da önemlisi müdafi dosyayı bizzat incelemeye geldiğinde, soruşturma açısından önemli bir sebep olmadığı takdirde, dosyadaki delilleri kendi ofisine dahi götürebilme şansına sahiptir[20].

---

17 Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. bs., Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 182.

18 Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s. 627.

19 Centel, a.g.e., s. 115.

20 Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar, Ed. Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Igor, C. IV, 26.bs, Berlin, Degruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2007, s. 1030.

Alman Ceza Usul Kanunu'nun 147. maddesinde "savunma" başlığı altında yer alan bu uygulamalara yer vermemin sebebi ülkemizin savunmaya karşı duyduğu korkuya nazaran farklı uygulamaların da olduğunu göstermektir. Almanya'da müdafiler delilleri ofislerine götürdükten sonra kopyasını çıkartma, fotoğraf çekme imkanına sahip iken[21] ülkemizde geçen yıllarda Terörle Mücadele Kanunu aracılığıyla müdafinin CMK 153/3'te yer alan mutlak delillerden bile mahrum bırakıldığı görülmekteydi. Bu bağlamda Terörle Mücadele Kanunu'nun yürülükten kaldırılmış 10. maddesinin arkasındaki anlayışa kısaca değinmek gerekecektir. Bu yılın Temmuz ayında yapılan değişiklikle uygulamadan nihayet kalkan maddenin (d) bendi, ülkemiz nezdinde çözmeye çalıştığımız "müdafi algısına" önemli bir boyut kazandıracaktır.

2) Terörle Mücadele Kanunu'nun 6352 Sayılı Kanun ile Yürürlükten Kaldırılan 10. Maddesi'nin (d) Bendi

"Soruşturma ve Kovuşturma Usulü" başlıklı 10. maddede yapılan değişiklikle beraber (d) bendinde yer alan özel kısıtlama hükmü Temmuz ayı itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak yıllarca CMK hükümlerini yok sayan TMK hükümleri sayesinde müdafiiler dosyadaki ifade tutanaklarını ve bilirkişi raporlarını dahi inceleyememiştir. Terör suçlarında özel olarak böyle bir hüküm getirilmesinin ardındaki amaç sorgulandığında, savunma makamına karşı algının net bir şekilde ortaya çıkması sağlanacaktır. Gerçekten de CMK 153/3'te hiçbir zaman kısıtlanamayacak işlemler bu madde hükmü sayesinde hem şüpheliden hem müdafiiden uygulamada yüzlerce savunmada mahrum bırakılmıştır. Aslında ne şüphelinin ifade tutanakları kendisine sır niteliğindedir ne de tarafsız ve objektif bir bilirkişi raporu savunmaya sır niteliğinde kalmalıdır. Burada korunan hukuki değeri anlamak mümkün değildir. Kocaoğlu'na göre amaç teröre karşı duyulan antipati ile birlikte müdafilik kurumunu el altından yıpratmaktır. Zira bu düzenlemenin ne kolluğa, ne savcıya, ne de kamu güvenliğine bir faydası bulunmamaktadır. Var olan durum toplumsal savunma makamına karşı yasakoyucunun gizliden gizliye var olan güvensizliğini dolaylı olarak ortaya koymasıdır[22]. Müdafilerin yıllar içinde toplu tu-

21 A.e., s. 1031.
22 Kocaoğlu, a.g.e., dn. 9, s. 172.

tuklamalara tabi tutulması ve bu gibi maddelerle yıpratılmasının ardında savunma kurumuna karşı genel algının önemli rol oynadığını söylemek mümkündür.

Tabi ki her meslekte olduğu gibi bu meslek mensuplarının da içinde kötüniyetli kişiler barınabilir. Ancak bu madde hükmünün genel olarak tüm savunma makamına karşı verdiği mesaj totaliter devlet düzenlerini hatırlatır niteliktedir. Neyse ki bu hatadan yıllar sonra geç de olsa dönen yasakoyucu, Temmuz ayında 6352 sayılı yasayı çıkararak bahsi geçen hükmü sonunda yürürlükten kaldırmıştır. Ancak bu hüküm sayesinde geçtiğimiz yıllarda yaşanan silahların eşitliğine aykırı kısıtlamalar ile de gereken mesaj savunma müdafilerine verilmiştir.

