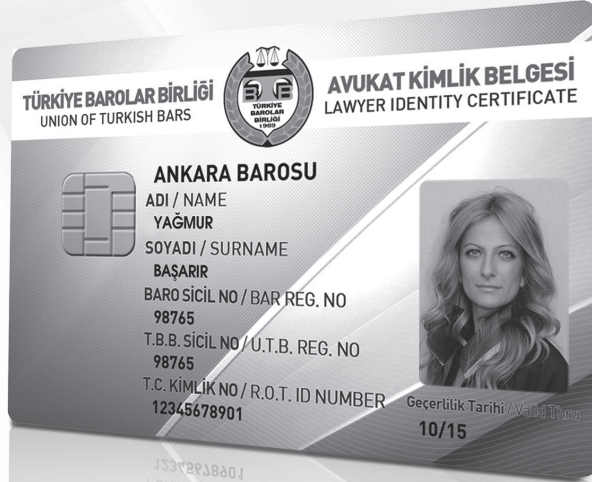




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

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

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yalıtı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yalıtı, TBB Başkan Yrd.
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

Ali Acar
Şamil Demir
Şerafettin Gökçalp
Musa Toprak
Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günüşur,
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 Pekcanitez,
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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

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@barobirlilik.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 Türkçe'dir.

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 Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

23 Selami DEMİRKOL / Zuhal BERKET BAŞ

Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması / Examining Urban Transformation Within the Scope of the Law Number 6306 from the Point of Rights and Freedoms

71 Abdullah UZ

Sehven mi, Kasten mi?: Kanun Koyucu ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış ya da Zimnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir/ Is Erroneously or Intentionally: It is Possible the Legislative Body Openly Make an Unconstitutional Act or Indirectly Abolish the Public Legal Entity of Foundation Universities

87 Şamil DEMİR

Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı / Scope of Application of the Bailment Agreement

123 Ramazan DURGUT

Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması / Establishing the Right of Pledge Upon Capital Stock of Limited Company

139 Mustafa Bayram MISİR

Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku / Puplic Law Beyond Unity of State and Law

179 Arzu BEŞİRİ

Soykırım ve Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar / Genocide and International Mechanisms for Genocide

211 Gülüm Bayraktaroğlu ÖZÇELİK

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi / Deportation of Foreigners from Turkey under the Foreigners and International Protection Act

259 Gökhan GÜNEYSU

Otonom Silah Sistemleri ve İnsancıl Hukuk / Autonomous Weapon Systems and Humanitarian Law

273 Mehmet Şükrü NAR

Kültürel Hukuk: Geleneksel Kontrol Mekanizmaları / Cultural Law: Traditional Control Mechanisms

MAKALELER / ARTICLES

291 Hilmi ŞEKER

İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gerekçe / Ethical Relationship Ignoring Release of Debt / Retrogressive Ground

349 Hüseyin ATEŞ

Güvence Hesabı / Guarantee Account

363 Talih UYAR

Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu ile Takiplerde Ödeme Emrinin İçeriği (İİK. 168) / Content of Order of Payment in Execution for Debt Pertaining to Commercial Papers and Bills

377 Murat TEZCAN

Kamulaştırma Yoluyla Mülkiyet Transferi / Property Transfer via Expropriation

383 Hüsamettin UĞUR

Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması / Reporting The Crimes And Protection Of Reporters

407 Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 3 No.lu Protokol

414 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

2013-2014 Yargı Yılı, 2 Eylül günü geleneksel törenle açıldı. Yargıtay Başkanı'nın konuşmasından sonra Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu kürsüye çıktı.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, TBMM Başkanı Cemil Çiçek, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ve hükümet üyeleri ile çok sayıda yüksek yargıç ve savcının huzurunda demokrasi, hukuk devleti ve savunmanın güncel ve yapısal sorunları hakkında kapsamlı bir konuşma yaptı.

Konuşmanın çeşitli kesimlerden aldığı tepkiler gözönüne alındığında tarihsel nitelikte olduğu, önümüzdeki günlerde pek çok konuda sözü edileceği anlaşılmaktadır.

Dergimiz bu sayısında Başkan'dan yerine bu konuşmanın tam metnini yayınlamayı uygun görmüştür.

Sayın Cumhurbaşkanım,

9 Ağustos 1969'da kurulan **Türkiye Barolar Birliği'** nin 44. kuruluş yıldönümünü kısa bir süre önce idrak ettik.

"Savunmanın savunulmasının zorunlu hale geldiği bir ortamda "kutladık" diyemiyorum; "idrak ettik" diyorum.

Çağdaş hukukun avukatlar için kabul ettiği;

- Hiç bir baskı, engelleme, taciz veya hukuka aykırı müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmeleri,
- Görevlerini icra ederken güvenlikleri tehdit edildiğinde korunmaları,
- Yargı yerleri ve idari makamlar önünde yazılı ve sözlü taleplerinde hukuki ve cezai muafiyetlerden yararlanmaları,
- Müvekkilleriyle iletişimlerinin gizliliği gibi ilkelerin ihlal edildiği bir ortamdayız.

Bugün, savunma baskı altındadır. Avukatlar, mesleki faaliyetleri nedeniyle soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Adliyelerden ve duruşma salonlarından yaka paça çıkarılmakta, savunma görevinden yasaklanmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Avukata mesleğini icra ederken tanınan güvenceler hiçbir şekilde şahsi ayrıcalıklar değildir. Şöyle ki, uluslararası hukuk metinlerinde, anayasalarda veya kanunlarda büyük harflerle yazılan haklar, insanların kullanımına sunulmadığı takdirde fazla bir anlam ifade etmez. Avukatın görevi, bu hakları insanların kullanımına sunmaktır. Şu halde avukat, toplum içinde yaşayan insanı birey yapan meslek mensubudur. Avukatın hak ve yetkilerine veya avukatın doğrudan doğruya yaşamına ya da vücut bütünlüğüne yönelen her saldırı, aslında bireye yönelmiştir. Öyleyse eğer bir yerde avukat yerde sürükleniyorsa, aslında yerde sürüklenen yurttıştır.

Barolar ve onların çatı kuruluşu Türkiye Barolar Birliği, avukatların örgütlü gücüdür. Nitekim barolara ve Türkiye Barolar Birliği'ne Avukatlık Kanunu'nun 76. ve 110. maddeleriyle *"hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak"* görevinin verilmesinin sebebi, avukatın toplum içindeki vazgeçilmez yeri ve önemidir.

Yönetim modeli ne olursa olsun tarih boyunca her devlet uyuşmazlıkları yargılamakla görevli olan kurumlar tesis etmiş, görevliler atamıştır.

Başka bir anlatımla, ister totaliter veya otoriter ister demokratik olsun bütün devletlerde uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulmuş mahkemeler vardır. Ancak sadece demokratik hukuk devletlerinde etkin ve yargının kurucu unsuru niteliğini taşıyan bağımsız savunmadan söz edilebilir.

Demokratik hukuk devletlerinde mahkemelerin görevi adli yollar kullanmak suretiyle iddianın doğruluğunu araştırmak, doğruyu yanlıştan, suçluyu suçsuzdan ayırt etmektir. Adli yoldan kasıt, evrenselleşmiş ölçütlere uygun hukuk kurallarıyla belirlenmiş olan yoldur. Bu noktada karşımıza, adil yargılanma hakkı çıkar. Çağdaş ceza muhakemesinin amacı, kişileri lekelemeden, toplumu ezmeden ve sindirmeden, her bireyin hukuki güvenlik hakkını pekiştirerek, demokratik hak ve hürriyetlerini kullananları hiçbir korkuya hatta endişeye dahi sevk etmeyecek şekilde gerçeğe ulaşmaya gayret etmektir.

Şu halde, adli yol ve onun içinde yer alan adil yargılanma hakkı göz ardı edilip, *"ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşılacaktır"* diye

çıkılan bir yolun sonunda, hem gerçeğe ulaşamaz hem de soruşturma ve kovuşturma süreci, kamu düzenini, soruşturulan veya kovuşturulan suçtan daha fazla ihlal eder. Şöyle ki, adli yoldan sapılan, adil yargılanma hakkı ihlal edilen her durumda, sadece soruşturulan veya kovuşturulan bireyler değil, üçüncü kişiler de temel hak ve özgürlüklerinden, hukuki güvenliklerinden endişe etmeye başlarlar.

Unutulmamalıdır ki, bir kişi hayatı boyunca suç işlemeyeceğini taahhüt edebilir ve bu sözüne de sadık kalabilir. Ancak hiç kimse hayatında bir gün yargılanıp yargılanmayacağını bilemez. İşte bu sebeple çağdaş ceza muhakemesinin kuralları, suçsuzluk karinesi temel hakkı ekseninde, bir yandan suçu kesin hükümlerle sabit oluncaya kadar şüpheli ve sanığı, diğer yandan hayatlarında bir gün suçlanabileceklerini ya da yargılanabileceklerini bilmesi gereken toplumun diğer bütün bireylerini korur.

Adil yargılanma hakkının hukuk uygulamacıları tarafından içselleştirilmediği, dolayısıyla sık sık ihlal edildiği toplumlarda bireyler, temel hak ve özgürlüklerinin her an devlet tarafından ihlal edilebileceği korkusuyla yaşarlar; kendilerini ifade etmekten çekinmeye başlarlar; devlet aygıtını bir hizmet aracı olarak değil korkulan bir büyük abi olarak algılarlar.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çağdaş demokratik hukuk/devlet/toplum düzenlerinde muhakeme hukukunun geldiği aşamada, "*gerçek*"e, sözlerin çarpışmasıyla ulaşılacağı kabul edilmektedir. Bunun için birbirine eşit üç makama ihtiyaç vardır:

- Mahkemelerden ve hâkimlerden oluşan yargılama makamı,
- Yargılama makamının tamamen dışında örgütlenmiş iddia makamı,
- Yargılama ve iddia makamları ile siyasi iktidardan tamamen bağımsız avukatların oluşturduğu savunma makamı.

Söz konusu makamların tamamı yargının kurucu unsurudur.

Bu unsurlardan mahkemeler ve hâkimler bağımsız ve tarafsız olmadıkları takdirde, adil yargılamadan ve dolayısıyla yargının adalet dağıttığından söz edilemez.

Öte yandan, hâkimler ve savcılar birbirine yaklaşır ve savunma makamından uzaklaşırsa, muhakemede gerçeğe ulaşılmasının vazgeçilmez koşulu olan *"hiç kimse kendi davasında hâkim olamaz"* ilkesi özünden ihlal edilmiş olur. Çünkü sıfat olarak iddia eden ve yargılayan makamlar birbirinden ayrı gibi görünse de uygulamada meydana gelen fiili yakınlaşma ve hatta birleşmeler, iddia makamının aynı zamanda fiilen yargılama yapıp hüküm vermesi sonucunu doğurur.

Hâkimlerin tarafsız ve bağımsız olmaları ne kadar önemliyse kanun koyucu veya idari makamların yerine geçerek yasama organı ya da hükümet gibi davranmaları da kabul edilemez. Başka bir anlatımla, devlet içinde ayrı devletler olmaz; yargı mensuplarının devletin içinden veya dışından kimi yapılarca *"benim hâkimim"*, *"senin hâkimin"* diye sınıflandırılması izah dahi olunamaz. Bu tartışmaların yapıldığı bir ülkede hiç kimsenin hukuki güvenliği kalmaz. Adalet mülkün temeli ise, mülk temelsiz kalır.

Adil yargılanma hakkının vazgeçilmez koşulu, bağımsız, etkili, dolayısıyla yargının kurucu unsuru niteliğini taşıyan bir *"savunma"*nın varlığıdır. Savunma makamının diğer iki makam karşısında güçsüz bırakılması ve adalete ulaşılmasını sağlamakta vazgeçilmez işlevinin diğer iki makam tarafından içselleştirilmemesi durumunda da, iddia makamının ileri sürdüğü tezin karşısına etkili bir anti tez çıkarılamaz. Bu durumda yargılamada gerçeğe ve adalete ulaşılması beklenemez.

Böyle bir yargılamada, suçlu suçsuzdan, doğru yanlıştan ayrılmaz. Varılan sonuç, *"gerçek"* değil, mahkemelerin veya mahkemeleri etkileyen güçlerin gerçek olarak göstermek istedikleri bir aldatmacadan ibaret olur.

Ülkemizde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hâkim bağımsızlığını, hâkim ve savcı teminatını sağlayamadığını tespit etmek zorundayız. Öte yandan yapıldığı söylenen reformlara rağmen, adil yargılama sorununun köküne henüz inilmemiş, belki de inilmek istenmemiştir. Üzülerek belirtmeliyiz ki hâkim ve savcılar aynı yerde staj eğitimi görmeyen, aynı makam tarafından özlük işlerine bakılıyor olmasının, aynı lojmanlarda kalmalarının, adliyelerde keyfi bir şekilde avukatlara kapatılan özel kapılardan geçmenin, özel asansörlere binmenin, komşu odalarda oturmalarının ve iki meslek grubu arasında kolaylıkla geçiş olmasının etkisiyle, kendilerini, birbirlerine yakın, hatta özde aynı görmekte, avukatları ise kurucu unsur olarak kabul

etmeye direnmektedirler. Dolayısıyla avukatın yargının kurucu unsuru olarak benimsenmediği bir yerde, adil yargılanma hakkının hayata geçirildiğinden bahsetmek mümkün değildir.

Maalesef ülkemizde, uygulamada, savunmanın kutsallığından sürekli dem vurulsa da, savunmanın hala kurucu unsur olarak sayılmadığını, gerçeğe ulaşılmasında engel olarak kabul edildiğini görüyoruz.

Kanunun açık hükmüne rağmen avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğini göz ardı eden ve salt serbest meslek olarak gören Danıştay 8. Dairesi'nin 05.11.2012 gün ve 2012/5257 Esas sayılı yürütmeyi durdurma kararının gerekçesini içimize sindiremiyor ve eleştiriyoruz.

Avukatlık Kanunu'nun 46/2. maddesinin açık hükmüne rağmen, avukatın Yargıtay'da dosya görmesini vekâletname ibrazına bağlayan Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun hukuka aykırı idari işleminin geri alınmasını 80 bin avukat adına talep ediyorum. Yargıtay Başkanlığı'na bu konuda sunduğumuz, farklı üniversitelerde görev yapan çok sayıda hukuk akademisyeninin hazırladığı ve anılan kararın hukuka aykırılığını açıkça ortaya koyan raporlar dikkate bile alınmamıştır. İtirazımızın reddine ilişkin gerekçe tarafımıza bildirilmemiştir. Bütün bunların saygı sınırlarını zorlayan, avukatlara ve barolara küçümseyici bakış açısını sergileyen, işbirliğini engelleyen bir uygulama olduğunu huzurlarınızda üzülererek ifade ediyorum; Yargıtay'ı, Yüce Yargıtay'a şikâyet ediyorum.

Bu kararı veren sayın hâkimlerin bir gün avukatlık mesleğine geçtiklerinde, içeriğini bilmedikleri dosyalara, sırf içeriğini öğrenebilmek ve buna göre davayı alıp almamaya karar verebilmek için vekâletname koymak zorunda kaldıklarında, kararlarının ne kadar yanlış olduğunu anlayacaklarını çok iyi biliyorum. Dileğim odur ki, Yüce Yargıtay, hukuka aykırılığı daha önce düzeltir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Meslek alanımız sürekli olarak daraltılmakta, münhasıran avukatlar tarafından yerine getirilebilecek faaliyetlerin sayısı giderek azaltılmaktadır. Avukatlar etkili bir sosyal güvenceden hala yoksundurlar. Kontrolsüz açılan hukuk fakültelerinden yeterli eğitimi almamış hukuk fakültesi mezunları sınavsız bir şekilde avukatlık stajına başlayıp

kolaylıkla avukat olmakta, sonuçta hem hizmetin kalitesi düşmekte hem de avukatlar büyük ekonomik zorluklara sürüklenmektedir. Türkiye Barolar Birliği olarak bu konularda üzerimize düşeni yapmaya daima hazırız. Bu çerçevede avukatlık stajında kalitenin artırılması ve etkili değerlendirme yöntemlerinin getirilmesine ilişkin düzenleme çalışmalarımız son aşamaya gelmiş bulunmaktadır. Hukuk fakültelerinin açılması ve müfredatlarının belirlenmesi konusunda buradan Yüksek Öğretim Kurulu'na işbirliği çağrısında bulunuyoruz.

Anayasa değişikliğine ilişkin uzlaşma komisyonunun çalışmalarında avukatlara ve barolara yargı bölümünde yer verilmiş olmasını olumlu karşıladığımızı ifade etmek istiyorum. Ne var ki, aynı düzenleme içerisinde Türkiye'de avukatlık mesleğine büyük zararlar verecek ve avukatların yakın çevreleriyle birlikte yaklaşık 800 bin kişiyi doğrudan etkileyecek, milyonlarca yurttaşımızın ise ekonomik güçlük sebebiyle avukatlık hizmetinden yararlanmasını fevkalade zorlaştıracak yabancı avukatlık ortaklıklarının Anayasal güvenceye kavuşturulmak istenmesini şiddetle kınıyoruz.

Yürürlükteki Avukatlık Kanunu, pek çok yönden anti demokratik, vesayetçi, mesleğimiz açısından çağın gerektirdiği ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Türkiye Barolar Birliği olarak bütün baroların ve avukatların katkısını sağlamak suretiyle geniş kesimleri tatmin edecek çağdaş bir kanun taslağı ortaya koymaya hazırız. Katılımcı süreç işletilmeden, "*ben yaptım oldu*" zihniyeti ile karşımıza getirilecek kanun tasarısı veya gece yarısı teklifleriyle Avukatlık Kanunu'nun değiştirilmesinin, hukuk devletine ve huzurlu bir toplumsal yaşama ağır darbe vuracağını her türlü izahtan vareste olduğunu hatırlatmak istiyorum.

Yeni yapılacak olan Avukatlık Kanunu'nda staja ve mesleğe giriş sınavla gerçekleşmeli; avukatlık meslek alanı, gelişmiş ülkelerin mevzuatları model alınarak çağdaş insanların ihtiyaçlarına göre yeniden planlanmalıdır.

Baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin üzerinden idarenin vesayeti tamamen kaldırılmalı, noterlerinkine benzer bir avukat destek havuzu oluşturulmalı, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu dikkate alınarak belirli bir kıdem üstündeki avukatlara yeşil pasaport hakkı tanınmalı, avukatın delil toplama yetkisine dayanarak ileri sürdüğü taleplerin yerine getirilmemesi etkili yaptırımlara bağlanmalı, avukatın yargının kurucu unsuru olduğu pekiştirilmeli, avukatların baroların ve Türki-

ye Barolar Birliği'nin varlık sebebini kabullenmeyi reddeden yargısal uygulamalara karşı güvence sağlayacak şekilde Avukatlık Kanunu yeniden yazılmalıdır.

Bu noktada, seslerini buradan duyurma imkânları olmayan adliye personelinin de dağ gibi büyümüş sorunlarına artık çözüm bulunması gerektiğini ifade etmeyi bir görev biliyorum. Bu çerçevede, adliye emekçilerinin saatlerce bilgisayar kullanımından ve olumsuz çalışma koşullarından kaynaklanan ciddi sağlık sorunlarından tutun da, fazla çalışma ücreti alamamalarına ve 4/c'li personelin kadrosuz çalıştırılıyor olmasına kadar çok sayıda sorunun çözüm beklediğini bilgilerinizi sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Yüksek huzurlarınızda kanunun açık hükmü gereği korumakla yükümlü olduğumuz demokratik, laik, sosyal hukuk devletine ilişkin bazı tespit ve değerlendirmelerimi arz etmek istiyorum.

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları korumak üzere adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini zorunlu sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlettir. Bu tanımlamanın içinde özgür insan, hak ve yükümlülüklerle donatılmış yurttaş yer alır. Demokratik hukuk devletinde, üstünlerin hukuku değil, hukukun üstünlüğü egemendir.

Bu noktada son dönemlerde sıkça telaffuz edilen "*milli irade*" tabirini kısaca değerlendirmekte fayda görüyorum. Dünya ve Türkiye tarihine bakıldığında, milli irade tabiri daha ziyade, seçimle iş başına gelmiş ancak çoğulculuk yerine çoğunlukçuluğu benimsemiş ve giderek otoriter eğilimler sergilemeye başlamış siyasi iktidarların tercihi olmuştur. Çağdaş demokrasiler ise çoğulcudur. Başka bir anlatımla çağdaş demokrasiler, sadece o an için çoğunlukta olan siyasi görüşleri değil, sayıca azınlıkta olan başka görüşleri de kucaklar. Bugün eğer mutlaka milli irade tabiri kullanılmak isteniyorsa, Türkiye Cumhuriyeti'nin çoğulcu bir demokrasi modeline dayandığı unutulmamalıdır. Bu durumda milli irade tabiri, çoğunluğun azınlığa tahakküm ettiği, siyasi iktidarın her kurumu ele geçirdiği ve yaşamın her alanını düzenlemeye soyunduğu, insanların yaşam biçimine müdahale ettiği dönemlerdeki içerikten elbette ki farklı anlaşılabilir.

O halde çağdaş bir demokraside “*milli irade*” tabirini kullanmaya devam etmek isteyenler, bu tabirin içinde siyasi iktidara muhalif düşüncelerin de yer aldığını, hükümetlerin parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak her istediklerini yapamayacaklarını ve onlara oy vermeyenlerin de hükümeti olduklarını; insanlığın ortak değerlerini temsil eden hukukun genel ilkelerine, usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere ve anayasaya uygun davranılmasının zorunlu olduğunu unutmamalıdır. Anayasamızın değişmez maddelerinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerinin siyasi iktidarı sınırladığı ve çoğunluğun azınlığa tahakkümünü engellediği de hiçbir zaman akıldan çıkarılmamalıdır. Bu sınırlamalarla kastedilen, bazılarının ileri sürdüğünün aksine, azınlığın çoğunluğa tahakkümü asla değildir; kastedilen, demokratik uzlaşma kültürüdür, katılımcı demokrasidir, geçici bir çoğunluğun geçici bir azınlık üzerinde mutlak egemenlik kurmasının önlenmesidir; nasıl yaşayacağını, hangi okula gideceğini, hangi inanca sahip olacağını, nerede ibadet edeceğini, hangi ahlak kuralını benimseyeceğini kişilere dayatmaya kalkışmamasıdır.