C) Danıştay Kararları

Bu bölümde müdafinin dosyayı inceleme yetkisini kısıtlamaya yönelik bir yönetmelik düzenlemesinin Danıştay kararlarına nasıl yansıdığını inceleyeceğiz. Burada uzun yıllar doktrinin de tartıştığı ve savunma açısından kabul edilemez bulduğu bir yönetmelik söz konusudur[23]. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir" ibaresinin iptali talep edilmiştir. Bunun üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 15 Aralık 2005 tarihli kararında bu düzenleme bakımından detaylı bir inceleme yapmış bulunmaktadır[24]. Genel Kurul'un yürütmenin durdurulmasına hükmettiği bu karar sonrasında aynı düzenleme kapsamında Danıştay 10. Dairesi'nin 22 Mayıs 2008 tarihli bir iptal kararı yer almaktadır[25]. İki kararın da önemli bir kısmı CMK 153'e ayırılmış, müdafinin hakları ile soruşturma makamının gizlilik talep etme sınırları anlatılmıştır. Bu hususta yukarıdaki açıklamalarımızı tekrar etmenin bir anlamı yoktur. O yüzden sadece kararın can alıcı noktalarına değinmekle yetineceğiz. Soruşturmanın amacı ile silahların eşitliği doğrultusunda savunma hakkından bahseden Danıştay, CMK 153/2'yi hatırlatarak kısıtlama kararının soruşturmanın

---

23 Özbek, a.g.e., s. 229.

24 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2055/762, 15.12.2005, (çevrimiçi) http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, 5.12.2012.

25 Danıştay 10. Dairesi, E. 2005/5845, K. 2008/3450, 22.05.2008, (çevrimiçi) http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, 5.12.2012.

amacının tehlikeye düşmesi halinde ancak hakim kararı ile verilebileceğini belirtmektedir. CMK 157'ye de atıfta bulunan Danıştay, soruşturmanın gizliliğinin savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla devam etmesi gerektiğini eklemiştir. Bahsi geçen CMK hükümleri karşılıklı incelendikten sonra iki kararda da şu ibareye rastlanılmaktadır: "Kanun koyucunun bu düzenleme ile savunma hakkının gecikmeksizin kullanılmasını sağlamayı ve bu hakkın kullanımını kolaylaştırmayı amaçladığı tartışılmazdır". İncelenen yönetmelik düzenlemesinin hangi gerekçeyle ve kamu menfaati ile ihdas edildiğini anlamak mümkün değildir. Daha önce özel olarak ayrı bir bölümde de incelemiştik; kolluk-savcı ilişkisinin gerekçesinde savunma hakkına karşı yaklaşım önemli rol oynamaktadır. CMK hükmüne tamamen ters bu yönetmelikle de yerleşmiş yaklaşım tekrar gün yüzüne çıkmaktadır. Bu bağlamda yönetmeliğin iptaline karar veren Danıştay, kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Kanunun amir hükmü uyarınca hiçbir şekilde incelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranmasının, Kanunda yer almayan yeni bir usul ihdas etmek suretiyle savunma hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına geleceği ve bu uygulamanın da Kanunun genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır". Sonuç olarak, Danıştay incelediğimiz kararlarda da görüleceği üzere iddia makamı lehine silahların eşitliğinin temelden bozulmasına izin vermeyen bir içtihat geliştirmiştir. Türk Yargısının içtihadına ek olarak gelecek bölümde ise dosya inceleme yetkisi bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı ele alınacaktır.

III) AİHM VE SAVUNMA HAKKI

A) AİHS ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi

Savunma hakkının korunması adına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düzenlediği en önemli madde "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesidir. Maddenin birinci fıkrası adil yargılamanın gereklerini genel bir çerçevede belirtmekte iken, maddenin devam eden hükümleri sanığın haklarını özel olarak düzenlemektedir. Konumuz "dosya inceleme yetkisi" bağlamında ise sözleşmede doğrudan bir hüküm düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada, sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bentler incelediğimiz yetki açısından önemli dayanak noktaları sağlamaktadır.

Sanığın haklarının silahların eşitliği ilkesi adına güçlendirildiği bu fıkranın özellikle (a) ve (b) bendi uygulamada dosya inceleme yetkisini dolaylı olarak koruma altına almaktadır. Sözleşmenin 6/3(a) maddesinde kişinin kendisine yöneltilen suçlamanın nedeninden ve niteliğinden haberdar olması gerektiği düzenlenmiş iken, (b) bendinde de savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylığın sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Gerçekten de 6/3(b) bendinden dolayı kişilerin savunmasını hazırlama görevini üstlenen müdafinin bu görevin doğal bir sonucu olarak dosyayı inceleme yetkisinin kabulü gerekmektedir[26]. Yine sözleşmenin (a) bendinde yer alan "yöneltilen suçlamanın nedenin haberdar olma" hakkından dolayı müdafinin dosyadaki suç isnadını, delilleri incelemeye yetkilendirildiğini söyleyebiliriz.

Mahkemenin bu hakkın da her temel hak ve özgürlükte olduğu gibi kısıtlanabileceğine dair kararları bulunmaktadır. Yani müdafinin dosyayı inceleme yetkisi yerel kanunlarca engellenebilir ve meşru bir düzenle zaman dilimi içinde gizlilik kararı dosya üzerinden kaldırılmayabilir. Ancak mahkemenin her dava açısından dosyanın maddi durumuna ve kişilerin iddia makamıyla karşılaştırıldığında adil bir yargılamaya tabi tutulup tutulmadığına dikkat ettiğini de ekleyelim. Gelecek bölümde, mahkemenin bu hususta önemli değerlendirmelerinin yer aldığı dikkat çekici birkaç karar inceleyeceğiz.

B) AİHM Kararları

Dosya inceleme yetkisi bağlamında inceleyeceğimiz ilk karar herkesin çok yakından takip ettiği Öcalan v. Turkey[27] kararı olacaktır. Kararda bizim konumuz açısından dikkat çeken nokta silahların eşitliği bağlamında iddia ve savunma makamının karşılıklı olarak davaya katılma hakkının incelendiği 166. paragraf olacaktır. Metinde, sanık Öcalan'a iddia makamının sahip olduğu dosya bilgilerinden ve delil durumundan aynı şekilde haberdar olma imkanı sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu yolda yerel hukukun her yöne başvurabileceğini belirtilmekle birlikte, gerekli durumlarda dosya üzerinde kısıtlama kararı bile verilebileceği kabul edilmektedir. Ancak hangi yöntem seçilirse seçilsin kişinin savunma yapabilmesi adına gerçekçi bir imkanın

---

26 Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, s. 144.

27 AİHM, Öcalan v. Turkey, No. 46221/99, 12.3.2003, (çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int, 5.12.2012.

sağlanması gerektiğinden bahsedilmektedir. Mahkeme 17.000 sayfalık bir dava dosyasının gizlenmesinin ve müdafilere yargılama safhasından sadece 2 hafta önce verilmesinin savunma hakkını imkansızlaştırdığını, bu durumun da sözleşmenin 6. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin silahların eşitliği adına bu yönde verdiği önemli bir kararı daha incelemek gerekecektir. *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*[28] kararında, mahkeme, tarafların gerçekten meşru bir savunma yapabilecek imkana sahip olmasına, iddia makamına göre savunma makamını dezavantaja sokacak düzenlemelerin yerel mevzuatta yer almaması gerektiğine hükmetmiştir.

Gorny v. Poland[29] davasında ise kamu menfaati adına verilen gizlilik kararlarının meşruiyeti tartışılmaktadır. Karar metninin 40. paragrafında, mahkeme, kamu yararına devletlerin belli dosyalara gizlilik sağlayabileceğini ve sanığın kendisinin veya müdafinin bu dosyalara erişemeyebileceğine hükmetmektedir. Yani belli dosyalarda gizlilik kararı alınabilecektir. Ancak mahkeme bu tip gizlilik kararlarının ancak istisnai durumlarda kullanılabileceğinin ve istisnanın kural haline gelmemesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bir sonraki paragrafta ise bu gizlilik halinden dolayı savunmanın önemli derecede zedelendiği, gizlilik kararının meşru bir neden bulunmadan verilerek silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığı belirtilmiştir.