Demokratik hukuk devletinin, dolayısıyla çağdaş bir toplumun en büyük düşmanlarından biri, kuşkusuz askeri darbelerdir. Askeri darbelerin demokrasi kültürünü yok ettiği, hiçbir soruna asla çare olmadığı, yeni ve çok daha büyük toplumsal sorunlara yol açtığı Türkiye ve diğer ülkelerdeki tarihi örneklerle kanıtlanmıştır. İstisnasız bütün askeri darbeler, demokrasinin vazgeçilmezi olan siyasi partilerin kurumsallaşmasını önlemiş, sivil toplum örgütlenmelerine izin vermemiş, demokrasinin bir yaşam biçimi olmasını engellemiş ve seçimden seçime oy verilen, yeterli derinlikten yoksun bir demokrasi kültürü yaratmıştır.

Askeri darbelerin ne kadar büyük felaketlere yol açabileceğinin en güncel örneği, Türkiye’nin bu yönden haklı tepkisini ortaya koyduğu Mısır’da yaşanmaktadır. Bu tepkinin dünya kamuoyu üzerinde etkili olabilmesi için, ülkemiz içinde insan haklarına ve demokratik özgürlüklere azami saygı gösterilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

İster ülkemizde ister dünyanın başka bir yerinde olsun; barışçıl gösteri hakkını kullananlara şiddet uygulanması, göstericilerin gerçek mermilerle, hedef gözetilerek sıkılan gaz bombalarıyla, plastik mermilerle veya kimyasal madde karıştırılmış tazyikli sularla öldürülmesi ya da

yaralanması ağır bir suçtur. Bu suçları işleyenlerin teşvik edilmeleri veya ödüllendirilmeleri değil, cezalandırılmaları gerekir. Hiçbir siyasi veya ekonomik menfaat en üstün değer olan insan yaşamından daha değerli değildir. Sudan’da, Lazkiye’de, Rojava’da, Mısır’ın Adeviyesi’nde veya Tahrir’inde, Lice’de, Uludere’de, Reyhanlı’da, Akçakale’de, Ceylanpınar’da, Eskişehir’in, Ankara’nın, İstanbul’un ve Hatay’ın sokaklarında, insanların katledilmesinin hiçbir mazereti olamaz.

Demokratik bir devlette, devletin, düşüncenin ve ifadenin önünü açması, şiddet çağrısı yapmayan düşüncelerin istenilen yerlere ulaştırılabilmesi için toplumsal iletişim kanallarını açık tutması, barışçıl toplantı ve gösterileri engellememesi esastır. İfade özgürlüğü ve onun hayata geçirilme yöntemlerinden olan barışçıl toplantı ve gösteriler, özgür ve demokratik bir toplumun varlığının en önemli kanıtıdır.

Demokrasilerde “seçim sandığı” kuşkusuz vazgeçilmezdir. Ancak demokrasi, sandıktan sandığa oy vermekle sınırlı bir rejim değil, bir yaşam biçimidir. Demokratik hukuk devletinde, siyasi iktidar, parlamentodaki çoğunluğu ne olursa olsun hukuk kurallarıyla bağlı olduğunu bilir. Hukuk kurallarını uygulayanlar da daima özgürlükçü pencereden bakarlar. Çünkü demokratik hukuk devletinde özgürlükler esas, özgürlüklerin kısıtlanması ise istisnadır.

Özgürlükler söz konusu olduğunda devlet, kısıtlamak ve yasaklamak yerine engelleri kaldırmakla yükümlüdür.

Bu çerçevede, hiç kimse düşüncelerini açıkladığı için idari veya adli soruşturmalara tabi tutulamaz. Anayasa’ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre; devletin güvenlik güçleri barışçıl gösterilere hiçbir şekilde güç kullanarak müdahale edemez. Barışçıl gösterilerde “dağılım” uyarısı yapılması, dağılmayan göstericilere güç kullanılmasının mazereti olamaz. Güç kullanılmasının haklı olduğu yerlerde ise gerekenden fazla gücün kullanılması, üzerinde güç kullanılan şahıs etkisiz hale getirildikten sonra da güç kullanarak keyfi ve fiili cezalandırma yoluna gidilmesi hiç kuşkusuz sorumluluk gerektirir. Sokak aralarında, hatta gündüz gözüyle şehir meydanlarında eli sopalı veya palalı kişilerin polis memurlarının desteğiyle, teşvikiyle veya koruması altında yaptığı katliamların ve şiddet eylemlerinin ne kadar ağır bir suç teşkil ettiğini açıklamayı gerekli dahi görmüyorum.

Devletin emniyet güçlerini, kanunu ihlal eden silahlı güçlerden ayırt eden husus, emniyet güçlerinin güç kullanma yetkisinin son derece sıkı kurallarla düzenlenmiş olmasıdır. Bu kuralları yok sayarak uygulama yapan bir emniyet mensubunun, silah taşıyan sıradan bir suçludan farkı yoktur; sadece devletin silahını ve yetkilerini kötüye kullandığı için çok daha ağır bir sorumluluğu vardır. Yetkilerini kötüye kullanan emniyet mensupları korunduğu takdirde, gözbebeğimiz olması gereken emniyet teşkilatının saygınlığına zarar verilir; kolluk görevlileri ile halk arasında nefret duvarları yükselir, görevini yasalara uygun ve fedakârca yerine getiren binlerce kolluk görevlisi toplumda hiç hak etmedikleri suçlamalara maruz kalır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çağdaş devlet anlayışında kutsal olan devlet değil, devletin hizmetle yükümlü olduğu insandır. Devleti kutsallaştırmak isteyenler, aslında kendilerini kutsallaştırmak ve dokunulmaz ilan etmek isterler. Bu düşüncede olanlar halka sundukları hizmetleri bir görev olarak değil, bir lütuf olarak görürler. Kendi kendilerini halka hizmet ederken lütufta bulduklarına inandıranlar, bireylerin muhalif düşünceler açıklamasına, toplulukların toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmasına öfkelenirler ve halkı kadir bilmezlikle suçlarlar.

Siyasi iktidarlar, demokratik kitle örgütlerinin eleştirilerinden elbette haz etmek zorunda değildir; ancak çoğulcu demokrasilerde, siyasi iktidarlar, bu eleştirileri değerlendirmek ve hoşgörüyle karşılamak zorundadır. Çoğulcu demokrasilerde siyasi iktidarlar hoşlarına gitmeyen siyasi düşünceleri hedef almazlar, parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak demokratik kitle örgütlerini yok etmeye kalkışmazlar; bunları demokrasinin vazgeçilmezi olarak kabul ederler ve birlikte yaşarlar. Böylece bindikleri demokrasi dalını kendi elleriyle kesmezler.

Esasen çoğulcu demokrasi, gerçek demokrasinin tek modelidir. Çoğunlukçu rejimler kendi kendilerini demokrasi olarak ilan etseler de, o düzenlerde özgürlük yoktur, siyasi iktidarın lütufları vardır.

Demokratik bir hukuk devletinde, düşünme, düşündüğünü ifade etme ve basın özgürlüğü vazgeçilmezdir. Basın özgürlüğüne yönelik en büyük tehdit yalnızca gazetecilere açılan davalar veya gazete sahiplerine yönelik idari-mali uygulamalar ve gazetelerin uygulamak

zorunda kaldıkları otosansür değil, tekelleşme ve basın çalışanlarının örgütlenmesinin önüne getirilen kısıtlamalardır. Bu özgürlükler kısıtlandığında muhalefet partilerinin ve demokratik kitle örgütlerinin etkili muhalefet yapma imkânları ellerinden alınır. Bu durumda ne kadar baskı altında tutulursa tutulsun, toplum bir noktada patlar ve toplumsal muhalefet, siyasal muhalefetin önüne geçer. Toplumsal olaylar karşısında siyasi iktidarlar, başkalarını suçlayarak savunmaya geçmek yerine, olayların gerçek sebeplerini bulmaya, toplumun sıkıntısını anlamaya çalışmalıdır. Suçlamak kolay, çözüm bulmak zordur. Ancak demokrasi, zoru başarmayı gerektirir. Bu başarının anahtarı ise hoşgörü, uzlaşma ve ortak akılda gizlidir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Özel Görevli Mahkemeler ve Terörle Mücadele Mahkemeleri, olağan dönemlerin olağanüstü mahkemeleridir. Nasıl ki anti demokratik oldukları için en sonunda kaldırılmak zorunda kalınan Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin ihtisas mahkemeleri olduğuna yönelik açıklamalar ve Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bu yönde yaptığı savunmalar inandırıcı bulunmadıysa, Özel Görevli Mahkemelerin ve Terörle Mücadele Mahkemeleri'nin ihtisas mahkemeleri olduğuna dair açıklamalar da objektif ölçütler karşısında inandırıcı değildir. Maalesef Anayasa Mahkemesi'nin 04.07.2013 gün ve 2012/100 E., 2013/84 K. sayılı kararında, eski alışkanlıkları tekrarlar şeklinde, Terörle Mücadele Mahkemesi'nin ihtisas mahkemesi olduğu kabul edilmiş ve anayasal dayanağı olmayan bu mahkemelere anayasallık vizesi verilmiştir.

Malumlarınız olduğu üzere Özel Görevli Mahkemeler, TBMM tarafından anti demokratik uygulamaları sebebiyle kaldırılmıştır. Ancak hukuk mantığıyla izahı mümkün olmayacak şekilde bu mahkemeelerin ellerindeki davaları bitirinceye kadar görev yapmalarına imkân tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararında, bu durumu tabii hâkim ilkesiyle açıklamış ve anayasaya aykırı bulmamıştır. İnsan sağlığına zararlı olduğu tespit edildiğinde piyasadan kaldırılmasına karar verilen bir ilacın eczanelerdeki stoklar tükeninceye kadar satılmasına izin verilemeyeceği tabiidir. Aynı şekilde demokratik hukuk devletinde yeri olmadığı, anti demokratik olduğu bizzat yasama organı tarafından tespit edilen Özel Görevli Mahkemelerin yargılama yapmaya devam etmelerine, dolayısıyla yargıladıkları sanıkların hak-

larına yönelik ihlallerini sürdürmelerine izin verilmemeliydi. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, tabii hâkim ilkesinin tanımı ve işlevi de ağır yara almıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında, 10 yıla kadar tutukluluğa izin veren kanuni düzenleme iptal edildikten sonra, bu iptal kararının yürürlüğe girmesinin Resmi Gazete'de yayımlanmasından 1 yıl sonraya ertelenmesini ve buna gerekçe olarak iptal kararının derhal yürürlüğe girmesi durumunda kamu düzeninin ihlal edileceğinden söz edilmesini anlamak mümkün değildir. Şöyle ki iptal kararı tutuklama kurumunu ortadan kaldırmamış, sadece tutuklulukta azami sürelerden olan 10 yıllık süreyi iptal etmiştir. Bu iptal, bir ayıbın ortadan kaldırılmasıdır. Söz konusu ayıp ortadan kaldırıldığında bir diğer azami süre olan 5 yıllık sürenin uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla iptal kararı hiçbir boşluk doğurmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında, derhal uygulamanın kamu düzenini ihlal edeceğinden bahsedilmesi mahkemelerce bir talimat olarak algılanmış ve yerleşik uygulamadan sapılarak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir iptal kararının derhal uygulanması zorunluluğu görmezden gelinmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Özellikle son birkaç yılda, "*yargı reformu*" adı altında yapılan değişiklikler, yasa yapma tekniğine aykırı bir şekilde "*torba yasalarla*" gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Torba yasa yöntemi, kamuoyunun ve ilgili demokratik kitle örgütlerinin yasalaşma sürecini takip etmelerini engelleyen, sistematikten uzak, deneme yanılma yolunu esas alan bir yöntemdir.

Temel pek çok konunun Bakanlar Kurulu'nun yasa tasarıları yerine yeterli incelemeden geçmemiş yasa teklifleri veya son dakikada Meclis Genel Kurulu'nda verilen değişiklik önergeleriyle düzenlenmesinde de katılımcı ve çoğulcu demokrasi açısından büyük sorun vardır.

Aynı şekilde Kanun Hükmünde Kararnamelerle yasamaya ait alana sürekli tecavüz edilmesi, yalnızca TBMM'yi devreden çıkarmakla kalmamakta, demokrasinin vazgeçilmezi olan muhalefeti etkisiz kılmak suretiyle kamuoyunun düzenlemelerden önceden haberdar olmasını, sürece katılmasını ve demokratik yollarla tepkisini ortaya koymasını engellemektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bariş veya açılım olarak adlandırılan bir süreç önümüze konuldu. Hiç kuşkusuz bir tek yurttaşımızın bile burnunun kanamasını arzu etmeyiz. Kanın durması, acıların dinmesi, kardeşlerin birbiriyle kucaklaşması en büyük temennimizdir. Ancak sürecin nasıl yürüdüğüne, kiminle ve nasıl müzakere edildiğine, yol haritasının duraklarına ve nihai hedefine ilişkin sağlıklı bilgilere sahip değiliz. Amaç, kanın durması ve toplumsal huzurun sağlanması olduğuna göre, hepimiz için en büyük felaket olacak bir iç savaşın tetiklenmesinden ortak akla ulaşmak suretiyle titizlikle kaçınmak zorundayız. Bunun için sürecin şeffaf yönetilmesi ve geniş tabanlı toplumsal mutabakatın sağlanması zorunludur.

Bu çerçevede, artık uluslararası kurumların dahi yaptığı tespitler karşısında kamuoyunda inandırıcılıklarını yitirmiş olan, Balyoz, Erge-
nekon, Casusluk Davası ve KCK gibi adlarla anılan ve adil yargılanma hakkının hiçe sayıldığı davalarda yaralanan toplumsal vicdan tamir edilmeden, toplumsal uzlaşmaya ulaşılması mümkün değildir.

Bugün nasıl Yassıada davalarının travması hala devam ediyor ve Yassıada Mahkemesi'nin hukuku hiçe sayan uygulamaları Türk Hukuk Tarihi'nde kara birer leke olarak duruyorsa, anılan davalar da günümüzün geleceğe bıraktığı kara birer lekedir.

Kürt sorunu, esasen demokrasi, özgürlükler ve insan hakları sorunudur. Kalıcı çözüm, yalnızca anayasada değil uygulamada da eşit yurttaşlığın sağlanması, ayrımcılığın önlenmesi ve başka ayrımcılıklara yol açacak etnik temelli her türlü ayrıcalıktan kaçınılması yoluyla sağlanabilir. Hepimize düşen görev Ankara'da, İstanbul'da, İzmir'de hangi insan hakkı için ayağa kalkıyorsak, Şırnak'ta da, Diyarbakır'da da, Lice'de de, Uludere'de de aynı kararlılıkla ayağa kalkmaktır.

Uzunca bir süredir TBMM çatısı altında anayasa değişikliği için kapsamlı bir çalışma yürütülmektedir. Anayasa değişikliğinin amacı daha demokratik, daha özgür, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir toplum ve devlet düzenine kavuşmak olsa gerektir. Bu amaca ulaşılması için anayasa değişikliğinden önce çok daha kolay atılabilecek pek çok adım vardır. Örneğin engizisyon dönemlerini andıran gizli tanıklığın kaldırılması, uygulamada tutuklama zorunluluğu algısı yaratan katalog suçlara ilişkin düzenlemeden vazgeçilmesi, Terörle Mü-

cadele Mahkemeleri'nin lağvedilmesi, Terörle Mücadele Kanunu'nun ilga edilmesi, düşünce, düşünceyi ifade, basın özgürlüğü ve toplantı-gösteri özgürlüğünün önündeki bütün engellerin kaldırılması, basın-da tekelleşmenin önlenmesi, basın emekçilerinin örgütlenmesinin sağlanması, YÖK'ün kaldırılması, üniversitelerin idari ve mali özerkliğe, bilimsel özgürlüğe kavuşturulması, %10 seçim barajının düşürülmesi yol temizliği anlamında akla gelenlerden yalnızca birkaçıdır. Bunlar yapılmadan herkesin çekinmeden düşüncelerini ifade edebileceği ve bu düşüncelerini halka aktaracak kanalları rahatça bulabileceği bir tartışma ortamı yaratılamaz. Oysa demokratik bir anayasa, en geniş katılımı oluşturulabilir.

Anayasa değişikliği tartışmaları sürecinde gündeme gelen ve başkanlık sisteminin demokratik olmasının vazgeçilmez koşulu olan denet ve denge mekanizmalarından arındırılmış *"Türk tipi başkanlık sistemi"* nin, aslında başkanlık sistemi değil kuvvetler birliği esasına dayanan otoriter bir yapılanmayı hedeflediğini tarihi sorumluluğumuzun gereği olarak burada ifade etmek durumundayım.

Son olarak Cumhuriyetin temellerini oluşturan ve Anayasa'da güvencesini bulan laiklik ve Atatürk Milliyetçiliği konusundaki görüşlerimizi de burada paylaşmak istiyorum.

Bugün hem Türkiye hem Ortadoğu, *"din ve mezhep ayrımcılığı"* ve *"ırkçılık"* olmak üzere iki derin fay hattı üzerinde bulunmaktadır. Bizler; kardeşlik, barış, huzur ve güvenli bir gelecek için her türlü din ve mezhep ayrımcılığına ve ırkçılığın her türlüsüne karşı olmak zorundayız. Farklılıkları ayrışmanın bir sebebi değil, zenginleşmenin aracı olarak görmeliyiz. Uyuşmazlıkları değil, ortak menfaatleri öne çıkarmalıyız.

Din düşmanlığını reddeden ancak bir dinin, mezhebin veya inancın diğerine tahakkümünü de kabul etmeyen; egemenliğin ilahi değil, insana ve dolayısıyla millete ait olduğunu benimseyen laiklik anlayışı, demokrasinin, özgürlüklerin, kısacası özgür ve güvenli yaşamının ön koşuludur.

Hangi ırktan, dinden, mezhepten, inançtan, siyasi görüşten geldiğine bakmaksızın toplumda yaşayan her bireyi eşit yurttaş olarak gören Atatürk Milliyetçiliği ise bölünmenin, parçalanmanın, yok olup gitmenin karşısındaki yegâne dayanak noktasıdır.

Tarihten ders alınır ise, tarih tekerrür etmez. Osmanlı İmparatorluğu'nu çok hukukluluk ve her alanda bilimsel düşünceden uzaklaşmış olma çökertmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nun küllerinden Büyük Önder Mustafa Kemal Atatürk'ün mucizesiyle doğmuş olan Türkiye Cumhuriyeti için tek gerçek yol gösterici, bilimdir.

Ülkemizde ve bölgemizde üzerinde bulunduğumuz fay hatlarına rağmen sapaşağlam ayakta durabilecek demokratik bir hukuk devleti binasını inşa etmek için laiklik ve Atatürk Milliyetçiliğini özümsemek zorundayız. Ayrıca *“yurtta barış dünyada barış”* ilkesinden vazgeçtiğimiz algısından titizlikle kaçınmak, *“yeni Osmanlıcılık”* gibi maceraperest yaklaşımlardan uzak durmakla yükümlüyük.

“Yurtta barış” için, her yurttaşımızın *“eşit yurttaş”* olduğunu asla unutmamalıyız. Hiçbir yurttaşımızın, etnik kökeni, mezhebi, dini, inancı, dili, cinsiyeti, rengi yüzünden ayrımcılığa uğramasına asla izin vermemeliyiz. Aynı şekilde, siyasi düşüncesi sebebiyle yurttaşlarımızı *“benden – senden”* diye farklı gruplara veya yüzdelere ayırmamalıyız. Devletin kurum ve kuruluşlarının, bazı yurttaşlara, siyasi düşünceleri nedeniyle baskı uyguladığı, bazılarına ise ayrıcalık tanıdığı algısını yaratacak, yurttaşların arasına kin ve nefret tohumları ekecek uygulamalara hep birlikte karşı çıkmalıyız.

Türkiye'nin demokratikleşme yolculuğunun satır başlarını iyi bilmeliyiz. Örneğin gözaltı sürelerini uzatmak, polise gözaltı yetkisi vermek gibi geçmişin antidemokratik düzenlemelerine öykünmemeli, çözümü daima demokraside aramalıyız. Polis devletini çağrıştıracak her türlü beyanattan, uygulamadan, düzenlemeden uzak durmalıyız. Bazı yurttaşları diğer bazı yurttaşların ihbarcısı yapacak, komşuyu komşunun peşine düşürecek çağrılarda bulunmamalıyız. Toplumsal dayanışmayı yok edecek, muhbirliği özendirecek *“sırdaş polis noktası”* gibi otoriter ve totaliter rejimlere özgü projeler geliştirmeye son vermeliyiz.

Bilime, sanata, özgür düşünce ortamına ve insan haklarının evrensel ölçütlerine hem yurtta hem dünyada sahip çıkmalıyız. Bu suretle Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş devletler ailesinin lider ülkesi olmasını sağlamalıyız. Unutmamalıyız ki Türkiye'nin birkaç gün sonra yapılacak olan G-20 zirvesinde dünyanın önemli ekonomilerinden biri sıfatıyla yer alıyor olması, özgür düşüncede, dolayısıyla bilimde ve sanatta liderliğe ulaşmadığında kalıcı olmayacak; refahın hakça dağıtımı gerçekleşmeyecektir.

Hem ekonomik hem siyasal istikrarın sağlanabilmesi için demokrasi, insan haklarından ve hukukun üstünlüğünden taviz vermeme gerektiğini bilmeliyiz. “Üstünlerin hukuku”nun geçerli kılındığı bir düzende, istikrardan söz edilemeyeceğini, çünkü böyle bir düzende herkesin kaderinin siyasi iktidarların keyfine terk edildiğini aklımızdan çıkarmamalıyız.

Elbette, dünyanın neresinde zulüm varsa, Sudan’da, Irak’ta, Suriye’de, Mısır’da zulmün karşısında, mazlumun yanında samimiyetle durmalı, zulme karşı çıkarken, her türlü siyasi hesaptan kaçınmalıyız. Ancak bunu yaparken hem etkili olabilmek hem de Milletimizi maceralara sürüklememek için dünyayı karşımıza almak yerine, yanımıza almalı, daima uluslararası hukuk çerçevesinde kalmalıyız. Bir devletin, zulüm karşısında dünya devletlerini harekete geçirebilmesi için, öncelikle kendi ülkesinde düşünce, ifade, toplantı ve gösteri ve basın özgürlüklerine ve tüm insan haklarına azami ölçüde saygılı olması gerektiğini asla göz ardı etmemeliyiz.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Türkiye Barolar Birliği’nin, “hukukun üstünlüğü” kavramını hayata geçirmek için; çoğulcu demokrasiden, insan haklarından, evrensel hukuktan, özgürlüklerden, barıştan, emekten, halktan ve haktan yana 44 yıldır verdiği mücadele, 80 bin avukat ve 79 baronun madalya gibi taşıdığı onurlu geçmişimizdir. Bu onurlu geçmişe layık olmaya devam edeceğimizi huzurlarınızda bir kez daha açıkça ifade ediyor; fedakârca görev yapan avukat, hâkim ve savcı tüm yargı mensuplarına; başımızın tacı emektar adliye personeline ve kendi adına hüküm veren yarıdan adil yargılamalar bekleyen Milletimizin tüm fertlerine, güler yüzlü, sağlıklı, mutlu, gelecek kaygısı yaşanmayan, hukuki güvenli, başarılı ve ADİL bir Adli Yıl diliyorum.

En derin saygılarımla.

KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN, 6306 SAYILI YASA KAPSAMINDA HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN ELE ALINMASI

EXAMINING URBAN TRANSFORMATION WITHIN THE SCOPE OF THE LAW NUMBER 6306 FROM THE POINT OF RIGHTS AND FREEDOMS

Selami DEMİRKOL*
Zuhal BEREKET BAŞ**

Özet: 16.05.2012 tarih ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun afet riski açısından önem arz eden ve beklenen bir yasal düzenleme olmakla birlikte kamuoyunda oldukça tartışılan ve bir çok yönden eleştirilere maruz kalan düzenlemeler içermektedir. Yasa, özellikle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde önem kazanan başta konut ve barınma hakkı olmak üzere mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğü açısından önemli düzenlemeler içermektedir.

Kentsel dönüşüme ilişkin düzenlemeler; konut hakkı, mülkiyet hakkı, barınma hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile dayanışma ve çatışma içinde olabilir. Barınma hakkının gerçekleşmesi, insanın başını sokacak bir barınağının olması ile sağlanacak bir hak değildir.

Uluslararası düzenlemelerde yer alan bu hakların korunması yolunda AİHM. tarafından verilen kararlar ortaya çıkabilecek sorunlar açısından örnek oluşturmaktadır. 6306 sayılı Yasaya yönelik başta konut ve barınma hakkı olmak üzere mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğü açısından Anayasaya aykırılık iddiaları ise, Anayasa Mahkemesi kararlarında karşılık bulmaktadır. Kentsel dönüşüme ve planlamaya ilişkin olmak üzere yasal düzenlemelerde hak ve özgürlükleri eksen alınmak suretiyle yapılacak değişiklikler Anayasaya aykırılık itirazlarını ortadan kaldıracak niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Kentsel Dönüşüm, Konut Hakkı, Barınma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü, İmar Planları, İmar Sınırlamaları

Abstract: Besides Law on Redevelopment of Areas Under Disaster Risk numbered 6306 and dated 16th May of 2012 is an expected legislation that presents an importance, it's including many arguable and critical articles for according to public opinion. The law

* Dr., Danıştay 15. Daire Üyesi

** Dr., Ankara Barosu Avukat

numbered 6306 contains very important articles about especially property right, right to asylum, right to an effective remedy which are protected by national and international legislation.

Legislation about redevelopment both may be compatible and incompatible with property right, right or asylum right to live in a healthy environment e.t.c Right to asylum is definitely not about only to seeking or finding an accommodation in fact ECHR case laws which order to protect these rights have an affective role on solving such possible disputes. Claims about inflictions of the law numbered 6306 to constitution of R.T. are handled or solved by Constitutional Court of R.T. Stipulated legal revision of articles about redevelopment may dispose the breach of rules and ECHR case laws.

Keywords: Redevelopment, Right of asylum, right of property, right an effective remedy zoning planning, restriction about zoning plan.

GİRİŞ

Ülkemizin topraklarının %66'nın nüfusunun ise %71'nin deprem riski altında olduğu dikkate alındığında afet riski ve bu risk nedeniyle yapılacak önleme veya ortaya çıkan zararları giderme anlamında yasal düzenlemeler önem arz etmektedir. Afet sonrası ortaya çıkan zararların karşılanmasına ilişkin olmak üzere yapılan bir çok yasal düzenleme ile¹ ortaya çıkan zararların giderilmeye çalışıldığını görmekteyiz. Bunun dışında zaman zaman meydana gelen afet olaylarına özgü olarak çıkarılan Yasalar² yada Bakanlar Kurulu Kararları ile bu zararların giderilmeye çalışıldığını görmekteyiz.

¹ 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 2090 sayılı Tabii Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanun, 4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun, 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Kanun, 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun gibi.

² 4264 sayılı Baz Yörelerde Meydana Gelen Tabii Afetlerden Zarar Görenlerin Kurumlar ve Geçici Vergilerinin Terkini Hakkında Kanun, 5327 sayılı Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli İllerinde Vuku Bulan Deprem Afeti Nedeniyle Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanun, 5327 sayılı Denizli-Buldan ve Çevresinde, Hakkarı'de, Bingöl Karlıova ve çevresi ile Erzurum Çat'da Meydana Gelen Deprem Afetlerine Dair Kanun

Ancak, ortaya çıkan zararın giderilmesinden önce zararın meydana gelmesini engelleyecek yada zarar oluşumunu en aza indireyecek yasal düzenlemelere ve bu yasal düzenlemelere dayalı olarak yapılacak imar uygulamalarına ihtiyaç olduğu tartışmasıdır. Bu noktada ülkemizin kent ve köylerinde her türlü afet olayına karşı risk içeren yapı stokunun riski ortadan kaldıracak şekilde gözden geçirilmesi gerekmektedir. Öte yandan yeni yapılacak yapıların afetlere karşı duyarlı ve önlemleri içeren plan kararlarına dayalı yapılmasının sağlaması, yapıların afet riskine karşı denetimden geçmek suretiyle ruhsatlandırılması gerekliliği bulunmaktadır.

Ancak afet riski gerçekleşmeden var olan riskin yaratabileceği zararları azaltmak amacıyla alınması gereken tedbirleri öngören bu işe özgü, spesifik bir yasal düzenleme yer almamaktaydı. Özellikle imar açısından risk içeren yapıların afet riski gerçekleşmeden sağlam hale getirilmesi noktasında bir yasal düzenlemenin varlığı önem arz etmekteydi. İşte bu amaçlara ve ihtiyaçla 16.05.2012 tarih ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun³ ile afet riskine ilişkin düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığının resmi internet sitesinde yer alan soru ve cevap kısmında Yasaya dair sorular cevaplanırken verilen bilgiler arasında⁴ Türkiye’de yaklaşık 19 milyon konut bulunduğu, bu konutlardan 2000 yılından sonra yapılan 5 milyon konut haricindeki 14 milyon konutun afet riski yönünden incelenmesi gerektiği, deprem tasarımının yetersiz olduğu binalar, malzeme dayanımı yetersiz olan ve mühendislik hizmeti almayan kaçak yapılar dahil yapı stokunun yaklaşık %40’ının (6-7 milyon konut) yenilenmesi yada güçlendirilmesi gerektiğinin tahmin edildiği açıklanmıştır.

6306 sayılı Yasa afet riski açısından önem arz eden ve beklenen bir yasal düzenleme olmakla birlikte kamuoyunda oldukça tartışılan ve bir çok yönden eleştirilere maruz kalan düzenlemeler içermektedir. Yasaya ilişkin eleştiriler özetle; yerel yönetimlerin yetkilerinin elinden alındığı, TOKİ’ye oldukça fazla yetki verildiği, barınma hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği, hak arama özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı,

³ 31.05.2012 tarih ve 28309 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴ <http://www.csb.gov.tr/gm/altyapi/index.php?sayfa=anasayfa> adresinden alınmıştır.

gönüllük esasına aykırı düzenlemeler olduğu, kültürel ve tarihi varlıkların korunmasına ilişkin esaslara aykırı düzenlemeler getirildiği, kamu malları rejiminin değiştirildiği gibi noktalarda toplanmaktadır. Bu eleştiriler yapılırken “mülksüzleştirme yasası”, “en çok parayı kim verirse onun”, “mal, sermaye ve mülk transferi yasası”, “afet gibi afet yasası”⁵, “seferberlik yasası” gibi sloganların da bu eleştirilere eşlik ettiğini görmekteyiz. Yasanın “özü itibariyle seni, beni, hepimizi mülksüzleştirme tasarısı. Benden, senden, bizden aldığını kime veriyor? En çok parayı kim verirse ona. Bu bir sermaye, mal, mülk transferi” Yasası⁶ gibi oldukça ağır eleştirilere maruz kalması, uygulanmadan yasaya olan güvenin oldukça az olduğunu ortaya koymaktadır. Hatta Yasa tasarısı halinde iken, geri çekilmesi bile tavsiye edilmiştir.⁷

Yasanın gerekçesinde;⁸ Ülkemizin çok mühim bir kısmı, başta deprem olmak üzere tabii afetlerin riski altında olduğu, buna rağmen, mevcut yapıların büyük bir kısmının muhtemel afetlere karşı dayanıklı olmadıkları ve orta şiddetteki bir depremde bile ağır derecede hasar görüp yıkıldıkları, bu nedenle bazı yerleşim merkezlerinin jeolojik durumu ve zemin özellikleri ise, buralarda iskânın tehlikeler arz ettiğini ve afet riski altında bulunan bu yerleşim merkezlerinin bir an önce buldukları yerlerde dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesini ve hatta bunların başka yerlere nakledilmesini zarurî kıldığı belirtilmekte ve “Tasarı, afet meydana geldikten sonra “yara sarma” değil de, “yara almama” anlayışına dayanmakta; böylece Anayasadaki “sosyal hukuk devleti” ilkesinin hayata geçirilmesi için önemli ve etkili bir adım atılmasını temin etmektedir.” denilmektedir.

Yasada yer alan afet riskine yönelik bu açıklamalar doğru olmakla birlikte, yasaya yönelik eleştiriler arasında kentsel dönüşüm uygulamalarının sağlıklı bir kentsel yenilenmeyi sağlayamayacağı, başta met-

⁵ Altay, Ali “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı Bir Afettir.” <http://www.ankarabaru.org.tr> adresinden alınmıştır. s.3

⁶ Altay, agm. , s.4

⁷ “Tasarı, bu haliyle ulusal ve uluslar arası hukuk ile güvence altına alınan hakları ortadan kaldırmakta, doğal, kültürel, tarihi varlıklarımız ve kentlerimizde yeni bir yağmanın önünü açmaktadır. Hukuk ve bilim dışı tasarının kanunlaşması halinde asıl afeti yaşayacak olan kentlerimizin bu anlayışa feda edilmemesi ve tasarının geri çekilmesi gerekmektedir.” TMMOB. Mimarlar Odası Görüşü

⁸ TBMM 24. Yasama dönemi 2. Yasama yılı Sıra sayısı: 180 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu

ropol kentler olmak üzere tüm ülkenin bir rant alanı haline dönüştüreceği eleştirisine maruz kalması, Yasada afet düzenlemeleri yanında “kentsel dönüşüm”e ilişkin düzenlemelerin ağırlıklı olarak yer almasından kaynaklanmaktadır.⁹

Yasanın bu kadar çok eleştiri almasının nedeni bilim çevrelerinin görüşüne başvurulmamasından kaynaklandığı gibi,¹⁰ afet riskine ilişkin düzenlemeler ile kentsel dönüşümüne ilişkin hükümlerin aynı yasa ile yapılmış olmasından da kaynaklandığı açıktır.

Çalışmada bilim ve sivil toplum kuruluşlarından gelen eleştiriler ışığında 6306 sayılı Yasa ile afet riski nedeniyle kentsel dönüşüm açısından getirilen düzenlemelerin özellikle konut hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere etkisi irdelenecektir.

KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN ETKİ ETTİĞİ KONUT VE BARINMA HAKKININ ULUSLARASI DÜZENLEMELERDE YER ALIŞI

Konut ve barınma hakkının nasıl düzenleneceği ve kentsel dönüşümün ilke ve kurallarını belirlemek adına uluslararası düzenlemelerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Kent ve kentli haklarının tarihsel temelleri, 1871 tarihinde yaşanan Paris Komünü'ne kadar uzanmaktadır.¹¹ Kentsel çevre sağlığının korunması amacıyla kentsel altyapının kurulması ve bunun için gerekli denetim mekanizmalarının oluşturulması amacıyla 1933'de Atina'da toplanan Milletlerarası Modern Mimari Kongresi'nde temel şehircilik ilkelerinin belirlendiği Atina Anlaşması, 1941'de Paris'de imzalanmıştır. Atina Anlaşmasının en önemli özelliği, kent planlamasını insan merkezli olarak ele almasıdır.¹²

⁹ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine İMO Görüşü, TMH - 471 - 2012/1 s.13

¹⁰ TMMOB Şehir Plancıları Odası “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı” Değerlendirme Raporu

¹¹ Ersoy, Melih, “Planlama Kuramına Giriş”, Kentsel Planlama Kuramları, İmge Yayınevi, 2. Baskı, s. 26; Şahin, Z.-Özen H.-Deniz E. “ Kentsel Dönüşüm, Barınma Hakkı ve Direniş Mücadeleleri: Ankara ve Madrid Örneklerinin Karşılaştırmalı Bir Analizi” IV. Sosyal Haklar Sempozyumu, 2012 Muğla, s.414; Balkır, Balkır, Z. Gönül “Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu” IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 2012 Muğla., s.351

¹² Akkoyunlu Ertan, “Kentli Hakları” Amme İdaresi Dergisi, Cilt:30 Sayı:3, 1997 s.32

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Atina Anlaşması'ndan sonra konut hakkına yer veren ikinci belge olma özelliğine de sahiptir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden alan konut hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını da içeren temel bir insan hakkıdır. Beyannameye göre, herkes sağlıklı yaşama koşullarına sahip, bir konutta barınma hakkına sahiptir.¹³ Bildirge'nin 25. maddesinde, "*Herkes, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve gönenci için yeterli beslenme, giyinme, konut, sağlık bakımı ve zorunlu toplumsal hizmetleri de içeren bir yaşam düzeyine kavuşma hakkına sahiptir*" ifadesi yer almaktadır.¹⁴ Böylece, insanların temel gereksinmelerinden biri olan barınmanın bir hak olarak kabul görmesi yirminci yüzyılın ortalarında gerçekleşmiştir. Hukuki bağlayıcılığı olmayan bu bildirinin ardından, 1966 tarihli bağlayıcı olan Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi kabul edilmiştir.¹⁵ 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 11/1.maddesinde; "*...Herkes kendisi ve ailesi için beslenme, giyim, ve konut dahil, yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkı vardır.*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Sözleşmenin 11. maddesi, sözleşmeye taraf olan devletin, herkesin konut hakkını tanıdığını belirtmektedir. Sözleşme, konutun, beslenme gibi yeterli bir yaşam düzeyine ulaşmanın temel koşullarından biri olarak görülmesi nedeniyle önemli bir yere sahiptir.

Haziran 1972 BM Çevre Konferansı sonucu yayınlanan Stockholm Bildirgesi uluslararası ölçekte ilk kez konut hakkını etkileyen çevre hakkını tanıyan özelliğe sahiptir. 1992 tarihli Rio BM Çevre ve Kalkınma Zirvesi'nde ise, global çevrenin ve insan haklarının korunmasının uluslararası alanda bireysel olarak devletlerin iradelerine bırakılamayacağı kabul edilmiştir.¹⁶

Fiziksel kentsel çevrenin geliştirilmesi, var olan konut stokunun yenilenmesi, kentlerde kültürel ve toplumsal olanakların yaratılması ve yönetime halk katılımının belirlenmesi 17-19 Mart 1992 tarihlerinde Avrupa Konseyi'nin Strasbourg'daki 27. Oturumunda kabul edilen

¹³ Kaboğlu, Ö.İbrahim, "Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı" TODAİE. İnsan Hakları Yılı, Cilt:17-18, Ankara 1995-1996, s. 46

¹⁴ bkz. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

¹⁵ bkz. <http://www2.ohchr.org/english/-law/cescr.htm>

¹⁶ Kaboğlu, Ö.İbrahim "Çevre Hakkı", İmge Yayınevi, Ankara 1994, s.286-287

Avrupa Kentsel Şartı¹⁷ ile olmuştur. Düzenleme, Avrupa'da 1980-82 döneminde yayılan "Kentsel Rönesans'ın" geliştirdiği önemli kentsel politikalara işaret etmektedir.¹⁸

Konut hakkıyla ilgili olarak, Avrupa Sosyal Şartı'nın 31. maddesinde; "Devletler barınaktan yoksun kalma durumunu da tedricen ortadan kaldırmaya yönelik önlemler almalıdırlar. Devlet halkın kabul edilir düzeyde kentlerden yararlanabilmesini sağlamakla ve maddi olanağı dar olanlar için konut giderlerini ulaşılabilir bir düzeyde tutmakla yükümlüdür." denilmek suretiyle, Devletlere; konut hakkı ve konut çevresini koruma altına alma ve yaşayan herkesin konut ihtiyacının karşılama görevi yüklenmiştir.¹⁹ Avrupa Kentsel Şartı mevcut durumuyla kent ve kentli haklarına çok geniş bir çerçeve çizen ve yol gösteren tavsiye niteliğindeki bir belge olmasının yanında Hükümetlerin değil, yerel yönetimlerin imzasına açılmış olması özelliğini de taşıyan bir belge niteliğindedir.²⁰

Avrupa Kentsel Şartında, geleceğin kenti olarak "İdeal Kent" kavramına yer verilmektedir. İdeal Kent; kentli haklarını koruyan, en iyi yaşam koşullarını halkına sunan, yaşamı, çalışmayı, ticareti bünyesinde barındıran, eğlence, kültür ve bilgiyi orada barındıran, eğitim olanaklarını sunan, sağlık hizmetlerinden faydalanmaya olanak sağlayan, birçok sektör ve aktiviteyi (trafik, yaşam, çalışma, dinlenme gereksinimleri) bir arada uyum içinde barındıran yaşam yeri olarak tanımlanmaktadır. Olumsuz koşullara sahip olmayan yani, şiddetten, her tür kirlilikten, bozuk ve çarpık yapılaşmadan uzak bir kenti çağrıştırmaktadır. Ayrıca Şart; söz konusu hakların, yaş, cinsiyet, ırk, inanç, milliyet, sosyoekonomik ve politik statü, ruhsal ve bedensel özür gözetmeksizin, tüm insanlara eşit koşullarda uygulanmasını öngörmektedir.

Avrupa Kentsel Şartı'nda konut hakkının kapsamının özellikle "Konut, kişinin gündelik yaşamını sürdürebilmek amacıyla enerji ve kuvvet toplayabildiği ve fiziksel sağlığı için güvenli, emin bir ortam olmalıdır. Buna da yapılarda güvenlik standartlarını oluşturup uygulamak, sıhhi olmayan ya-

¹⁷ Karar No: 234 ve Eki

¹⁸ BALKIR, a.g.m., s.352

¹⁹ BALKIR, a.g.m.,s.343

²⁰ BALKIR, a.g.m., s.353

pılara ilişkin envanterleri derleyerek; yapıların yıkılması, yeniden yapılması ya da onarılmasına; yerel sağlık, güvenlik ve barınma birimlerinin işbirliği ile karar verilmelidir. Bu aynı zamanda konutların doğal tamamlayıcısı, bahçeler, yeşil alanlar ve bu amaçla ayrılmış benzeri paylarla (küçük bostanlarla) donatılması anlamına gelir.” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Konutla bireyin mahremiyetinin olması, her insan ve ailenin; güvenli, sağlam bir konut edinme hakkı, yerel yönetimlerin, konutla seçenek, çeşitlilik ve ulaşılabilirliği artırması, sosyal ve ekonomik olanakları kısıtlı olan kişi ve ailelerin haklarının korunması, ev sahibi olabilmek ve kullanım süresi güvencesinin sağlanması, eskimiş konut dokusunun yenilenmesinin bedelinin burada oturan sosyo-ekonomik seviyesi düşük gruplara yüklenmemesi gibi temel ilkelerin Şartta belirlendiğini görmekteyiz.²¹

Habitat II olarak bilinen 1996’da İstanbul’da gerçekleştirilen BM İnsan Yerleşimleri Konferansı; yerleşim özgürlüğü, konut hakkı ve kentsel yaşam kalitesine vurgu yapmaktadır.²² İstanbul’da toplanan Bileşmiş Milletler İnsan Yerleşmeleri Konferansı’nda (HABITAT II) kabul edilen HABITAT Gündemi (1996: madde 39), “herkesin sağlıklı, güvenli, emniyetli, erişilebilir ve ödenebilir olan ve temel hizmet, kolaylık ve konfor unsurlarını içeren, konut ve yasal yararlanma güvencesi konusunda ayrımcılıktan arınmış yeterli konutu olabilmesi”nden söz ederken, barınma gereksinmesine denk düşen yeterli bir konut hakkında da bir fikir vermektedir.²³

Görüldüğü üzere, konut ve barınma hakkı, uluslararası belgelerde farklı şekillerde güvence altına alınmış bulunmaktadır. Konut hakkı, uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle de güvence altına alınmış ve bu belgelerde konut hakkının gerçekleştirilmesi yönünde devletlere somut görevler yüklenilmiştir.