Son olarak, mahkemenin müdafinin dosya inceleme yetkisini sözleşmenin 5. maddesi çerçevesinde incelediği bir davaya göz atacağız. Sözleşmenin 6. maddesi "adil yargılanma hakkını" düzenlemekte iken, 5. maddesi "özgürlük ve güvenlik hakkı" bağlamında tutuklu sanıkların haklarını düzenlemektedir. Bu maddenin 4. fıkrası müdafinin dosyayı inceleme yetkisini şüphelinin hakları dolayısıyla mümkün kılmaktadır. Madde metni, özgürlüğünden mahrum bırakılmış herkesin, tutukluluk veya gözaltı halinin meşruiyetini ortaya çıkaracak müzakerelere katılabileceğini belirtilmektedir. *Dochnal v. Poland*[30] davasında müdafinin dosyayı inceleyip gizli dokümanlara ulaşmasının soruşturma safhasında müvekkilin tutukluluğuna itiraz edebilmesi

28 AİHM, Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, No. 14448/88, 27.10.1993, (çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int, 5.12.2012.

29 AİHM, Gorny v. Poland, No. 50399/07, 8.6.2010, (çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int, 5.12.2012.

30 AİHM, Dochnal v. Poland, No. 31622/07, 18.09.2012, (çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int, 5.12.2012.

için zorunluluk kabul etmektedir. Mahkeme hem şüphelinin hem de müdafisinin uzun zaman dosyadaki hiçbir belgeyi inceleyememesini ve soruşturma safhasında efektif bir savunma hazırlanamamasını doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddenin 4. fıkrasına aykırı bulmuştur. Sonuç olarak bu kararla beraber, salt 6. maddedeki "adil yargılanma hakkının" yanı sıra tutuklunun haklarının yer aldığı 5. maddenin de konumuza uygulanabileceğini görmüş olduk.

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi bağlamında önce iddia makamı, sonra savunma makamı açısından soruşturmanın gizliliğini incelemiştik. Türk Yargısının ve Strasbourg mahkemesinin uygulamalarını da incelediğimize göre artık kısa bir değerlendirme ile araştırmayı sonlandırabiliriz.

SONUÇ

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi Ceza Muhakemesi Hukuku'nda özel olarak düzenlenmiştir. CMK 153'ün gerekçesinde savunma hakkının kuvvetlendirilmesi ve silahların eşitliğinin korunması temel alınmıştır. Gerekçede madde hükmünün konusu müdafinin "bilgilere ulaşmasıdır". Bu sonuca ulaşılması adına hükmün ikinci fıkrasında kısıtlama adına "soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi" ve "sulh ceza hakiminin kararı" gibi önemli koşullar getirilmiştir. Ancak uygulamada ve genel algıda hala soruşturmayı salt savıcının silahı olarak gören görüş hüküm sürmektedir. Bu görüşe göre, müdafinin soruşturma safhasında tüm dosyayı incelemesi iddia edildiği gibi silahların eşitlenmesi değil, eşitliğin savcı aleyhine bozulması anlamına gelmektedir[31]. Kolluğun hakim kararı dahi olmadan savcılıktan emir alması ya da kendi kendine belli işlemleri savcılık adına ertelemesi uygulamada sıkça görülmektedir. İkinci fıkra çerçevesinde karar alınmış olduğu durumlarda dahi şeklen hukuka uygun gözüken gizliliğin savunma hakkını yok yere bertaraf ettiği durumlar bulunmaktadır.

Aslında CMK 153'ün ve CMK 157'nin içerdiği soyut kavramların değerlendirilmesi noktasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Daha öncede söylediğimiz üzere soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi karşısında savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla ilerleyecek gizlilikten hangisinin ağır basacağına karar verilirken daha dikkatli

31 Mahmutoğlu/Dursun, a.g.e., s. 141.

olunmak zorundadır. Cumhuriyet Savcısının gerçekten soruşturmanın selametinin tehlikede olduğunu şüpheye yer vermeyecek şekilde bilgi ve belgeler ile ortaya koyması gerekmektedir. Sulh ceza hakimi de savunma hakkına nazaran bu tehlikenin daha ağır bastığına kanaat getirdikten sonra ancak kısıtlama kararı vermelidir ve kararın gerekçesini açıkça yazmalıdır[32]. *Gorny v. Poland* davasında da söylendiği gibi "istisna kural haline getirilmemelidir"[33].