Zira, konut hakkı devletin katkısı olmadan kişilerin kendi başlarına yararlanamayacakları sosyal haklardandır. Ekonomik açıdan zayıf olan kişi, toplumsal katmanları koruma, sosyal hukuk devleti bağla-

²¹ Balkır, a.g.m., s.353

²² Keleş Ruşen “Sağlıklı Kentte Yaşama Hakkı”, Sağlıklı Kentler ve İnşaat Mühendisliği, İzmir:

TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayını, 20-21 Ekim 1995, S.172

²³ Çoban, Aykut Namık “Cumhuriyetin İlanından Günümüze Konut Politikası” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 67, No. 3, 2012, s.77

mında toplumsal eşitlik, insanlığın yaşar kalması, yerleşme özgürlüğü ile birlikte kişilerin konut değiştirme ve diledikleri yerde konutlarını seçme ve yerleşme temel haklarını kapsar.²⁴

Barınma hakkı; bireyin güvenliğinin ve mahremiyetinin olduğu sağlık kadar hayati öneme sahip olan tek yerdir. Barınma hakkına yönelik devletin seçenek, çeşitlilik, ulaşılabilirlik artırma görevi bulunmaktadır.

Kentsel gelişim düzenlemeleri; konut hakkı, mülkiyet hakkı, barınma hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile dayanışma ve çatışma içinde olabilir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, barınma hakkının gerçekleşmesi, insanın başını sokacak bir barınağının olması ile sağlanacak bir hak değildir. Güvenliği ile su, elektrik, kanalizasyon gibi altyapı hizmetleri sağlanmış, ısı, ışık ve havalandırması yeterli, sağlık koşullarına uygun, insanın çalışma, sağlık, eğitim, çevre gibi haklarını kullanmasına olanak tanıyan bir yaşam ortamına sahip, geliri ne olursa olsun herkesçe erişilebilir ve karşılığı ödenebilir olması halinde konut hakkının ve barınma gereksiniminin sağlandığından bahsedilebilir. Dolayısıyla, kentsel dönüşüm ve planlamaya ilişkin olmak üzere yapılacak olan yasal düzenlemelerde hak ve özgürlüklerin eksen alınması zorunluluğuna bağlı olarak bu ilke ve kurallar yasa koyucuya yol gösterici nitelikte olacaktır.

ÜLKEMİZDE KENTSEL DÖNÜŞÜM KAVRAMINA VE KONUT HAKKINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ülkemizde kentsel dönüşümün irdelenmesi konusunda getirilen en önemli ve oldukça yerine oturan bir ayırma göre konuyu üç bölümde ele almak mümkündür. Buna göre ülkemizin konut politikasının ve buna bağlı olarak kentleşme olgusunun irdelenmesi; ulus devletin kuruluşunu içeren 1923-1950, emek gücünün kente göçü ile nitelenen 1950-1980 ve sermayenin kentlerde hegemonyasını kurduğu 1980 sonrası olmak üzere üç döneme/bölüme ayrılmaktadır.²⁵ Ancak, 6306 sayılı Yasa ve bu Yasadan önce çıkarılan Büyükşehir Belediyesi Kanunda

²⁴ Balkır, a.g.m., s.340,341

²⁵ Çoban, s. 76

yer alan hükümler, farklı bir dönemin başlangıcı olarak kabul edilebilir niteliktedir.

İlk dönemdeki en önemli kentleşme ve konut olgusu, cumhuriyetin ilk yıllarında mübadeleyle gelen nüfusun iskânı ile yani 1923'te Lozan'da imzalanan Türk-Rum Nüfusun Mübadelesi Sözleşmesi'nin sonucu olarak Yunanistan'dan gelen göçmenlerin iskânına başlandığı dönemi kapsamaktadır. Ülkemize gelen göçmenlerin yerleştirilmesi ve göçmenlere konut yapılması görevlerini yürütmek üzere, 1923 yılında Mübadele, İmar ve İskân Bakanlığının da bu dönemde kurulduğunu görmekteyiz.²⁶ Bu dönemde yerleştirmelerin gelen nüfusun Yunanistan'a göç edenlerin terk ettikleri konutlara ve yerlere yerleştirilmeleri ile gerçekleştirilmek istendiği, yani yeni konut yapma politikasının henüz düşünülmediğini görmekteyiz.

Bu dönemde konut ve kentleşme olgusundaki başka bir gelişme ise, memur sayısının artmasına bağlı olarak memurların konut gereksinmelerinin karşılanması için yasal düzenlemelerin yapılmasıdır. 1925 yılında çıkarılan bir Yasa, memurlara, konut kooperatifleri kurmaları için aylıklarının yarısı kadar avans verilmesine olanak tanımış, 1928 yılında çıkarılan başka bir Yasa ile Maliye Bakanlığı'na Hazine olanaklarıyla memur konutları yaptırma yetkisi verilmiştir. Bu Yasa uygulamaya geçirilemediği için, 1929 tarihli bir Yasayla, memurlara konut tazminatı ödenmesi uygulaması başlatılmış ve bu uygulama 1951 yılına kadar sürdürülmüştür.

1944 tarihli Memur Meskenleri İnşası Hakkında Kanun ile memurlar için konut yapılması konusu düzenlenmiştir. Yasa, uygulamasında memur sayısının fazla olduğu Ankara iline öncelik tanınmıştır. Ankara'daki Saraçoğlu (Namık Kemal) Mahallesi de bu dönemde ortaya çıkan nadir yapılanmalardandır.²⁷

Ayrıca, memurları konut sahibi yapmak amaçlı olmak üzere, memurların ve talep sahiplerinin konut kredisi alabilmeleri için Emlak ve

²⁶ Yavuz, Fehmi, "Politika ve Yerleşme Sorunlarımız", Dokuzuncu İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları: Türkiye'de Orman Köyleri, Yerleşme, Bölge Planlama, Şehirleşme, Doğu Anadolu'nun Sorunları, Ankara: AÜ SBF İskân ve Şehircilik Enstitüsü Yayınları, s.144; aktaran ÇOBAN, a.g.m., s.78

²⁷ Keleş, Ruşen "Kentleşme Politikası" 11. Baskı, Ankara 2010 İmge Yayınevi., s.434-435; ÇOBAN, a.g.m.,79

Eytam Bankası 1926 yılında kurulmuştur.²⁸ Emlak ve Eytam Bankası, konutu olmayanlara ucuz konut yaptırmak için kredi vermekle, bina yapıp satmakla ve yapı, yapı malzemesi endüstrisi ve ticaretini desteklemekle görevlendirilmiş ise de, 1950'li yıllarda İstanbul'da Ataköy'de ve Levent'te yapılanlar gibi dar gelirli için ucuz konutlar olmadığı, lüks sayılabilecek geniş ve pahalı konutlar olduğu halde, bu Banka tarafından kredilendirilmesi söz konusu olmuştur.²⁹

Cumhuriyetin, gelişmesi bir plana bağlı olan ilk kenti olma özelliğine sahip, Ankara'da planlama konusunda sürdürülen kapsamlı uygulamaların olduğunu belirtmek gerekir. 1928 yılında çıkarılan bir Yasa ile Ankara Kenti İmar Müdürlüğü kurulmuştur. 1932 yılında onaylanarak uygulamaya konulan Jansen Planı olarak adlandırılan plan raporunda, bir "amele mahallesi"nin³⁰ yapılması gerektiğini belirtmiş ise de bu "amele evleri projesi"³¹ olarak adlandırılan proje yapıp, hayata geçirilememiştir.

Emek gücünün kente göçü ile nitelendirilen 1950-1980 dönemin başında 1950'li yıllarda gecekondu belirmeye başlamış, kaçak yapılar artmıştır.³² Bu gelişmeler üzerine gecekondulaşmayı engellemeyi ve ucuza üretilen kamu arsalarının satılarak konut üretiminin artırılmasını hedefleyen 1953 tarihli ve 6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Binalar Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

Konut sorununun etkisini artırdığı bu dönemde tek parsel üzerine tek ev yapılması kuralını değiştirmek amaçlı olmak üzere 6 Ocak 1954 tarihinde Tapu Kanunu'nda değişiklik yapılmak suretiyle gayrimenkul üzerinde bulunan ya da yapılacak olan binanın bir katından ya da dairesinden yararlanmak üzere irtifak hakkı kurulması ve böylece tek parseldeki bina üzerinde birden çok kişinin irtifak hakkı kurmasına olanak tanınması söz konusudur.³³

²⁸ Bu banka 1946 yılında, Türkiye Emlak Kredi Bankası'na dönüştürülmüştür.

²⁹ Keleş, a.g.e.,s.399

³⁰ Planda buna gerekçe olarak "ameleyi toprağına, yuvasına bağlamakla Türk Milletinin bu işteki alakasını uyandırarak Hükümetin mevcut hedeflerine bu suretle bir parça daha yaklaşmış olacağı" vurgulanmıştır.

³¹ Çoban, a.g.m., s.82

³² Gecekondu sayısı, 1948 yılında 25-30,000, 1960 yılında 240,000 ve 1980 yılında ise 1,150,000 olarak tahmin edilmektedir. Gecekondu nüfusun kentsel nüfustaki payı da 1955 yılında yüzde 4.7 iken 1980 yılında yüzde 26.1 olarak verilmektedir. Bakınız,Çoban, agm., s.82

³³ Yapsatçılık olgusunun bu dönemde çıktığı kabul edilmektedir. Bakınız, Çoban, agm.,s.85

Özellikle özet bir şekilde bu tarihsel ve hukuki gelişmelere yer verilmesinin amacı, Anayasalarında bu konuda düzenlemeler yer almadan önce konut- kentleşme konusundaki uygulama perspektifini bir derece yansıtmaya çalışmaktadır. Bu gelişmeler bize, konut-kentleşme perspektifinin, dar gelirli kesimi devlet desteği ile konut sahibi yapmanın hedeflendiği, bu hedefe ulaşmak için toplu mahalle ve yerleşim yerlerinin kurulması şeklinde bir kentleşme politikasının uygulandığını göstermektedir. Şüphesiz, dar gelirli kesimi konut sahibi yapmak konusundaki çabalar yadsınamaz. Ancak, modern ve gelişmiş anlamda ele alınan konut hakkını sağlamaya yönelik ve geleceği de kapsayan bir kentleşme politikasının varlığından ve buna ilişkin hukuki düzenlemelerden söz etmek mümkün değildir.

1961 VE 1982 ANAYASALARINDA KONUT HAKKININ DÜZENLENİŞİ

1982 Anayasasında yer alan düzenlemeler ve buna dayalı olarak yapılan yasalara geçmeden önce 1961 Anayasasında konu ile ilgili düzenlemelere bir göz atmak suretiyle her iki Anayasadaki düzenlemeleri karşılaştırmakta fayda bulunmaktadır. 1961 Anayasasına baktığımızda en önemli düzenleme olarak "sağlık hakkı" başlığı altında barınma hakkına yer verildiğini görmekteyiz. 1961 Anayasası barınma hakkını sağlık hakkı başlığı altında ele alınmak suretiyle o dönemin geleneksel anlayışını yansıtmıştır.³⁴

1961 Anayasasının 49. maddesine göre; beden ve ruh sağlığı içinde bir yaşam sürmenin koşulu olarak konut gereksinmesinin karşılanması zorunlu olduğundan, devlete; yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık koşullarına uygun olarak konut gereksinmelerinin giderilmesi için gerekli önlemleri almak görevi verilmiştir. Yoksul ve dar gelirli ailelerle ilgili bu vurgu, madde gerekçesinde yer alan "insan gibi barınmanın asgari imkanlarına sahip olmayan kimseler" şeklindeki açıklama ile kastedilenin yoksul ve dar gelirli olduğu ve bu noktada devlete verilen görevin kapsamının ne olduğu anlaşılabilir.³⁵ Ancak madde

³⁴ Börtüçene, İcen "Kalkınma Planı ve Konut Sorununun Çözümünde Umulan Gelişmeler Üzerine Düşünceler", Konut Kurultayı (Ankara 1975 TMMOB), aktaran Çoban, a.g.m., s.81

³⁵ Örucü, Esin, "Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut" İstanbul 1972: İÜ Hukuk Fakültesi,, S.89

gerekçesinde yer alan; “en büyük hizmetin dar gelirli vatandaşı konut sahibi kılmak olduğu” şeklindeki ifade, Anayasada yer alan herkesin kendi mülkiyetinde olan bir konuta sahip olmasından değil, konut gereksinmesinin karşılanmasından söz ettiği, barınma gereksinmesinin karşılanmasının biricik ve en etkili yolunun ise mülk konut olmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.³⁶

1982 Anayasası, konutu, sağlık hakkı ile birlikte değil, bağımsız olarak ele almakta ve “konut hakkı” kenar başlığı altında düzenlemektedir. Konut hakkı herkese tanınmış temel bir hak olmakla birlikte özellikle yoksul kesimler açısından daha da büyük öneme sahiptir. Bu nedenle insan hakkı belgelerinde yoksul ve dar gelirli kesimlere özellikle yer verilmektedir.

1961 Anayasasının 49. maddesinde “devlet yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır” ifadesine yer verilmiş ve uygulama bu yönde gelişmiştir. Konut hakkı, bir sosyal hak ve bir isteme hakkı olarak, güçsüz toplumsal katmanlara hitap ettiğinden, konut edinme güclüğü bulunanların bu haktan yararlandırılmaları sosyal devletin yerine getirmesi zorunlu görevidir. 1961 Anayasası, yoksul veya dar gelirli ailelerin konut ihtiyacını karşılamakla devleti yükümlü kılarken (m. 49), 1982 Anayasası sadece devlete yönelik olarak “konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır” kuralı ile getirilmek suretiyle bu durum devlet için zorunluluk olmaktan çıkarılmıştır.³⁷

1961 Anayasası özne kriterini birey olarak değil, yoksul konumdaki aile şeklindeki tanımlamadığı halde, 1982 Anayasası konut hakkına ihtiyaç sahibi birey ve hak özneleri açısından yaklaşmaktan kaçınmıştır. Her iki Anayasanın konut hakkını ele alış şekli itibariyle konuya bakıldığında, sosyal devlet sistemini öngören 1961 Anayasası, konut sorununu sosyal hak anlayışıyla çözüme kavuşturmayı hedeflemesine karşın, 1982 Anayasasının “konut hakkı” kavramını kullanmakla birlikte, konut sorununa “sosyal haklar ve sosyal devlet anlayışıyla yaklaştığını ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir.³⁸

³⁶ Çoban, a.g.m., s.87

³⁷ Kaboğlu, İbrahim Ö., “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt:17-18, 1995-1996, Ankara, s.36

³⁸ Kaboğlu, 1995-1996, s.37

Konut hakkı ancak sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama imkânı olduğunda tam olarak kullanılabilirdiğinden 1961 Anayasasında konut hakkına, sağlık hakkının içeriğinde yer verilmiş bulunmaktadır. Buna karşın, 1982 Anayasası'nın çevre hakkına yer veren 56.madde-sindeki düzenlemeyle; sağlıklı bir çevre ile konut hakkının birlikte ele alınması ve dolayısıyla bu iki hakkın, birlikte gerçekleştirilmesi gerekliliği sonucuna bizi götürmektedir.

Öte yandan, 1982 Anayasasının 65. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, devlet Anayasa ile belirlenen görevlerini, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmek durumundadır. Bu sınırın konut hakkı yönünden tartışılması gerektiği açıktır. Özellikle barınma hakkı açısından konut hakkına yaklaşıldığında devletin mali kaynakları yeterli olmadığı için evsizlere barınmak için bir yer ayarlamamasına bu maddenin mazeret olarak ileri sürülmesi özellikle bu hakkın içeriğinin sosyal devlet kavramı ile bütünleşmesi nedeniyle mümkün olmadığını söylemek gerekir. Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüde sorumluluğu olmasının kabulü, devletin gerek sosyal devlet kimliğinin ortadan kalkması ve devletin bu hakla ilgili yapma edimiyle yüklendiği anayasal sorumluluğunun kurtulması sonucunu doğurur ki, bu durumun Anayasa ile bağdaşmayacağı açıktır.³⁹

KONUT HAKKINA AİHM. KARARLARI IŞIĞINDA BAKMAK

Konut hakkı ve kentsel planlamaya ilişkin olmak üzere yapılan ve yapılacak düzenlemelerde konunun AİHM. taşınması halinde ne gibi hukuki engellerle karşılaşılacağından yola çıkarak konuya ilişkin kararların; özellikle toplumsal yaşam ve çevre sorunlarına ilişkin hak arayışları, yerinden edilenlerin hak arayışları,⁴⁰ kentsel ve çevresel kirliliğin artmasına bağlı olarak adalet arayışı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arayışı, doğal afetlerde devletin sorumluluğu konusunda hak arayışı; konunun uluslararası boyutunu ve dolayısıyla ulusal yargı dışındaki uluslararası yargı kuruluşlarının konu ile ilgili değerlendir-

³⁹ Balkır, a.g.m., s. 343

⁴⁰ Özbek Sönmez İpek, "Kentsel Planlama, Kent Hakkı ve Adalet Yargı Kararları Işığında Kent Planlama ve Adalet İlişkisinin Değişen İçeriği" TBB Dergisi, 2012 s,98

melerini ve kararlarını önemli hale getirmiştir. Bu noktada özellikle benzer nitelikteki dava ve başvurularda verilen kararları irdelemek yol gösterici nitelikte olacaktır:

Örneğin İngiltere’de Çevre Bakanlığı’nın 2000 yılı verilerine göre Roman’lara ait 13.134 adet karavanlar bulunduğu ve 6.118’i yerel yönetimlerce belirlenen ve “Karavan Kentler” olarak anılan özel alanlara yerleştirildiği bilinmektedir. Bu ülkede elli yılı aşkın bir süredir planlama ilkeleri oluşturulurken Roman’ların yaşam koşulları, birlikte konaklama yerleri belli bir işte çalışmak, çocuklarını okutmak, yaşlılarını dinlendirmek ve ailece sağlık olanaklarından yararlanmak açısından insan onuruna yaraşır nitelikte öngörülmemiştir. Romanların belli yerlerde oluşturulan “Karavan Kentlerde” toplanması sağlanarak başka kasaba ve köylere entegre olmaları engellenmiş ve neredeyse diğer kişilerden ve yaşam alanlarından izole edilmişlerdir.

İngiltere’de artık yerleşik yaşama geçmek isteyen bir Roman şahıs, bir arsa satın almış ve ardından arsaya kendisine ait 3 karavanı getirir ve geçici yerleşim izni için başvuruda bulunmuştur. Bu şahıs kendi mülkiyetindeki bir alana yerleştikten ve yeni yaşam alanına uyum sağladıktan sonra, başka karavanlarda yasal ya da yasal olmayan şekillerde aynı semtte konaklamaya başlamıştır. Mülkün sahibi olan bu şahıs tarafından taşınmazına 3 karavan daha yerleştirmek için planlama izni verilmesi talebi; Belediye Meclisi tarafından karavanların çoğalmasının plan kullanım kararlarına aykırılık taşıyacağı, kırsal açık alanın görünümünü bozacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Mülk sahibinin konuyu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na taşınması üzerine mahkeme; şahsın taşınmazını konut kurmak amacıyla alığını, başka bir yerde konutu bulunmaması sebebiyle başvuruyu “konut” hakkına saygı gösterilmesi kapsamında kabul etmiştir. Buckley/İngiltere kararında⁴¹ AİHM. Yasal olmayan yerleşimlerin sözleşmenin 8.maddesinden faydalanıp faydalanmayacağını değerlendirmiş ve Çingene olduğundan ailesiyle birlikte sahip oldukları taşınmaz üzerinde karavanda yaşaması için gerekli olan imar izni verilmemesinin 8.maddedeki korumadan yararlandırılmasını kabul etmiştir.

⁴¹ Buckley/İngiltere, Dosya No:20348/92, 25.09.1996 tarihli karar

Mahkemeye göre, 8.maddede yer alan konut kavramı sadece yasalara uygun olarak edinilmiş konutlarla sınırlı değildir ve bu şekilde sınırlandırılması haklı gösterecek bir neden de bulunmamaktadır.⁴²

Öte yandan, Romanların yerleşik yaşama geçmeleri konusunda altı farklı örnek olayda AİHM'ne başvurulmuştur. Ancak, söz konusu başvurularda da Romanların taşınmazları, planlama açısından kararları ile yaşamaya uygun bulunmamıştır.

Romanların geleneksel yaşam alışkanlıklarını sürdürürken, kısmen yerleşik hayata geçmelerine izin verilmemesi, diğer şehir sakinleri ile bütünleşmelerine olanak tanımaması ve yalnızca Romanlar için tanımlanmış gettolarda yaşamak zorunda bırakılmaları yaşama hakkına, yerleşme özgürlüğüne aykırıdır.⁴³

Chapman/İngiltere kararında⁴⁴ mahkeme olayı eşitlik ilkesi bağlamında da irdelemiş ve "Önemli ölçüde farklı konumlardaki kişilere, akılcı ve nesnel gerekçe olmaksızın ayrıcalıklı davranmakta başarısız olan devletlerde, ayrımcılık ortaya çıkabilir" gerekçesi ile Çingene ailelerine gereksinimlerinin karşılanması için elverişli konut sağlanmasının devletlerin zorunlu görevli olduğu kabul edilmiştir. Bu gerekçelerden de anlaşılacağı üzere devlete düşen konut sağlama görevinin yerine getirilmesinde eşitlik ilkesine de uyulması gerekmektedir.⁴⁵

Başka bir örnek ise, Sofya yakınlarında bulunan bir arazide senelelerdir tapusu olmadan yaşayan Roman kökenli vatandaşların barındıkları alanı dönüştürmek isteyen Sofya Belediyesi'nin boşaltmaya ilişkin aldığı kararına karşı yapılan başvuru üzerine verilen karardır. Bu başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel yaşamın, aile yaşamının ve konut hakkının korunmasını düzenleyen 8.maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2 Ekim 2012 tarihinde verdiği Yordanova/Bulgaristan kararında⁴⁶ kişilerin yaşamak ve sağlık hakkını korumak ve gerçekleştirmek için devletin pozitif yükümlülükleri olduğunu, bu nedenle riskli ve sağlıksız

⁴² Dinç, Güney "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan Hakları", TBB Yayınları, Ankara 2008, s.131

⁴³ Perera, Gihan, Claiming the Right to the City, www.righttothecity.org

⁴⁴ Chapman/İngiltere, Dosya No: 27238/95 18 Ocak 2001 günlü Büyük Daire Kararı

⁴⁵ Güney, age., s.149

⁴⁶ Yordanova/Bulgaristan, Dosya No: 5126/05, 2 Ekim 2012 tarihli kararı

koşullardaki yapılaşmalara müdahalesinin meşru kabul edilebileceğini belirtmiş, ama gerek ekonomik güçlükler gerekse sosyal ortamdaki baskılar nedeniyle mağdur olan bu insanlara herhangi bir teminat verilmeden, yaşanacak yer tahsis edilemeden alınan bu kararı ölçülülük prensibine, AİHS'nin ayrımcılık yasağına, Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına aykırı olduğuna ve başvuruca ya Bulgar makamlarının manevi zararın giderilmesine yönelik manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.⁴⁷

Danıştay 6. Dairesince verilen 21.04.1993 tarih ve E:1992/1347 K:1993/1630 sayılı kararda ise; "3194 sayılı Yasanın 9. maddesinde Bakanlığın gerekli görülen hallerde kamu yapıları ile ilgili imar planı değişikliklerini, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondu Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planları ve plan değişikliklerini yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Bulgaristan'dan göçe zorlanan soydaşların durumu Bakanlıkça umumi hayata müessir afet olarak değerlendirildiği anlaşılmakta olup, insanların yaşadıkları yerlerden göçe zorlanmaları olağanüstü bir durum oluşturduğundan böyle bir değerlendirme sonucu anılan 9.maddeye dayanılarak yapılan planda mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan, dava konusu alanda yaşayacak nüfusun gerektirdiği park, ağaçlandırılacak alan, spor alanları, otopark ve ilkökul alanı gibi sosyal donatı alanlarına yer verildiği ve bu haliyle imar planında şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır..." gerekçelerine yer verilmek suretiyle insanların yaşadıkları yerlerden göçe zorlanmalarının olağanüstü bir durum olduğu ve bu nedenle idarelerin buna dayalı olarak yapacakları işlemlerde kişilerin mağduriyetini gidermek amaçlı özel yetkiler ile donatılmaları gerektiğinin yargı tarafından kabul edildiğini görmekteyiz.⁴⁸

Kentsel adaletin sağlanması konusunda en etkili yol gösterici ve bireyler için güvence oluşturan, ulusal ve uluslararası düzeylerde alı-

⁴⁷ Yurtcanlı, Seda "Temel Haklar Penceresinden Kentsel Dönüşüm" Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2013, Sayı:1-109, s. 42

⁴⁸ Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr>

nan yargı kararları oluşturmaktadır.⁴⁹ Bu noktada yapılacak olan kentsel dönüşüm ile ilgili yapılacak olan düzenlemelerde bu kararların da dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır.

6306 YASANIN İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELERİN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

6306 sayılı Yasadan önce “kentsel dönüşüm” kavramı 2004 yılında çıkarılan 5104 sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanununun ile ilk örneğini vermiştir. Bu Yasanın amacı; kuzey Ankara girişi ve çevresini kapsayan alanlarda kentsel dönüşüm projesi çerçevesinde fiziksel durumun ve çevre görüntüsünün geliştirilmesi, güzelleştirilmesi ve daha sağlıklı bir yerleşim alanı sağlanmak suretiyle kentsel yaşam düzeyinin yükseltilmesidir. Bu Yasa kentin belirli bir bölgesini sadece kapsayan kentsel dönüşümü öngörmesi açısından ilk olma özelliğinin yanında, kentsel planlama ve gelişim açısından olumsuzluk içeren parçacı yaklaşımı benimsemiş olması özelliğini de taşımaktadır.⁵⁰

2005 yılında kabul edilen 5366 sayılı Kanun da kentsel dönüşüm kavramı yer almaktadır. 5366 sayılı “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkındaki Kanun”, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş sit alanlarında restorasyon ile konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması amacıyla çıkarılmıştır. Bu Yasada yer alan düzenlemelere dayalı olarak, Dikmen, Sulukule, Ayazma ve Tarlabası uygulamaları yapılmıştır. Bu uygulamaların Yasanın öngördüğü yenileme ve koruma amacından uzaklaştığı görülmüştür.⁵¹

2010 yılında yürürlüğe giren bir düzenlemede de kentsel dönüşüm kavramına yer verildiğini görmekteyiz. 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 17.06.2010 tarih ve 5998 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik “Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı” başlıklı 73. maddesinde göre, Belediyeler, belediye meclisi kararıyla; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti

⁴⁹ Dinç, a.g.e., s.

⁵⁰ Uzun, Nil, “Yeni Yasal Düzenlemeler ve Kentsel Dönüşüme Etkileri”, TMMOB. Şehir Plancıları Odası Yayını, Kentsel Planlama Sayısı, s. 51

⁵¹ Uzun, a.g.m.,s.52

alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir.

Kentsel dönüşüm kavramı kent içindeki alanların toplumsal, ekonomik ve mekânsal olarak yeniden ele alınması ve kentteki sorunlu alanların sağlıklı ve yaşanabilir hale getirilmesi amacını taşımaktadır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için yıkıp yeniden yapıma, canlandırma, sağlıklı hale getirmek için proje üretilmesi ve uygulaması yapılması, kentin çöküntü haline gelmiş bölgelerinin yeniden ayağa kaldırılması sonucunun ortaya çıkması gerekmektedir. 2010 yılında yapılan değişiklikle birlikte kentsel dönüşümün eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa etme ve çöküntü haline gelmiş alanlara bir çözüm olma amacından uzaklaşmıştır. Yapılan bu değişiklik ile, her türlü alanda kentsel dönüşüm alanı ilan edilebilmesine olanak tanınmış bulunmaktadır. Bu ve başka bir çok yönü ile düzenlemenin Anayasa'nın mülkiyet hakkına, eşitlik hakkına, temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu olarak ileri sürülmüş⁵² ve anılan düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

5393 sayılı Yasa ile getirilen "kentsel dönüşüm" kavramına ilişkin düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin önüne gitmesi üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından henüz gerekçesi yayımlanmamış olmakla birlikte bir iptal kararı verilmiş bulunmaktadır.⁵³ Bu iptal kararına dayalı bir değerlendirme yapmak henüz mümkün değildir.

Bu arada 2012 tarihinde yürürlüğe giren birlikte 6306 sayılı Yasada yer alan düzenlemelerin de Anayasada yer alan düzenlemelere ve ilkelere aykırı olduğu ileri sürülmüş ve konu Ana Muhalefet Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmüş bulunmaktadır. Kentsel dönüşüm kavramı ile ilgili 5393 sayılı Yasaya ilişkin Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi henüz yayımlanmamakla bir-

⁵² Atalay, Can, "Kentsel Dönüşüm ve Sorunlar", Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2013- /1-109, s.36

⁵³ Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 gün ve E:2010-82 K:2012/159 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 gün ve E:2010/82 K:2012/39 sayılı kararı ile de iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihe kadar yürürlüğü durdurulmuştur.

likte, Anayasa Mahkemesinin bu karardan önce verdiği kararlarda yer alan gerekçeler doğrultusunda Yasanın Anayasaya aykırılığı hususunun hukuki irdelemesinin yapılması mümkündür.

Hukuk Devleti İlke ve Kurallarına Aykırılık

6306 sayılı Yasaya ilişkin en önemli eleştirilerden birisi; yerel yönetimlerin devre dışı bırakıldığı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesinde yer alan hükümle belediyelere kentsel dönüşüm konusunda verilen yetkinin tamamıyla kaldırıldığı, plan yapma yetkisinin yerel yönetimlerden merkeze kaydırılmasının Anayasa aykırı olduğu hususudur. Anayasanın 127. maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesinin ve yerel yönetim dengesinin merkeze kaydırılması sonucu dengenin bozulduğu, yerel ortak gereksinimleri karşılamak konusunda merkezin yetersiz kalacağı, Belediyelerce daha önce yapılan planlarla uyumlu olamayacağı ileri sürülmüştür.⁵⁴

Bilindiği üzere 3194 sayılı İmar Kanununda yer alan düzenlemeler ile ülke ve bölge düzeyindeki plânlarla, çevresel ve metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması zorunludur. İmar plânlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle, plan yapma yetkileri merkezî yönetim ile yerel yönetim arasında paylaşılması esası yasalarda yer almaktadır.

Anayasa'nın 127. Maddesinin 1. fıkrasında yerel yönetimlerin genel bir tarifi yapıldıktan sonra; 2. fıkrasında bu yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Anayasa'nın 127. maddesinin 5. fıkrasında ise, yerel yönetimlerin merkezi yönetimle ilişkisi düzenlenmekte ve yerel yönetimlere özerklik tanırken merkezî yönetime de onlar üzerinde bir denetim yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesi olan: "*Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.*" hükmündeki yerellik ilkesine aykırı olarak; Anayasanın 127. Maddesinde yer alan idari vesayet yetkisini aşan, kanunlarda yerel yönetimlere verilen yetkileri Bakanlık bünyesine aldığı yönünde 6306 sayılı Yasaya ilişkin eleştiriler ileri sürülmüştür.

⁵⁴ Bkz. TMMOB. Mimarlar Odası Görüşü

Yerel imar plânlarının düzenlenmesinin her aşamasında; insan ve yerel ortak gereksinimlerin ön plânda yer aldığı göz ardı edilemeyeceğinden Anayasanın 127. maddesindeki *yerinden yönetim ilkesi*'nden hareketle, "imar plânlaması"nın yerel bir gereksinimlere uygun olarak yerel yönetimlerce yapılması gerekliliğinden bahsedilebilir.

Yasa, merkezî yönetimin yerel yönetimlerin yerine geçerek plânlamayı parsel düzeyine kadar düzenleme yetkisi verilmesi, yerel yönetimlerin yasa ile kendilerine verilen plânlama yetkilerini yerel gereksinimlere göre kullanmalarını olanaksız duruma getirmektedir. Yerel ortak gereksinimleri karşılamakla görevli yerel yönetimlerin, yerel imar plânlarının yapılmasında karar süreci dışında bırakması, yerel yönetimlerin Anayasal yetkilerini yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı olarak sınırlaması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yerel yönetimlerin yetkisini merkeze kaydırmanın Anayasaya aykırı bulduğu ve bulmadığı iki farklı sonuca hükmettiği kararları bulunmaktadır.

Örneğin; mülkiyeti Hazineye ait Ankara İli, Çankaya İlçesi, 5 inci bölge, Dikmen Mahallesinde bulunan 3 pafta, 16743 ada, 1 parsel numaralı taşınmaz mal ile ilgili olarak her ölçekteki imar plânını yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya ve her türlü ruhsatı vermeye Bayındırlık ve İskan Bakanlığının yetkili kılınmasına ilişkin yasal düzenlemede Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık görülmemiştir.

"Yerel imar planlarının ülke ve bölge düzeyindeki planlarla, çevresi ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar planlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar planlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle İmar Kanunu ile imara ilişkin yetkiler merkezi yönetim ile yerel yönetim arasında paylaştırılmıştır.

Anayasada, yerel ortak ihtiyaçların neler olduğuna ve imar planı yapma yetkisine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Yerel imar planlarının düzenlenmesinde yerel ortak gereksinimlerin göz ardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ancak bundan hareketle, imar planlarının münhasıran belediyelere ait bir yetki olduğu, merkezi yönetim birimlerine bu yetkilerin verilemeyeceği sonucuna varılamaz.

Kamu yararının gerekli kıldığı hallerde tek bir taşınmaz veya bölge ile ilgili olarak düzenleyici işlemler yapılması söz konusu olabileceği gibi, imar konusunda merkezi idare kuruluşlarına veya Bayındırlık ve İskan Bakanlığına düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmesinde de Anayasal bir sakınca bulunmamaktadır. İtiraz konusu kuralla, mülkiyeti Hazineye ait Ankara İli, Çankaya İlçesi, 5 inci bölge, Dikmen Mahallesinde bulunan 3 pafta, 16743 ada, 1 parsel numaralı taşınmaz mal ile ilgili olarak her ölçekteki imar plânını yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve resen onaylamaya ve her türlü ruhsatı vermeye Bayındırlık ve İskan Bakanlığı yetkili kılınmasında; plân hazırlama ve onaylama işlemlerinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığının uygun görülen birimince, ruhsat ve plân uygulama işlemlerinin ise Bayındırlık ve İskan Bakanlığı il teşkilatınca yerine getirileceğine, kesinleşen plânların ilgili belediyelere tebliğ edileceğine ve bu plânların uygulanmasının zorunlu olduğuna ilişkin düzenlemeler getirilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.”⁵⁵

Plan yapma konusunda Anayasanın 57. Maddesinde yer alan; “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler” ifadesinden yola çıkan Anayasa Mahkemesi;

“...Maddenin asıl amacının, “Konut hakkı”nı düzenlemek olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasa burada kişilerin konut hakkını kullanabilmelelerini sağlamakla görevlendirdiği Devletin, bu görevini şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde yerine getirilmesini istemektedir. Bu konuda bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Anayasamız planlama kararlarının alınmasında bir ayırımı gidilmeksizin sadece “Devlet”ten söz ettiğine göre, bu konudaki yetkiyi merkezi yönetim mi, yoksa yerel yönetimler mi kullanacaklardır? Anayasa’nın 123. maddesinde, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” denildiğine göre Anayasa Koyucu tarafından anılan yetkinin hem merkezi idare, hem de yerel idarelerce ya da birlikte kullanılacağına öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Anayasamıza göre, yerel yönetimler de Devlet kavramına dahil olduğuna ve bu durumda da, gerek bunların ve gerek valiliklerin yaptıracağı planlarda, şehirlerin özelliklerinin ve çevre şartlarının göz-ardı edileceği düşünülemez. Öte yandan her yerleşim merkezinin kendi doğal ve kültürel

⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin 22.07.2008 tarih ve E: 2008/39 K: 2008/134 sayılı kararı, 18.11.2008 gün ve 27058 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

değerleri içinde bir bütün oluşturduğu bir gerçektir. Anayasa'nın 57. maddesinde de "şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetilen bir planlama"dan söz edilmektedir. Ayrıca 8. madde ile merkezi idarenin planlama konusunda tüm yetkileri yerel yönetimlere devredilmiş değildir. Madde içeriğinden anlaşılacağı üzere merkezi yönetim bu yetkiyi gerekli gördüğü hallerde kullanacaktır. Kaldı ki, Yasanın 9. maddesi ile Bakanlığa bu konuda geniş yetkiler tanınmıştır..."⁵⁶ Açıklamaları ile merkezi yönetimine plan yapma yetkisinin verilmesinin Anayasaya ve konut hakkının amacına aykırı olmadığı kabul edilmiştir.

3194 sayılı Yasadaki planlama yetkisinin süresiz olarak Çevre Bakanlığına verildiği, Bakanlığın yerel yönetimlerin yerine geçtiği ileri sürülen Yasaya ilişkin olmak üzere yapılan bir başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince verilen 26.09.1991 tarih ve E:1990/38, K:1991/32 sayılı kararında⁵⁷ ise; "...Anayasanın idarî vesayetini hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığı..." belirtilmiştir.

Anılan bu Kararda; "...Yasada yerel yönetimlere ait olan yetkilerin geçici olarak alınabileceği belirtilmekle birlikte bunun için bir sınırlama - getirilmediğinden bu yetkilerin merkezî yönetimce çok uzun süre kullanılması olanağı getirilmektedir. Bu durum, yerel yönetimlerin özerkliğine idarî vesayet yetkisinin kullanılması dışında bir müdahale olanağı tanımayan Anayasa'nın 127. maddesi ile bağdaşmamaktadır. İtiraz konusu düzenlemede bir idarî vesayet ilişkisinin varlığından değil, merkezî yönetimin yerel yönetimlerin plânlama yetkilerine yukarıda özetlenen nedenler dışında ve sınırı belirsiz biçimde gelişigüzel el atmasından söz edilebilir. Böylece, İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu kanısına varılmıştır..." gerekçelerine yer verilmek suretiyle plan yapma yetkisinin yerel yönetimlerden merkezi idareye kaydırılmasının Anayasaya aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

TOKİ'ye plan yapma yetkisi veren Yasaya yönelik başvuru üzerine verdiği kararda da;

⁵⁶ Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 gün ve E:1985/11 K:1986/29 sayılı kararı, 18.04.1987 gün ve 19435 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin 26.09.1991 tarih ve E: 1990/38 K: 1991/32 sayılı kararı, 28.11.1991 gün ve 21065 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

“...Ülkenin konut sorununu çözmek üzere kurulan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’na, geçekodu dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanlarında çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde imar planı yapma yetkisinin verilmesi sosyal devletin gereğidir.

Ayrıca, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’na verilen imar planı yapma yetkisi yerel yönetimleri tamamen devreden çıkarıp dışlamamaktadır. Yasa, belediye meclislerine veya valiliklere Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’nca yapılan/yaptırılan imar planlarını üç ay içerisinde aynen ya da değiştirerek onaylama yetkisini vermektedir. Üç aylık sürenin ise yerel yönetimlerin plan incelemeleri ve ilgili kuruluş ve tarafların görüşlerinin de alınmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan hak ve menfaatleri ihlâl edilen gerçek ve tüzelkişilerin yargı mercilerine başvurmalarını engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır...⁵⁸ gerekçelerine yer verilmek suretiyle plan yapma yetkisinin yerel ve merkezi yönetim dışına kaymasına hukuken olanak tanıyan bir yorum getirilmiş bulunmaktadır.

Esasen farklı iki sonuca ulaşılan bu kararların varlığı konunun Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden tartışılacağını ortaya koymaktadır.⁵⁹

6306 Sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; riskli yapıların belirlenmesi işleri, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar tarafından yapılacaktır. Bakanlığın, kurulacak Yapı Denetim Şirketleri, Yeminli Teknik Bürolar, Gayrimenkul Değerlemesi yapan şirketler gibi uzmanlık sahibi firmalar aracılığıyla bu işleri yaptıracağı anlaşılmaktadır. Bir yapının riskli yapı olup olmadığıyla ilgili tespit masrafları yapı malikleri tarafından karşılanacaktır. Malikler yapılarının riskli yapı olduğunu kendileri tespit ettirebileceği gibi, Bakanlık da, riskli yapıların tespitini maliklerden isteyebilece-

⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin 08.12.2004 gün ve E:2004/61 K:2004/123 sayılı kararı, 26.10.2005 gün ve 25978 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁹ Yasadaki aykırılıklar bununla sınırlı değildir. Örneğin; Yasanın 2. Maddesinin (d) bendinde yer alan “ekonomik ömrünü tamamlamış” olan yapının nasıl belirleneceği ilişkin kriterin yasada yer almaması; 3. Maddenin 3. Fıkrasının (b) bendi uyarınca kamu arazilerinin TOKİ’ye bedelsiz devrine olanak tanınması; 3. Maddenin 6.fıkrası uyarınca mera vasfının değiştirilmesine kriteri konulmadan yetki verilmesi; 5. Maddede riskli yapıların tespitinde görev yapacak lisanslı kuruluşların belirlenmesi kriterlerinin yasayla belirlenmeyip, Yönetmeliğe bırakılması hukuk devleti ilkesine; 5. Maddede altyapı maliyetlerini konutu yıktırılana yğkletilmesi sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

tir. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini belediyelerden de talep edebilecektir. Yapılan bu tespitlerin sonuçlarına karşı malikler, on beş gün içinde itiraz edebilecektir. Yapılan itirazları, Bakanlığın oluşturacağı teknik heyetler inceleyip karara bağlayacaktır.

Görüldüğü üzere bir yapının riskli yapı statüsüne geçirilebilmesi, bu konuda kurulacak firmaların vereceği raporlarla mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bir yapının riskli yapı sayılması halinde, bunun önemli sonuçları ortaya çıkacağından bu raporlar çok önem arz etmektedir.

Bu maddede Bakanlıkça lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlar” ile “teknik heyet”in tanımı olmadığı gibi statülerinin belirsiz olduğu, tespitleri yapmak üzere Bakanlıkça lisanslandırılacak kuruluşların nasıl oluşturulacağı ve niteliğinin belli olmadığı, Yönetmeliğe bırakılan bu oluşumların niteliği ve yetkilerinin idarenin takdirine bırakılmasının idarenin yasallığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli E:2006/35 ve K:2007/48 Sayılı kararında da⁶⁰ belirtildiği üzere; Anayasanın 7. maddesinde; “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesininin 26.09.1991 tarih ve E. 1990/38, K. 1991/32 sayılı kararında⁶¹; Anayasanın idarî vesayetini hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığını belirtmiştir.

Yine aynı kararda “...*Yasada yerel yönetimlere ait olan yetkilerin geçici olarak alınabileceği belirtilmekle birlikte bunun için bir sınırlama - getirilmediğinden bu yetkilerin merkezî yönetimce çok uzun süre kullanılması olanağı getirilmektedir. Bu durum, Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırıdır...*” gerekçelerine yer verilmiştir.

⁶⁰ 16.01.2008 gün ve 26758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶¹ 28.11.1991 gün ve 21065 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Eşitlik İlkesi

6306 sayılı Yasanın 5. maddesinde yer alan; “Riskli yapıların yıkılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı aynı hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir.” şeklindeki düzenlemenin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Bu aykırılığa gerekçe olarak; maliklerle anlaşma yoluna gidilmesinin esas olduğu belirtiliyorsa da, anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine, kiracılarına ve sınırlı aynı hak sahiplerine geçici konut ve işyeri tahsisi veya kira yardımı yapılabileceği düzenlenirken, anlaşmayı zorla tahliye edilenlere bir yardım yapılmayarak cezalandırılmalarının söz konusu olacağı gösterilmektedir.