Sonuçta, müdafinin dosyayı inceleme yetkisi savunma makamının silahı, soruşturmanın gizliliği de iddia makamının en önemli silahıdır. Her maddi olay açısından silahların eşitliği mutlaka bir tarafın lehine bozulacaktır. Ancak iki taraf da muhakeme silahlarını hukukun üstünlüğü doğrultusunda kullandığı sürece, ortaya karşılıklı güven esasına dayalı hakkaniyetli bir adalet sistemi çıkacaktır.

KAYNAKLAR

Nur Başar Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.

Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Basım, 2009.

Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. bs., Ankara, Işın Yayıncılık, 1986.

Sinan Kocaoğlu, Müdafi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar, Ed. Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Igor, C. IV, 26.bs, Berlin, De Gruyter Iechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2007.

Fatih Selami Mahmutoğlu, Selman Dursun, Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu,Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008.

Kubilay Taşdemir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. I Ramazan Özkepir:, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

Erdener Yurtcan, CMK Şerhi, 5. bs., İstanbul, Beta Basım, 2008.

---

32 Kocaoğlu, a.g.e., s. 176.

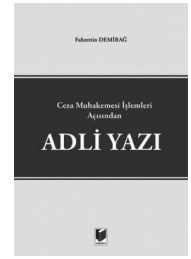
33 AİHM, Gorny v. Poland, No. 50399/07, 8.6.2010, para 40, (çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int, 5.12.2012.

ADLİ YAZI

Fahrettin Demirağ

Adalet Yayınevi

Ankara 2013



Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, Emekli Tuğgeneral, önceki Askeri Yargıtay Başkanı Fahrettin Demirağ, " *Legal Writting İn Criminal And Law Procedure"* adlı ders notlarını esas alarak *"Ceza Muhakemesi İşlemleri Açısından Adli Yazı"* kitabını hazırlamıştır. Kitap yazarın da özellikle vurguladığı gibi Ceza Muhakemesi Hukuku kitabı değildir. Öğrencilere ve bazı durumlarda tereddüt eden uygulayıcılara yardımcı olmak üzere genel olarak yazı yazma ile anlatım biçimlerinin anlatılmasından sonra genel dilekçeler ve adli makamların yaptığı işlemlerle ilgili tutanak, karar ve yazışmalar üzerinde durulmuş, kitap örneklerle donatılmıştır.

Kitap girişten sonra üç kısım ve üçüncü kısım da dört bölüm şeklinde düzenlenmiştir. Giriş'te "Adli Yazıda Temel İlkeler"," Yazının Geçeceği Aşamalar"," Kontrol İçin Test" alt başlıkları incelenmiştir. Birinci Kısım, "Dilekçeler" başlığını taşımaktadır. Dört alt başlık altında düzenlenmişti: "Tanımı", "Dilekçenin Yazma Özellikleri", "Dilekçe Türleri", "Adli Dilekçeler".

İkinci kısım, "Resmi Yazılar" başlığını taşıyan birinci bölümden sonra,"Ceza Muhakemesinde Resmi Yazılar" başlıklı ikinci bölümden ibarettir.

Üçüncü kısım dört bölüm şeklinde düzenlenmiştir. Birinci Bölüm "Soruşturma Evresi İşlemleri", İkinci Bölüm "Kovuşturma Evresi İşlemleri", Üçüncü Bölüm "Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm", Dördüncü Bölüm, "Karar ve Hükümleri Tebliği" başlıklarını taşımaktadır.

Görüldüğü gibi konu ile ilgili bütün sorunlara cevap verilmeye çalışılan kitap, bir el kitabından öte bilimsel nitelik taşımaktadır. İfadesi ve düzenlenişi okuyucuya kolaylık sağlamaktadır. Hakim, savcı, avukat ayrımı yapılmaksızın bütün meslektaşlarımızın kitaplığında bulunması gerekli bir kitap olarak önermekteyiz.