Ayrıca madde de “anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya kiracılarına geçici konut veya işyeri tahsisi veya kira yardımı yapılabilir” biçimindeki düzenlemenin aynı zamanda, “yapılabilir” gibi belirsizlik içeren muğlak bir ifade içermesi nedeniyle barınma hakkının yitirilmesine neden olabilecek bir içeriğe sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Yasada “yapılabilir” gibi belirsizlik içeren muğlak bir ifadenin kullanılmış olması Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin gereği olan hukuk kurallarının öngörülebilirliği ve belirliliği ilkelere ile bağdaşmamaktadır.

Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için idarenin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Aksi durum idarenin keyfilğine yol açabilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlanabilir kurallar içermesi gereğine ve hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir. Yasada ilke ve esasları belirtilmeyen bir yetkinin tümüyle idareye bırakılması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yasama yetkisinin devri niteliğinde olacağı gibi, idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir.

İptali istenen bu fıkrada hiçbir bilimsel-maddi ölçüt konulmadan, “yapılabilir” hükmü getirilerek eşilik ilkesine aykırı uygulama yapılabilmesine ve bireye idarnin hak tanumasının yasal düzenlemeler dışında idarenin insiyatifine bırakılarak, aynı durumdaki kişilere farklı muamele uygulama yetkisinin verilmesi Anayasanın eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine açıkça olanak tanınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin 18.12.2008 tarih, 2005/33 E., 2008/182 K. sayılı kararında;⁶²

“...Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, 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 eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez...” gerekçelerine yer verilmiştir.

Nitekim, Yasanın uygulanmasına ilişkin Yönetmelikte⁶³ de bu konuya ilişkin uyulamaya yön verecek bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bunun kanıtı niteliğindedir.

Mülkiyet Hakkı

6306 sayılı Yasanın 3. maddenin 7. fıkrasında riskli yapılar dışında kalan diğer yapılarda uygulama bütünlüğü bakımından yıkılmasına olanak tanınması, bu yapıların belirlenmesi kriteri olarak “Bakanlıkça gerekli görülen” ifadesinin kullanılmasının müphem olduğu, uygulama bütünlüğü sağlayamayacağı, 4. maddede ise proje ve uygulamaları sırasında her türlü imar ve yapılaşmanın geçici olarak durdurulmasının mülkiyet hakkını kullanılmaz hale getirdiği, bu kısıtlamanın süresi belirli olmayan bir kısıtlama getirdiği, Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama halleri dışında bir kısıtlamanın mülkiyet hakkına

⁶² 03.04.2009 gün ve 27189 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶³ 4 Ağustos 2012 gün ve 28374 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği”

getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğu, bu durumun aynı zamanda barınma hakkının ihlali niteliğinde olduğu, 6. maddenin 3/2 çoğunluk aramasının mülkiyet hakkının rızası dışında elinden alınması niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir.

Yasaya ilişkin olarak en önemli eleştirilerin Yasa ile getirilen düzenlemelerin belki de en fazla ilgili olduğu ve etki ettiği haklardan birisi ve en önemlisi olan mülkiyet hakkı ile ilgili olduğu görülmektedir.

Zira, Yasa risk taşımayan yapılarda oturan kişilerin hukuksal güvencelerini, barınma haklarını, konut dokunulmazlığını, belirsizlik taşıyan “uygulama bütünlüğü” kavramından hareketle mülkiyet haklarını ortadan kaldırmaktadır.⁶⁴

Mülkiyet hakkının korunmasına yönelik gerek iç hukukumuzda ve gerekse iç hukuk hükmünü haiz taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 numaralı Protokol ile anılan sözleşmeye, mülkiyet hakkı ilave olunmuştur. Kişi özgürlükleri kavramı içine yerleştirilen mülkiyet hakkı sözleşmeye göre mutlak olmayıp, kamu yararı amacına yönelik bazı kısıtlama veya sınırlamalara konu edilebilecek niteliktedir.

Ek 1 Nolu Protokolün 1. fıkrasının ilk cümlesinin kapsadığı “mülkiyete saygı ilkesi”, maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklamak suretiyle, mülkiyet hakkına koruma sağlamaktadır. Mülkiyet hakkına meşru müdahale amacı olan kamu yararını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok geniş biçimde yorumlamaktadır. Ancak, kamu yararı amacı ile de olsa, müdahalede “orantılılık” ve “adil denge” ilkelerini gözetmesi, genel menfaatin icapları ile bireyin temel haklarının gerekleri arasında dengeyi sağlanması gerektiği kabul etmektedir.

Anayasanın 35. maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” denilerek, mülkiyet hakkı Anayasal bir kurum olarak güvence altına alınmış ve AİHS. Eki Protokolde yer alan düzenlemeye paralel olarak kamu yararı amacı ile sınırlandırılmasına olanak tanımıştır.

⁶⁴ AKGÜNER, Tayfun, “Kentsel Dönüşüm ve Hukuk” Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2012, Sayı:8/104, s. 19

Hukuk devleti ilkesine ve mülkiyet hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilen 10.04.2003 tarih ve E: 2002/12 K:2003/33 sayılı kararında;⁶⁵ “... Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstün, yasakoyucunun bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin.... Temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazlar üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve ...mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “zamanötesi” niteliği, başka anlatımla, mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır...” gerekçelerine yer verilmiştir.

Bir başka kararında Anayasada yer alan mülkiyet hakkından hareketle Anayasa Mahkemesince; “...temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı, bireyin eşya üzerindeki hakimiyetini, bir yönüyle bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğinin tasarlama olanağını sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlükleri ve mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır...”⁶⁶ gerekçelerine yer vermek suretiyle mülkiyet hakkının tüm hak ve özgürlükler içinde sahip olduğu yerin önemi ve bağlantısı ifade edilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Demokratik hukuk devletinin gereği olarak kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

⁶⁵ 04.11.2003 tarih ve 25279 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 17.03.2011 tarih ve E:2009/58 K:2011/52 sayılı kararı, 23.07.2011 gün ve 28003 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 tarih ve E: 1999/33, K: 1999/51 sayılı kararında⁶⁷;

“...Anayasanın 35. maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”, kuralına yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırını gösteren 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağı, bu maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu...” belirtilmiştir

Yasanın 4. maddesinin ilk fıkrasında yapılmış olan düzenlemeyle, riskli yapıların bulunduğu alanların yanı sıra, Bakanlık tarafından belirlenecek, yapılaşmamış boş rezerv yapı alanlarında her türlü imar ve yapılaşma işlemlerinin geçici olarak durdurulmasının öngörülmesi süresi belli olmayan bir durdurmaya yol açacak niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında süresi belli olmayan sınırlamalarla oluşan belirsizliğin mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirdiği, Anayasa'nın 13. maddesine göre; kamu yararı veya diğer amaçlarla temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların hakkın özüne dokunan, kullanılamaz hale getiren bir nitelikte olmaması gerektiği gerekçesiyle bu yönlü düzenlemeler hakkında iptal kararları verilmiş olması Yasal düzenlemenin irdelenmesi açısından önem arz etmektedir.

5393 sayılı Yasanın 73.madde'nin 11. fıkrasında yer alan kentsel dönüşüm alanı ilan edilen yerlerde devam eden inşaatların 5 yıl süreyle durdurulacağını, gerektiğinde ise Belediye tarafından bunun 10 yıla kadar çıkarılabileceğine ilişkin bir hükümün Anayasa Mahkemesince yürürlüğü durdurulmuş bulunmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesince mülkiyet hakkına müdahale eden çok uzun ve belirsiz bir sürenin Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir.⁶⁸

⁶⁷ 29.06.2000 gün ve 24094 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁸ YURTCANLI, a.g.m., s. 41

Yine Danıştay İdari Dava Dairelerince 24.05.2012 tarihinde verilen E:2007/2255 K:2012/801 sayılı kararda; taşınmazın uzun süre imar planında yer alan not nedeniyle kamulaştırılması gerektiği, kamulaştırılma yapılmasının kamu yararı gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulması ve mülkiyet hakkının kısıtlanmasının belirsizliğe itilmesi anlamına geldiği ve bu durumun Anayasada yer alan mülkiyet hakkının ve AİHS. Ek 1 Nolu Protokolünün ihlali niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

6306 sayılı Yasada yer alan riskli alanlardaki yapılara verilen kamusal hizmetlerin durdurulmasına ilişkin düzenleme, barınma sorunlarının çözümüne ilişkin kararlarla desteklenmediği sürece bu alanlarda yaşayanlar açısından kabul edilemez bir niteliğe sahiptir.

Riskli yapı olarak belirlenen yapıların yanı sıra, riskli alanlardaki yapıların tamamında, yapılara elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin verilmeyeceği, verilen hizmetlerin durdurulacağına ilişkin, yapıların kısa süre içinde terk edilmesini ve bölgenin zorunlu tasfiyesini sağlamayı amaçlayan düzenleme, bu tür yapılarda yaşamak zorunda kalan yoksul kesimler ve kiracılar açısından önemli sorunların yaşanması anlamına gelecektir.

Elektrik, su, doğalgaz gibi hizmetlerin bir anda kesilmesi, bu tür yapılarda yaşamayı olanaksız hale getirecek, bu bölgelerde/yapılarda yaşayanlar açısından önemli sağlık ve güvenlik sorunlarının ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmayan bu düzenleme aynı zamanda, barınma hakkının ihlali niteliğindedir.

Yasanın 6. Maddesinin 2. fıkrasında, binası yıkılan malikler kendilerine yapılan tebligatı takip eden 30 gün içinde anlaşma sağlayamazlarsa (3/2 çoğunluk kararı ile) acele kamulaştırma ile taşınmazları alınacaktır. Burada da vatandaş iradesini dışlayan, mülkiyet hakkını yok sayan bir düzenleme getirilmiş olduğundan bahsedilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı, bireyin eşya üzerindeki hakimiyetini, bir yönüyle bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağını sunma özelliğine sahiptir.⁶⁹ Yasa bireyin bu haklarını elinden alması nedeniyle de Anayasaya aykırıdır.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 17.03.2011 tarih ve E:2009/58 K:2011/52 sayılı kararı, 23.07.2011 tarih ve 28003 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Hak Arama Özgürlüğü

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde altmış gün olarak düzenlenen dava açma süresi, 6306 sayılı Yasanın maddesi ile 30 gün olarak kısaltılmıştır.

Bu maddeye göre idari işlemlere karşı, tebliğ süresinden itibaren otuz gün içerisinde İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılacak ancak daha da önemlisi bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecektir. İdare karşısında eşit güçte olmayan yurttaşın dava açma süresinin daha da kısaltılması hak arama hürriyetini sınırlandıran bir durumdur.

Bu durum, Anayasanın Hak Arama Hürriyetine ilişkin 36. maddesine de açıkça aykırıdır. Anayasanın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

AİHS.’nin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. Maddesinin 1. Fıkrasında⁷⁰;

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir

⁷⁰ http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf

süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.” hükmü yer almıştır.

Anayasanın bu hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile Avrupa İdarenin İşlemlerine Karşı Bireyin Korunması Hakkında Kararına⁷¹ göre Sav ve savunma hakkının kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engellerin kaldırılması gerekmektedir.

Bu nedenle 6306 sayılı Kanuna dayalı idari işlemler hakkında, genel dava açma süresi altmış günün kısaltılması değil, tam tersine Yasanın ve prosedürünün karmaşık olması nedeniyle dava açma süresinin uzun tutulması⁷² suretiyle yukarıda yer alan bu düzenlemelere uygun olarak bireylere sav ve savunmalarını yapmaları için makul ve gerekli bir sürenin tanınması gerekmektedir.

Öte yandan madde gerekçesinde, Kanun'un yaşama hakkı ile doğrudan alakalı olduğu açıklanarak, Anayasanın 125 inci maddesinin altıncı fıkrasında “*Kanun, olağanüstü hallerde, ... kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir*” düzenlemesinin yer aldığı, can ve mal emniyetini korumayı temel amaç edinen bu Kanuna göre tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda da yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayan hükmün, Anayasaya uygun olduğu ileri sürülmektedir.

Oysa ki, Anayasanın bu hükmü olağanüstü hallere özgüdür. 6306 sayılı Yasanın uygulamasını gerektiren durumun ise, Anayasada tanımlanan olağanüstü hallerden sayılması hukuken mümkün değildir. Mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığı ileri sürülen işleme karşı, yürüt-

⁷¹ İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması, çev: İhsan Kuntbay, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:11 Sayı:4 Aralık 1978, S.9

⁷² Akgüner, a.g.m., s.21

menin durdurulması kararı alınması olanağının ortadan kaldırılması, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurulması halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği öngörülmesi nedeniyle konunun Anayasa Mahkemesine taşınması üzerine Anayasa Mahkemesince verilen kararda⁷³ düzenlemeye adil yargılanma hakkı açısından yaklaşmıştır.

"...bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur..."

Kararın devamında Mahkemenin konuyu hak arama özgürlüğü açısından da irdelediği ve;

⁷³ Anayasa Mahkemesinin 03.06.2010 tarih ve E:2008/77 K:2010/77 sayılı kararı, 30.10.2010 gün ve 27744 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

"...Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütülmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır..." gerekçeleri ile düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulduğu görülmektedir.⁷⁴

⁷⁴ Ancak, Anayasa Mahkemesinin aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1979 tarih ve E.1979/1, K.1979/30 sayılı kararında; "...İptal davasını güvence altına almakta bulunan yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yapıdaki önem ve etkisi yadsınmaz. Özellikle, iptal davalarında

Üçüncü yargı paketi ile kabul edilen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.maddesinde 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasanın 57. maddesi ile yapılan değişiklik üzerine maddeye eklenen uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerde idarenin savunmasını almaya gerek kalmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilmesine olanak tanıyan düzenleme ile de çelişmektedir. Söz konusu kanunda ile Danıştay ve İdari Mahkemelerine verilen bu yetki, afet riski altındaki alanların

davalı yerindeki Devletin karşısında zayıf durumda olan davacının haklarının etkin biçimde güvence altına alınmasında, yürütmenin durdurulması kararlarının büyük rolü bulunmaktadır. Ancak, yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki bu önemli rolü, onun yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası sayılmasını gerektirmez... Yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı, yargılama yönteminin öteki müesseseleri gibi, gerekliliğini yasakoyucunun takdir edeceği, dava hakkına göre ikinci nitelikte bir haktr... Yasa'nın özel yapısından ve dayandığı kamu yararı düşüncesinden kaynaklandığı anlaşılan iptal konusu hükmün bu yasa övgü ve yargılama yöntemine ilişkin bir kural olarak, Anayasanın yargı yetkisi, hak arama özgürlüğü, yargı yolu ve mahkemelerin bağımsızlığı konularını düzenleyen 7., 31., 114. ve 132. maddelerine aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, konunun yukarıda belirtilen özelliği nedeniyle, yasakoyucunun burada genel kuraldan ayrılmasını, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ve 12. maddesinde yer alan eşitlik ilkelerine aykırı görmeye de olanak yoktur. Belirtilen bu durumun doğal sonucu olarak, kamu yararı düşüncesi ile getirildiği anlaşılan iptal konusu hükmün, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusundaki 40. maddesine aykırı bir yönü bulunduğu da düşünülemez..." (RG 14.1.1980, Sayı: 16869)

Anayasa Mahkemesi'nin 18.4.1996 tarih ve E.1996/7, K.1996/11 sayılı kararında; "...3091 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörülmüş olması, kamu düzeninin korunması gereğinden kaynaklanmaktadır. Kamu düzeninin korunması amacıyla idarenin yetkili organlarınca alınan tedbir niteliğindeki kimi kararlar, başka bir işleme gerek duyulmaksızın yerine getirilir. Bu kararlardan zarar görenlere, kararın iptalini istemek konusunda dava hakkı tanınmış olması nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesi idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmayaacağı ilkesini etkilemez. Tersinde, idarenin görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi olanaksız kalır. Yasakoyucu, gerekli durumlarda kimi yönetsel kararlara karşı anayasal sınırları gözeterek bu yolu açık ya da kapalı tutabilir... Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında da, kamu düzeni ile ilgili hususlarda yasakoyucunun yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği anlaşılmaktadır... 3091 sayılı Yasa'nın genel amacı, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz ya da müdahale nedeniyle kamu düzeninin bozulmasını önlemek, güvenlik ve asayiş sağlamaaktır. Nitekim Yasa'nın amaç ve kapsamının belirlendiği 1. maddesinde de "...taşınmaz mallara yapılan tecavüz ve müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarvula ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlar." denilerek bu özellik vurgulanmıştır. Sonuç olarak, 13. maddede kamu düzeni nedeniyle getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir yönü yoktur. İptal isteminin reddi gerekir..." (RG, 10.1.2007, Sayı: 26399)

dönüştürülmesi hakkındaki kanun kapsamında yapılan işler bakımından kaldırılarak Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin maddesi ihlal edilmektedir.

Yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin önünün kapatılmasına bağlı olarak dava hakkında esastan bir iptal kararı verilmesi halinde, işlemin uygulandığı hallerde iptal kararının yerine getirilmesi ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 138. son maddesinin son fıkrasında ve 2577 sayılı İdari Yargılama usulü Kanunu'nun 28.maddesinde yer alan hükümler uyarınca, idari yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeden uygulanması ve bu kararlara uyma zorunluluğu bulunduğu malumdur.

Anayasa Mahkemesince verilen E:2008/77 K:2010/77 sayılı kararda yer alan;

"...Yürütmenin durdurulmasının sınırlanması anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri içerisinde ise de, bu yetki sınırsız değildir. Yasa koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılabilmesi için önemli, genel kabul görmüş, somut nedenlerin bulunması gerekir.

İtiraz konusu kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.

Ayrıca, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğuna göre, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen "İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması" koşullarını etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı ortadan kaldırmakta, 3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlara karşı idari yargıda açılacak davalarda, kişileri bu araçtan yoksun bırakarak hak arama özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır..." açıklamalar idari işlemler hakkında mahkemelerce verilecek yürütmeyi durdurma kararlarının ve sonuçlarının ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

6306 sayılı Yasa ile idari işlemler hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin önünün kapatılması, anılan kararlarının yerine ge-

tirilme olanağını da ve Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi davadaki hukuksal yarar ortadan kaldırmaktadır. Bu durum yargı kararının yerine getirilmemesi sonucunu doğurması nedeniyle hak arama özgürlüğünü yok etmekte; hem yargı kararlarının bağlayıcılığını hiçe saymakta hem de idarenin hukuka bağlılığını ortadan kaldırmaktadır.⁷⁵

Bu durumun Anayasanın 138. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen Adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu açıktır. Nitekim, yargı kararlarının uygulanmamasını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “adil yargılanma ilkesinin çiğnenmesi” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6/1) olarak kabul etmesi bu durumun kanıtı niteliğindedir.⁷⁶

Yönetime Katılma Hakkı, Bilgi Edinme ve İtiraz Hakkı

6306 sayılı Yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasında;

“Bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir. Bu Kanuna tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezervo yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olması bu Kanunun uygulanmasına engel teşkil etmez” hükmü yer almaktadır.

Yasanın “Uygulanmayacak mevzuat” başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan bu hüküm uyarınca yapılacak planların İmar Kanunu ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden diğer kanunlardaki kısıtlamalara tabi olması söz konusu olacaktır.

İdareye imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamak suretiyle sınırlara uymama yetkisi veren bir düzenlemenin varlığı halinde, idarenin hukuksal sınırlar içinde kalıp kalmadığının denetlenmesi güçleşeceğinden bu ibare Anayasanın 125. maddesine de aykırıdır.

İmar Kanunu ve ilgili mevzuatta plan yapımına ilişkin getirilen hükümler sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallardır. Plan yoluyla sağlıklı bir yaşam çevresi

⁷⁵ Akgüner, a.g.m., s.21,22

⁷⁶ Akgüner, a.g.m., s.21,22

oluşturmanın ön koşulu olan kurallardan vazgeçilmesi, Anayasanın 56. maddesinin “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ...” hükmüne aykırıdır.

Yine birinci fıkrada, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda ve ilgili diğer mevzuatta var olan kısıtlamalara ve askı ilan sürelerine uyulmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu alanlar için hazırlanacak planların askı ilan sürelerine dahil olmayacağına ilişkin düzenleme, halkın bilgilendirme, katılım ve itiraz haklarını elinden alınması niteliğindedir. Askı olmadığı için bireylerin bilgi edinme hakkı ve itiraz yoluyla yönetime katılma hakları ve itiraz hak ve olanakları ellerinden alınmaktadır.

Avrupa İdarenin İşlemlerine Karşı Bireyin Korunması Hakkındaki Kararın III. Bölümünde; ilgililerin idari işlemlerin oluşumuna katılması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu yolun kapatılması Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü, 40. maddesinin 1. fıkrasında yer alan;

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” şeklindeki kuralın ihlali niteliğindedir.

31.7.2003 günlü, 4969 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasının imar planları yönünden Anayasa’nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi ile Danıştay 6. Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru üzerine verilen kararda⁷⁷; Geçici 1. maddenin 2. fıkrasında Yer Alan “İmar Mevzuatındaki Kısıtlamalar İle Plân ve Parselasyon İşlemlerindeki Askı, İlân ve İtirazlara Dair Sürelere İlişkin Hükümlere Tâbi Olmaksızın” Bölümünün düzenlemesi ile, mülkiyeti Hazineye ait Ankara İli, Çankaya İlçesi, 5. bölge, Dikmen Mahallesinde bulunan 3 pafta, 16743 ada, 1 parsel numaralı taşınmaz malla ilgili olarak, imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile plân ve parselasyon işlemlerindeki askı, ilân ve itirazlara dair sürelerle ilişkin

⁷⁷ Anayasa Mahkemesinin 22.07.2008 tarih ve E:2008/39 K:2008/134 sayılı kararı, 18.11.2008 gün ve 27058 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

hükümlere tâbi olmaksızın, her ölçekteki imar plânını yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve resen onaylamaya, her türlü ruhsatı vermeye Bayındırlık ve İskan Bakanlığı yetkili kılınmaktadır. Böylece, imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile imar planı ve parselasyon planı yapımı ve bunlarla ilgili onama işlemlerinin askı, ilan ve itirazlara dair sürelerle ilişkin hükümlere tabi olmaksızın yapılması konusunda Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'na yetki verilmekte ve dolayısıyla söz konusu taşınmaz malla ilgili olarak Bakanlığa imar mevzuatında öngörülenden farklı, kapsamı ve sınırları kolayca belirlenemeyen, geniş bir düzenleme yetkisi verildiği belirtilmiştir.

Kararda “İmar mevzuatındaki kısıtlamalar”ın neler olduğu konusu irdelenmiş ve bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığına vurgu yapılmak suretiyle şöyle bir açıklama getirilmiştir:

“..Bu ibare ile başta 3194 sayılı İmar Kanunu ve 2.11.1985 günlü, 18916 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik'te imar planlarının yapılması sırasında uyulması gereken süreler ve uygulanması gereken yöntem ve sınırlamalara ilişkin düzenlemeler olmak üzere ilgili diğer düzenlemeler olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenlemelerin amacı İmar Kanununun 1. maddesinde, “yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak” olarak; Yönetmelikte ise “insan, toplum, çevre münasebetlerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunma, kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek” olarak açıklanmıştır. Bunun gerçekleşebilmesi, imar planlarının düzenlemelerde öngörülen yöntem, esas ve sınırlamalara uyulmak suretiyle hazırlanması, onaylanması ve değiştirilmesi halinde mümkün olacaktır.

Onay, hazırlanan imar planlarının mevzuata, yörenin gereksinimlerine, imar planından beklenen kamusal ereğe hizmet edip etmeyeceği bakımlarından bir denetim işlevine sahiptir. Bir iç denetim yoludur. Denetim bu yönüyle hem hukuksal, hem de yerindelik denetimi işlevine sahiptir. İmar Yasasının 1. maddesinde belirtilen fen, sağlık, çevre gibi amaçlara uygunluğu, bölge, çevre imar planı ya da metropoliten imar planlarına uygunluğu ya da imarın yapılmasındaki teknik koşullara uyulup uyulmadığı, onay aşamasında denetlenebilecek hususlardır.

“İmar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın” ibaresi onay makamı olarak öngörülmüş olan Bayındırlık ve İskân Bakanlığının, onayı gereği gibi yapmasına olanak sağlayan mevzuata uygunluk denetimini olanaksız kılmaktadır...”

Gerçekten imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamanın yarattığı bu sakıncanın yanında en önemli olumsuz sonucu ise, ilgililerin itiraz haklarının ellerinden alınması noktasında kendisini göstermektedir. Nitekim, kararın devamında bu hususa da değinilmiştir:

“...3194 sayılı İmar Kanunu’nda planla ilgili işlem ve uygulamalar açısından öngörülen itiraz sürelerinin amacı, imar planı değişikliklerinde, şehir-cilik ilkelerine, planlama tekniklerine ve kamu yararına aykırılıklar bulunuyor ise bu konudaki yanlışlıkların giderilebilmesi için ilgililere, yapılan planlara itiraz edebilme hak ve imkanının tanınmasıdır. İtiraza konu düzenleme ile Bakanlık askı, ilan ve itirazlara dair sürelerle ilişkin hükümlere tabi olmaksızın imar düzenlemelerinde yetkili kılınmaktadır. Böylece düzenleme ile, Bakanlıkça yapılacak plan ve parselasyon işlemleri ile ilgili olarak ilgililerin kanuni yollara başvurma hak ve imkanları da kısıtlanmaktadır.

Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlettir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de gözönünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır.

Bu yapıyla, itiraz konusu kuralla Bakanlığa imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile plân ve parselasyon işlemlerindeki askı, ilân ve itirazlara dair sürelerle ilişkin hükümlere tâbi olmaksızın düzenleme yetkisi verilmesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasa’nın 5. maddesiyle devlete “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” ödevi yüklenmekte, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Devlete verilen bu görevlerin imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerle de yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın söz konusu maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde ise de, söz konusu ödevler yerine getirilirken idarenin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleriyle bağdaşmaz..." denilmektedir. Kararda; idareye imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamak suretiyle sınırlara uymama yetkisi veren bir düzenlemenin varlığı halinde, idarenin hukuksal sınırlar içinde kalıp kalmadığının denetlenmesi güçleşeceği ve bu durumun Anayasa'nın 2., 5. 56. ve 125. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.⁷⁸

Bu konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesince verilen 09.06.2011, E: 2008/87, K: 2011/95, sayılı kararında⁷⁹;

"...Dava dilekçesinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan ve Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan imar plânı ve parselasyon plânlarına ilişkin işlemlerin İmar Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilen askı sürelerine tâbi olmaktan çıkarılmasının ilgililerin bu işlemlere süresinde itiraz imkânlarını fiilen ortadan kaldırarak yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırması ve ayrıca benzeri nitelikteki yasal düzenlemelere yönelik Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin gözetilmemesi nedeniyle Anayasanın 2., 36., 125. ve 153. maddelerine aykırı olduğu; itiraz başvurusunda ise Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan plânların ilan ve askıdan muaf olarak yürürlüğe girmesinin bu plânlar bakımından ayrıcalıklı statü oluşturduğunu ve bunlardan etkilenenlerin dava haklarını kullanmaları bakımından ortaya çıkan farklı durum nedeniyle kuralın Anayasanın 5. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

...Birinci cümlemin yukarıda belirtilen ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer ibaresinin iptaline ilişkin gerekçelerle incelenen ibare Anayasanın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir..." ifadelerine yer verilmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesince verilen 03.04.2007 tarih ve E: 2005/52, K: 2007/35 sayılı kararda aynı sonuca varılmıştır.⁸⁰

⁷⁸ 18.11.2008 gün ve 27058 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁹ 28.12.2011 gün ve 28156 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁰ 18.03.2008 gün ve 26820 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Konut ve Barınma Hakkı

Anayasanın “Konut hakkı” başlığı altındaki 57. maddesinde , *“Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler”* denilmektedir.

Konut hakkı içinde yer alan Barınma hakkı en temel insan haklarından biridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi(1948) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (1952) taraf devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul etmişlerdir.

1966 tarihinde onaya açılan ve 1976 tarihinde yürürlüğe giren BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi 11. Maddesinde barınma hakkını yeterli bir yaşam düzeyinin bir bileşeni olarak belirtmekte; yani yeterli bir konutta yaşamayan insanların yeterli bir yaşam düzeyine sahip olmadığını onaylamaktadır. Türkiye'nin de 2000 yılında imzalayarak taraf olduğu Sözleşme barınmayı bir hak olarak tanımlamıştır.

6306 sayılı Yasanın, mülkü boşalttırmak amacıyla, en minimum hizmetler olan elektrik, su ve doğalgazın ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulmasını düzenleyen maddesi barınma ve konut hakkına aykırıdır. Herhangi bir yer göstermeksizin insanlara sunulan kamu hizmetlerini de ortadan kaldırmak en basit insan hakkı olan barınma hakkını zedelemektedir.

8. maddenin 3. fıkrasına göre; riskli yapı olarak tespit edilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımı vb. işlemlerini engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca işlem yapılması öngörülmüştür.

Kentsel dönüşüm adı altında vatandaşın hakkını koruma alanında ortaya koyacağı tutumları baştan suç sayan ve tehditkar bir tutum geliştiren bu düzenlemenin hukuken kabulü mümkün değildir. Yapılan düzenleme ile en temel insan haklarından biri olan barınma hakkının savunulması ve dayatılan anlaşmaya karşı çıkılması cezalandırılması

öngörülmekte, ancak maddede riskli denilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımını engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu uyarınca işlem yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, suç tipi tanımlanmadığı gibi bir yaptırımında belirtilmemiştir.

Anayasa Mahkemesince verilen 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararında⁸¹; "...Devlete Anayasayla verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından, imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerin bütünlüğü büyük önem taşımaktadır. Anayasanın 5., 56. ve 57. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin hukuksal düzenlemelerle yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu görevlerin hukuk içinde yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleştirilebilir. Anayasada yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlenildiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş yerleşme ve güvenli yapılaşmanın da gireceği kuşkusuzdur..."

Sosyal devlet anlayışında, devlet bütün vatandaşlarına asgari bir toplumsal ve ekonomik düzey sağlamak ve bunu devam ettirmekle yükümlü kılındığı gibi herkese insan onuruna yaraşan asgarî bir yaşam düzeyi sağlamak da zorundadır.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin bu kararında yer alan ilke ve kurallara aykırıdır. Kentsel dönüşümün bireyler tarafından barınma hakkına yönelik bir tehdit olarak algılanması sonucu direniş hareketlerinin doğmasına yol açmaktadır.⁸² Kentsel dönüşüm alanlarından halkın zorla dışlanması ve barınma hakkı direnişlerinin, zor kullanarak ve cezalandırma tehditleriyle engellenmesi aynı zamanda hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğindedir.

⁸¹ 14.02.2012 gün ve 28204 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸² Şahin, Z.-Özen H.-Deniz E. , a.g.m., s. 415

SONUÇ

6306 sayılı Yasanın uygulamaya geçmesiyle birlikte giriş kısmında verilen rakamlara bakıldığında büyük bir toplumsal ve hukuksal dönüşümün ortaya çıkacağı açıktır. Yasa, Anayasa'nın yukarıda yer alan hak ve özgürlüklerin zedelenmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (özel yaşam ve aile yaşamına saygıyla ilgili) 8. Maddesinin, adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesinin ve mülkiyet hakkı ile ilgili Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin ihlali anlamına da gelmektedir.

Kentsel dönüşüme ilişkin düzenlemelerden dolayı ortaya çıkacak sorular-sorunların yanıtı Yasanın hak ve özgürlükleri ne derece merkezine aldığını da gösteren bir kriter olarak görülebilir. Kentsel dönüşümün gündemine hak temelini yerleştirmek⁸³ gerekliliği ortadadır.

Soyut bir kamu yararı ilkesine karşın, planlamanın her kesimi eşit olarak gözetmediği ve toplumun güçsüz kesimlerini dışladığı yönünde bir eleştiri bu çevrelerde ağırlık kazanmıştır.⁸⁴ Kentsel dönüşümün modern düşüncenin bir gereği olarak "toplumsal adalet ilkesi" çerçevesinde ele alınması⁸⁵ ve "kentse dönüşümün ahlaksız ekonomi" denilen kavramın⁸⁶ orta çıkmasının engellenmesi gerekir.

Kentsel dönüşümün, kent içerisinde eskiyen dokulara müdahale etmesi kaçınılmazdır. Ancak bu müdahaleyi yaparken temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması, mülkiyet hakkına müdahale edilmemesi gerekliliği bulunduğu açıktır. Mevcut düzenleme bunun risklerini taşımaktadır.⁸⁷

Kentsel dönüşümün hak ile temellendirilendirilmesi, kentsel adaletin sağlanabilmesi için planlama kurumunun sosyal devlet anlayışı

⁸³ Özbek, a.g.m., s. 98

⁸⁴ Şengül, Tarık, "Planlama Paragmalarının Dönüşümü Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Kentsel Planlama Kuramı, İmge Yayınevi, 2. Baskı, 2012, s.69

⁸⁵ Kurtuluş, Hatice, "Kentsel Dönüşme Modern Kent Mitinin Çöküşü Çerçevesinde Bakmak", TMMOB. Şehir Plancıları Odası Kentse Dönüşüm Özel Yayını, Ankara 2006, s.9

⁸⁶ Buğra, Ayşe "Türkiyenin Ahlaksız Konut Ekonomisi; Devlet ve Piyasa Karşıtlığının Ötesinde", İletişim Yayınları, İstanbul 2000

⁸⁷ Atalay, a.g.s., s.36

içerisinde yeniden canlandırılması dikkate alınarak planlama yapılmalıdır. Kentsel planlama yoluyla, gerekli kamu hizmetleri sağlanmalı, planlama yoluyla ortaya çıkabilecek toplumsal adaletsizlikler giderilmelidir.⁸⁸

Öte yandan doğal ve tarihi eserlerin ve anıtların korunarak geliştirilmesi, doğal afetlere karşı güçlendirilmesi gerekliliğine dikkat edilmelidir. Bu tür dönüşüm projelerinde buralarda yaşayan kent yoksullarının sosyal ve ekonomik koşullarını iyileştirmeye yönelik projelerin geliştirilmesi⁸⁹, eşitlikçi bir imar hakkı dağılımın sağlanması önem arz etmektedir.

Özellikle 6306 sayılı Yasa ile sosyal donatı ve altyapı maliyetlerinin konutları yıktırılanlara ödetilmesi, yoksul kesimlerin mağdur edilmesi nedeniyle, Anayasanın Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet ilkelerini ihlal etmektedir. Dar gelirli kesimler için, konut tahsisi veya kira yardımı gibi yardımların zorunlu olarak uygulanacağını öngörülmemesi eşitlik ilkesine aykırı olmasının yanında kişilerde yasanın adaletsizliklere yol açtığı kanısının uyanmasına ve dolayısıyla yasaya olan güvenin azalmasına yol açacak niteliktedir.

Bu uygulamada mağdur olacak kişiler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi AIHM'in, 24 Nisan 2012'de "Yordanova Davası" diye bilinen, Bulgaristan ile ilgili bir davada verdiği kararı emsal göstererek, tazminat davaları açabilecekler, kamuyu büyük tazminatlar ödemeye mahkum edebileceklerdir.⁹⁰

Bu nedenle Yasadan beklentiler dikkate alındığında acil olarak yapılacak yeni düzenleme ile bu aykırılıklar giderilmeli, hatta afet riski taşıyan yapıların yenilenmesi ayrı olarak düzenlenmelidir. Öte yandan, çeşitli yasalar içinde kentsel dönüşüme yer vermek yerine, kentsel dönüşümün ilke ve kurallarını başta konut, barınma ve mülkiyet hakkına saygı çerçevesinde ele alan ayrı bir yasal düzenleme yapılması yoluna gidilmesinin uygun olacağı açıktır.

⁸⁸ Bademli, Raci, "Kentsel Planlama İşliğı Notları", Kentsel Planlama Kuramı, İmge Yayınevi, 2. Baskı, 2012, s.52

⁸⁹ Ersoy, a.g.e., s.23

⁹⁰ Baysal, Cihan Uzunçarşılı, "Kentsel Dönüşüm Söyleminin Gizlediğı Gerçekler", Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2012, Sayı:8-104, s.14

KAYNAKLAR

- AKGÜNER, Tayfun, “Kentsel Dönüşüm ve Hukuk” Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2012, Sayı:8/104, s. 19
- AKKOYUNLU Ertan, “Kentli Hakları” Amme İdaresi Dergisi, Cilt:30 Sayı:3, 1997 s.32
- ATALAY, Can, “Kentsel Dönüşüm ve Sorunlar”, Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2013/1-109, s.36
- BADEMLİ, Raci, “Kantsel Planlama İşliğı Notları”, Kentsel Plnalama Kurumu, İmge Yayınevi, 2. Baskı, 2012, s.52
- BALKIR, BALKIR, Z. Gönül “Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu” IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 2012 Muğla., s.351
- BAYSAL, Cihan Uzunçarşılı, “Kentsel Dönüşüm Söyleminin Gizlediğı Gerçekler”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2012, Sayı:8-104, s.14
- BÖRTÜCENE, İcen “Kalkınma Planı ve Konut Sorununun Çözümünde Umulan Gelişmeler Üzerine Düşünceler”, *Konut Kurultayı*, Ankara 1975 TMMOB
- BUĞRA, Ayşe “Türkiyenin Ahlaksız Konut Ekonomisi; Devlet ve Piyasa Karşıtlığının Ötesinde”, İletişim Yayınları, İstanbul 2000
- ÇOBAN, Aykut Namık “Cumhuriyetin İlanından Günümüze Konut Politikası” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 67, No. 3, 2012, s. 75-108
- DİNÇ, Güney “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan Hakları”, TBB. Yayınları, Ankara 2008,
- ERSOY, Melih, “Planlama Kuramına Giriş”, Kentsel Planlama Kuramları, İmge Yayınevi, 2. Baskı, s. 26;
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt;17-18, 1995-1996, Ankara, s.36
- KABOĞLU, Ö.İbrahim “Çevre Hakkı”, İmge Yayınevi, Ankara 1994, s.286-287
- KELEŞ Ruşen “Sağlıklı Kentte Yaşama Hakkı”, Sağlıklı Kentler ve İnşaat Mühendisliği, İzmir: TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayını, 20-21 Ekim 1995, S.172
- KELEŞ, Ruşen “Kentleşme Politikası” 11. Baskı, Ankara 2010 İmge Yayınevi.
- KURTULUŞ, Hatice, “Kentsel Dönüşme Modern Kent Mitiinin Çöküşü Çerçevesinde Bakmak”, TMMOB. Şehir Plancıları Odası Kentse Dönüşüm Özel Yayını, Ankara 2006, s.9
- ÖRÜCÜ, Esin “*Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut*” İstanbul: İÜ Hukuk Fakültesi 1972, , S.89
- ÖZBEK SÖNMEZ İpek, “Kentsel Planlama, Kent Hakkı ve Adalet Yargı Kararları Işığında Kent Planlama ve Adalet İlişkinin Değişen İçeriğı” TBB Dergisi, 2012 (98),
- ŞAHİN, Z.-ÖZEN H.-DENİZ E. “Kentsel Dönüşüm, Barınma Hakkı ve Direniş Mücadeleleri: Ankara ve Madrid Örneklerinin Karşılaştırmalı Bir Analizi” IV. Sosyal Haklar Sempozyumu, 2012 Muğla, s.414;

ŞENGÜL, Tarık, "Planlama Paragmalarının Dönüşümü Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Kentsel Planlama Kuramı, İmge Yayınevi, 2. Baskı, 2012, s.69

UZUN, Nil, "Yeni Yasal Düzenlemeler ve Kentsel Dönüşüme Etkileri", TMMOB. Şehir Plancıları Odası Yayını, Kentsel Planlama Sayısı

YAVUZ, Fehmi (1969), "Politika ve Yerleşme Sorunlarımız", Dokuzuncu İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları: Türkiye'de Orman Köyleri, Yerleşme, Bölge Planlama, Şehirleşme, Doğu Anadolu'nun Sorunları (Ankara: AÜ SBF İskân ve Şehircilik Enstitüsü Yayınları, s.144

YURTCANLI, Seda "Temel Haklar Penceresinden Kentsel Dönüşüm" Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2013, Sayı:1-109, s. 42

SEHVEN Mİ, KASTEN Mİ ?:
KANUN KOYUCU YA AÇIKÇA ANAYASAYA AYKIRI BİR
DÜZENLEME YAPMIŞ YA DA ZIMNEN VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM
KURUMLARININ KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİNİ SONA ERDİRMİŞTİR
IS ERRONEOUSLY OR INTENTIONALY: IT IS POSSIBLE THE
LEGISLATIVE BODY OPENLY MAKE AN UNCONSTITUTIONAL
ACT OR INDIRECTLY ABOLISH THE PUBLIC LEGAL ENTITY OF
FOUNDATION UNIVERSITIES

Abdullah UZ*

Özet: Anayasanın 46 ncı maddesine göre, kamu tüzel kişileri usul ve esasları kanunla belirtilen şekilde kamulaştırma yetkisine sahiptir; 104 üncü maddesine göre ise, Devlet tarafından kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz üniversitelerin yanı sıra vakıflarca yükseköğretim kurumları kurulabilmektedir. Bu çalışmada, Devlet ve vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği ve kamulaştırma yetkisi bakımından durumu ve karşılaştırması ile vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliklerinin sona erdirilmesinin Anayasa ve 2547 sayılı Kanun perspektifinden hukuki sonuçları üzerinde durulması amaçlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Yükseköğretim, Üniversiteler, Vakıf Üniversiteleri, Kamulaştırma, Kamu Tüzel Kişiliği, Kamu Yararı, Kamu Hizmeti

Abstract: According to the Constitution (Article 46) public corporations shall be entitled to expropriate in accordance with the principles and procedures prescribed by law and (Article 130) besides universities established by the State and by law as public corporations having autonomy, institutions of higher education can be established by foundations. In this study, it was aimed to describe and compare the situation of state and foundation universities in terms of having public legal entity and authority of expropriation. And it was aimed to explore, in respect of the Constitution and the law of higher education, (Law N. 2547) the legal consequences of abolish the authority of expropriation of foundation universities.

Keywords: Higher Education, Universities, Foundation Universities, Expropriation, Public Legal Entity, Public Interest, Public Service

* Doç. Dr., Yükseköğretim Kurulu Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Giriş

Bilindiği üzere, Anayasanın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35 inci maddesi ile “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmü getirilmiş ve böylece mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.¹ Diğer taraftan, Anayasanın “Kamulaştırma” kenar başlıklı 46 ncı maddesinde, mülkiyet hakkının özel bir sınırlandırma şekli olarak kamulaştırma düzenleme konusu yapılmıştır. Söz konusu düzenlemede “Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” hükmüne yer verilmiş ve böylece kamu yararının² gerektirdiği hallerde Devletin ve kamu tüzelkişilerinin, özel mülkiyete malikin rızası olmaksızın son verebilmesi anlamında kamulaştırma yapabilmemesi istisnâ ve hukukî

¹ Görüldüğü gibi, Anayasanın kişilere sağladığı temel hakların en önemlilerinden birisi de mülkiyet hakkıdır. Bu hakkın sınırlanması ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde ve istisnai durumlarda söz konusu olabilir ki yine Anayasanın 46 ncı maddesi, bazı şartların gerçekleşmesi halinde kamu yararı amacıyla ve gerçek karşılıkları peşin ödenmek koşuluyla kişilerin taşınmaz mallarının kamulaştırılmasını bir müessese olarak kabul etmiştir. Değinen hükümlerin gerekçelerinde de mülkiyet hakkının anayasal bir müessese olarak güvence altına alındığı mülkiyetin bu şekildeki himayesinin Anayasada kabul edilen siyasal sistemle karşılaştırılınca bir ölçüde ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge teşkil ettiği, özel mülkiyetin yok edilmesinin önlenmesi, kamu yararının bulunduğu hallerde kamulaştırma olanağı sağlandığı belirtilmektedir. Anayasa koyucu, hukuk devletinin bir gereği olarak kamu yararıyla kişi haklarını bağdaştırmaya çalışmış, hukuka uygun olarak kazanılmış hakları korumayı öngörmüştür. Demokratik hukuk devletinde, hangi amaçla olursa olsun, sınırlamalar belli bir özgürlüğün kullanılmasını bütünüyle ortadan kaldıracak düzeyde olamaz ve amaçla sınırlama arasında adil bir orantı mutlaka bulunur. Bir sınırlama ölçütü olan kamu yararı kavramı, her ne kadar, soyut bir kavram ise de, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlama, cezalandırma sonucunu doğuruyor ve devlete olan güveni sarsıyorsa o sınırlamanın kamu yararına olduğundan söz edilemez.

² Kamu yararı konusunda bkz. Tekin Akilloğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Anne İdaresi Dergisi*, C:24, S:2, 1991, s.3-15; Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, *Maliye Dergisi*, Sayı: 139, Ocak- Nisan 2002, s.16-26; Turan Yıldırım, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s.438-450.

bir yol olarak kabul edilmiştir.³ Özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırılması karşılığında hakkaniyete uygun ve âdil bir bedelin ödenmesi, hukuk teorisinde mülkiyet kavramının genişlemesi olarak adlandırılan bir mal varlığı değerinin bir başka mal varlığı değeri ile yer değiştirmesi anlamında kabul edildiğinden mülkiyet hakkının Anayasa ile teminat altına alınmış olması kamulaştırmaya engel oluşturmamaktadır.⁴

Diğer taraftan, Anayasanın “Yükseköğretim kurumları” kenar başlıklı 130 uncu maddesinde “...*kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler* Devlet tarafından kanunla kurulur.

Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir...” hükmü getirilmiş ve böylece vakıflar tarafından yükseköğretim kurumları kurulabileceğine yönelik açık bir anayasal düzenleme pozitif hukukta yerini almıştır.⁵

Bu çalışmada, söz konusu anayasal düzenlemelerden hareketle, vakıf yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yetkisinin sona erdirilmesinin anayasal bakımdan doğurduğu sonuçlar ile kamu tüzel kişiliği statüsüne etkisi inceleme konusu yapılmış ve bu bağlamda bazı hukuki tespit ve değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır.

³ Kadir Erem, “Türk İdari Yargısında Kamulaştırma (yasal düzenlemeler ve idari yargı uygulamaları)”, Kamulaştırma Konferansı, 6 Aralık 2011 , Danıştay Başkanlığı, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum /conf5/KKirmaci_Kamulastirma.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/KKirmaci_Kamulastirma.pdf) (18.04.2013)

⁴ Kamulaştırma konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem Kutlu, İdari İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1992; Pertev Bilgen, İdare Hukuku: Kamulaştırma ve İstimval, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996; Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, 2. Baskı, C.I, s. 905 v.d.; İsmet Giritli-Pertev Bilgen- Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 674-704; Metin Günday, İdare Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002 s. 209-239; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 4. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007, s. 692 v.d; Gürsel Kaplan, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s. 125-150; Ömer Köroğlu, Kamulaştırma, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995, s. 132; Zeki Akar, Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

⁵ Ali Akyıldız, “Vakıf Üniversiteleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan* C. III, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 459-500.

I. Üniversitelerin Kamu Tüzel Kişiliğinin Hukuksak Dayanağı

Türk pozitif hukuku esas alındığında, bazı tüzel kişilerin kamu tüzel kişiliği niteliğinin doğrudan Anayasadan kaynaklandığı görülmekte olup, üniversiteler de bu kapsamda yer almaktadır. Gerçekten, Devlet tarafından kanunla kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça Anayasada zikredilmiştir.⁶ Yani üniversiteler, bizzat Anayasa gereği kamu tüzel kişisidir. Dolayısıyla, kanun koyucu, bunların kamu tüzel kişiliğini bir kanunla sona erdiremez.⁷

Ancak Devlet tarafından kanunla kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu belirten anayasa koyucu, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığına dair her hangi bir açık düzenlemeye Anayasada yer vermemiştir. Diğer bir ifade ile, Devlet tarafından kanunla kurulan ve bilimsel özerkliğe sahip olan üniversitelerin kamu tüzel kişiliği anayasal düzeyde tespit edilmişken, vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğini haiz olduklarına dair açık bir anayasal niteleme yapılmamıştır.

Bununla birlikte, kanun koyucu, Anayasanın “İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği” kenar başlıklı 123 üncü maddesindeki “Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.” hükmü uyarınca, vakıf yükseköğretim kurumlarının da kamu tüzel kişiliğine sahip olması yönünde bir tercihte bulunmuş ve 2547 ve 2809 sayılı Kanunlarda⁸ kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf yükseköğretim kurumlarından bahsetmiştir.⁹

Anayasanın 130 uncu maddesindeki söz konusu düzenlemeye dayalı olarak 2547 sayılı Kanunda Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına

⁶ Bu konuda daha fazla ayrıntı için bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007, s. 84 v.d.

⁷ Gözler, s. 84.

⁸ 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun vakıf üniversitelerini kuran çeşitli ek maddelerinde, birer özel hukuk tüzel kişisi olan vakıflarca kurulan ve normalde özel hukuk tüzel kişisi olması beklenen üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Gözler, s. 85.

⁹ Gözler’in de belirttiği gibi, (Anayasada aksi bir düzenleme bulunmadığı sürece) kanun koyucu, normalde bir özel hukuk tüzel kişisini kamu tüzel kişisi olarak niteleyebileceği gibi, genel olarak kamu tüzel kişisi özelliklerini taşıyan bir tüzel kişiyi özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirebilir. Bkz. Gözler, s. 85.

ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, 2547 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinde “Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. *Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup*, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır.” hükmü getirilmiştir. *Her ne kadar söz konusu düzenlemede sadece Bakanlar Kurulu Kararı ile vakıflar tarafından kurulacak meslek yüksekokullarının kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu açıkça belirtilmiş; vakıflarca kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine dair her hangi bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte*, 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilat Kanununda, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının kurulduğuna dair maddelere yer verilmiştir. Böylece her bir vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş kanununda kamu tüzel kişiliği hukuki statüsü açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde bazılarınca, Türkiye’de gerçekte bir vakıf üniversitesinin olmadığı, bunların devlet tarafından kanunla kurulmuş ve kamu tüzel kişiliğine sahip devlet üniversitesi olduğu; yürüttükleri hizmetin kamu hizmeti, mallarının kamu malı, personelinin de kamu görevlisi olduğu ifade edilmekte, kamu hukukuna tabi oldukları ve tarafı oldukları uyuşmazlıkların kanunla aksi belirtilmedikçe idari yargıya tabi oldukları belirtilmektedir.¹⁰

Kamu hukukunda benimsendiği şekliyle, kamu tüzel kişisi, devlet tarafından kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış bir tüzel kişi olduğuna göre, kanunla kamu tüzel kişiliği tanınan vakıf yükseköğretim kurumları da bu niteliklerine bağlı olarak ve yürüttükleri kamu

¹⁰ Gözler, s. 227-228.

hizmeti ve bunun sonucunda gerçekleşecek kamu yararının bir gereği olarak, kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmak zorundadır.¹¹ Gerçekten, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olabilmesi için, devlet tarafından kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş olma ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olma şartlarının birlikte mevcudiyeti zorunludur.¹²

Doktrinde kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın bir şartı olan kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin bazılarının *mutlak nitelikte, yani her kamu tüzel kişisi için mutlaka geçerli olduğu*; bazılarının ise nispi nitelikte olduğu her kamu tüzel kişisi için geçerliliğinin aranmadığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, konumuz itibarıyla kamulaştırma yetkisinin kamu tüzel kişiliğinin mutlak sonucu olduğu, diğer bir ifade ile Anayasanın 46 ncı maddesi gereği nerede bir kamu tüzel kişiliği varsa orada bir kamulaştırma yetkisinin varlığının zorunlu olduğu açıkça söylenebilir.¹³

Şu halde, bir kamu kurumu¹⁴ olarak üniversitelerin kuruluşunda ve kaldırılışında takdir yetkisi bütünüyle yasama organına ait olmakla birlikte, kurulu bulunan bir üniversitenin kaldırılmaksızın sadece kamu tüzel kişiliğine son verilmesi hususunda yasama organının bir takdir alanı bulunmamaktadır. Zira kamu tüzel kişiliği Devlet eliyle kurulan üniversitelerin anayasal vasfı olup, üniversitenin varlığı devam ettiği sürece kamu tüzel kişiliğinin devamı da anayasal bir zorunluluktur. Dolayısıyla, bir üniversitenin tüzel kişiliğini sona erdirebilecek olan kanun koyucu, tüzel kişiliği sona erdirmeden, yani üniversiteyi kaldırmadan sadece kamu tüzel kişiliğine son veremez. Gerçekten, bir kamu kurumu olan üniversiteyi kurmaya ve kapatmaya yetkili olan kanun koyucunun, Anayasanın 130 uncu maddesi uyarınca üniversitenin anayasal bir nitelik arzeden kamu tüzel kişiliğini kanunla sona erdirmesi söz konusu olamaz.¹⁵

¹¹ Gözler, s. 88.

¹² Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, C.I, s. 140 v.d.

¹³ Gözler, s. 92.

¹⁴ Kamu kurumlarına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Serkan Ağar, "Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi", www.idare.gen.tr/agar-kamukurumlari.htm (19.04.2013)

¹⁵ Kamu kurumlarının kaldırılması konusunda bkz. Gözler, s. 214; Son dönemde özellikle bazı il özel idareleri ve köylerin tüzel kişiliklerine son verilmesine yönelik

II. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamulaştırma Yetkisi ve Bu Yekinin Sona Erdirilmesi Sorunu

İlgili anayasal ve yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, anayasal düzeyde olmamakla birlikte kanun koyucunun bu yöndeki tercihi üzerine yasal düzeyde kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının, sahip oldukları bu kamu tüzel kişiliğinin bir sonucu olarak, kamulaştırmayı düzenleyen Anayasanın 46 ncı maddesi kapsamına girdiği ve anayasal bir kamulaştırma yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur.¹⁶ Diğer bir ifade ile, Anayasanın 46 ncı maddesinin “Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, *kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.*” hükmü uyarınca, ilgili kanunlarında birer kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının da kamu yararının gerektirdiği hallerde, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırma yetkisi bulunmaktadır.¹⁷

Hal böyle olmakla birlikte, 18 Nisan 2013 tarihli ve 28622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6456 sayılı Kanununun 24 üncü maddesi ile 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ek 7 nci maddesine “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları*

yasal düzenlemeleri haklı olarak eleştiren Gözler’in bu bağlamda oldukça güzel bir çalışması için bkz. Kemal Gözler, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler”, www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.htm. (18.04.2013)

¹⁶ Gürsel Öcal Dörtgöz, Tapu ve Kadastro ile İlgili Talimatlar ve Yorumlar, 2010, s. 460. Tercan Gülmüş, “Vakıf Üniversitelerine Kamulaştırma Kanununa Göre Taşınmaz Devri”, <http://www.milliemlak.org/cyorum/detay/19>; www.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/www.icisleri/vakifuniversite.pdf (18.04.2013); Danıştay Altıncı Dairesinin 22.09.2003 tarih ve 2002/946 esas, 2003/4410 karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/12-116 E., 2003/111 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/12-116 Esas ve 2003/111 Karar sayılı söz konusu kararında haczedilmezlik kuralının sınırlandırılması gerektiği ve bu düzenlemenin son derece ayrışsal (istinai) durumlarda sözkonusu olması gerektiği, bu bağlamda bir kamu tüzel kişisinin mal ve gelirlerinin haczedilmemesi için kanunda açık kükmün bulunması gerektiği, bu nedenlerle davalı borçlu vakıf üniversitenin, davaya konu gelirlerinin haczedilebileceği yönünde çok önemli bir karar almıştır. Ayrıca bkz. http://www.icisleri.gov.tr/yayinlar/inceleme_arastirma/arazi_tahsisi.htm (18.04.2013)

¹⁷ Gözler, s. 227, 694.

kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez.” hükmünü içerecek şekilde bir fıkra eklenmiş ve böylece kuruluş kanunlarında açıkça kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu yararının gerektirdiği hallerde, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırma yetkisi kaldırılmıştır.

Uygulamada, bazı vakıf yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yetkisini Anayasa ve Kamulaştırma Kanununun öngörmüş olduğu amaca hizmet edecek şekilde kullanmadığı, başka bir ifade ile kamulaştırma yetkisinin bazı vakıf yükseköğretim kurumlarınca kötüye kullanıldığı iddiaları gündeme gelmekle birlikte,¹⁸ söz konusu düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğuna dair ilgili yasama süreci dokümanlarında bize fikir verebilecek her hangi bir ifade yer almamaktadır. İlgili kanun tasarısının 43 üncü madde gerekçesinde, madde metnini tekrar eder bir şekilde *“Madde 43- Madde ile vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinmemeleri düzenlenmektedir.”* ifadesine yer verilmiş¹⁹, gerek Plan ve Bütçe Komisyonunda gerekse Meclis Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde söz konusu maddenin gerekçesine ve neden böyle bir değişikliğe ihtiyaç duyulduğuna ilişkin tutanak altına alınmış her hangi bir ifadeye rastlanılmamıştır.²⁰

Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinmemelerine yönelik söz konusu yasal

¹⁸ Örneğin İstanbul Aydın Üniversitesi ile ilgili bir haber için bkz. www.ortadogu-gazetesi.net/haber.php?id=25738; Aynı şekilde Bahçeşehir Üniversitesinin bir kamulaştırma uygulamasına ilişkin bkz. 29 Mart 2012, Perşembe Takvim

¹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi (Yasama Dönemi Yasama Yılı 24 3)Sıra Sayısı: 443: Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Ankara Milletvekili İzzet Çetin’in; 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, İstanbul Milletvekili Aydın Ağan Ayaydın’ın; 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, Konya Milletvekili Mustafa Baloğlu’nun; Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Harçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları (1/747, 1/36, 2/883, 2/1285, 2/1325)

²⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 24. Dönem 3. Yasama Yılı 87. Birleşim 03/Nisan /2013 Çarşamba

düzenlenmenin anayasal düzeyde ne gibi hukuki sonuçlar/sorunlar doğurduğu hususu bu aşamada önem arz etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Devlet ve kamu tüzel kişilerine kamulaştırma yetkisi doğrudan Anayasa ile verilmiş olup, bu kapsamda anayasa koyucu kanun koyucunun iradesini bağlamış ve kanun koyucuya anayasal düzeyde tanınmış olan kamulaştırma yetkisinin yasal düzeyde ortadan kaldırılmasına yönelik bir takdir alanı bırakmamış, sadece sahip olunan anayasal yetkinin kullanılma usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesini öngörmüştür.²¹ Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu anayasal bir yetki niteliğindeki kamulaştırma yetkisinin, Anayasadaki söz konusu düzenleme mevcut olduğu sürece kanunla geri alınması anayasaya açıkça aykırı olacaktır.

Ancak kanun koyucunun, bir kamu tüzel kişinin kamulaştırma yetkisini yapacağı bir yasal düzenleme ile ortadan kaldıramamakla birlikte, Anayasada açıkça kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilmemiş ve Anayasanın 123 üncü maddesi uyarınca kanunla kamu tüzel kişiliğini haiz kılınmış bir kurumun kamu tüzel kişiliğini, yetki ve usulde paralellik ilkesi kapsamında yine bir kanun düzenlemesi ile sona erdirebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla anayasal düzeyde kamu tüzel kişiliği tanınmamış kurumların kanunla kazandıkları kamu tüzel kişiliği statüsünün yine kanunla ortadan kaldırılması hukuken yasa koyucunun takdir alanında kalan bir husustur. Kamu tüzel kişiliği kanunla sona erdirilen bir kurumun kamulaştırma yetkisi de kendiliğinden sona erecektir.

Ancak kanun koyucunun kamu tüzel kişiliğini açıkça sona erdirmeyen bir kamu kurumunun kamulaştırma yetkisini ortadan kaldırmaya yönelik yasal düzenlemeye gitmesi Anayasaya açıkça aykırılığı beraberinde getirecektir. Zira yukarıda da zikredildiği üzere, anaya-

²¹ Nitekim bu amaçla çıkartılan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1 inci maddesinde; söz konusu Kanunun, kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzel kişilerinince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenlediği belirtilmiş devamında ise Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir

sal bir yetki olarak kamulaştırma yetkisinin sadece kullanım esas ve usullerini belirleme hususunda kanun koyucu yetkilendirilmiş olup, yetkiye ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine münhasır olan bir yasama yetkisinin, anayasal güvenceye bağlanmış kamulaştırma yetkisini ortadan kaldıracak şekilde kullanılması anayasaya açıkça aykırıdır.

Söz konusu hukuki tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğinin varlığı ve Anayasanın kamu tüzel kişilerine kamulaştırma yetkisi verdiği hususu birlikte ele alındığında, 18 Nisan 2013 tarihli ve 28622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6456 sayılı Kanununun 24 üncü maddesi ile 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ek 7 nci maddesine "Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez." hükmünü içerecek şekilde bir fıkra eklenmiş ve böylece kuruluş kanunlarında açıkça kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yetkisinin kaldırılmış olmasının anayasaya açıkça aykırı olduğu söylenebilir.

III. Kanun Koyucu Tarafından Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesinin Hukuki Sonuçları

Yukarıda ayrıntılı olarak ifade edilmeye çalışıldığı üzere, kanun koyucunun sarih iradesini ortaya koyan söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırılık değerlendirmesinin yanı sıra; Kanun koyucunun Anayasaya aykırılığı açıkça görülen böyle bir yasal düzenlemeye giderek abesle iştigal etmiş olamayacağı, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ek 7 nci maddesine eklenen "Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez." hükmü ile anayasaya aykırı olmayacak şekilde bir hukuki sonuç doğurmayı hedeflediği ihtimali üzerinde durulabilir.

Bu ihtimalde, acaba Anayasanın 46 ncı maddesinin açık hükmüne rağmen kanun koyucu böyle bir düzenleme ile nasıl bir hukuki sonuç doğurmayı hedeflemiştir? Diğer bir ifade ile kanun koyucunun getirmiş olduğu "Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez." Hükmünün anayasa uygun yorum yöntemine tabi tutulması mümkün müdür? Bu soruların ilgili düzenlemeler çerçevesinde cevabı aşağıda bulunmaya çalışıla-

caktır. Eğer kanun koyucu böyle bir düzenleme ile Anayasaya aykırı olmayan bir hukuki sonuç öngörmüşse, Anayasanın 46 ve 130 uncu maddeleri ile 2547 ve 2809 sayılı Kanunun ilgili maddeleri esas alındığında şu tespit ve değerlendirmeler yapılabilir.

Bu bağlamda öncelikle, yükseköğretimin yeniden yapılandırılması ve bu kapsamda yükseköğretimin yasal çerçevesinin yeniden belirlenmesi amacıyla yürütülen çalışmalar sonrasında ortaya konulan Yükseköğretim Tasa Taslağının konuya ilişkin hükümleri üzerinde durulabilir. Kamu oyu ile de paylaşılan söz konusu Taslağın²² "Yükseköğretim kurumlarının kuruluşu" kenar başlıklı 25 inci maddesinde, "(1) Yükseköğretim kurumları Devlet, vakıf ya da özel yükseköğretim kurumu olmak üzere farklı statülerde kurulabilir. Devlet yükseköğretim kurumu kanunla, özel ve vakıf yükseköğretim kurumları ise Kurulun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Devlet yükseköğretim kurumları kamu tüzel kişiliğini, diğer yükseköğretim kurumları ise özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir." düzenlemesi getirilmiş, "Mali kolaylıklar" kenar başlıklı 73 üncü maddesinde ise, "(1) Devlet, vakıf ve özel yükseköğretim kurumları genel bütçeye dahil kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan mali muafiyetler, istisnalar ve diğer mali kolaylıklardan aynen yararlanırlar ve bunlara yapılacak her türlü bağış ve yardımlar gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri tarafından beyannameye bildirilecek gelir ve kurum kazançlarından indirilebilir. Bağış ve vasiyetlerin kullanılmasında, bağış ve vasiyet yapanların koydukları ve kanunlara göre geçerli sayılan kayıtlara ve şartlara uyulur. Kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinimi, sadece Devlet yükseköğretim kurumları tarafından yapılabilir.

...

(5) Vakıf veya özel üniversitelerde eğitim-öğretim için zaruri olması halinde yürütme kurulu tarafından verilecek kamu yararı kararı ve başkanın onayı üzerine bedeli kamulaştırmayı yapacak kurumdan alınmak üzere vakıf veya özel üniversite lehine kamulaştırma yapılabilir. Kamulaştırılan taşınmazın eğitim ve öğretimde kullanımına gerek kalmadığı takdirde, eski malik bedelini Kurula ödeyerek geri alma önerisini kabul etmezse, taşınmaz Kurul mülkiyetine geçer. Kurul bu suretle kendisine geçen taşınmazı amacı doğrultusunda kullanılmak üzere bir kamu üniversitesine devredebilir." hükmüne yer verilmiştir.

²² <http://yeniya.yok.gov.tr/files/deaed4775cb01c29786a7dda47c57672..pdf>
(18.04.2013)

Görüldüğü üzere, yeniden şekillendirilen yükseköğretimin yasal çerçevesine dair Taslakta vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliklerinin sona erdirilmesi ve buna paralel olarak vakıf yükseköğretim kurumlarının ihtiyaç duyduğu taşınmazların kamulaştırılmasında yetkinin Türkiye Yükseköğretim Kuruluna verilmesi öngörülmüş.²³ Bu yaklaşımın yansıtıldığı söz konusu Taslak metin kanunlaşacağı ana kadar her hangi bir hukuki değer taşımamakla birlikte, buna ilişkin yaklaşımı ve iradeyi ortaya koyması bakımından dikkate alınabilecek niteliktedir. Eğer söz konusu yaklaşım yasama sürecinin diğer aşamalarında da benimsenecek olursa, kamu tüzel kişiliğinden ve kamulaştırma yetkisinden mahrum vakıf yükseköğretim kurumları önümüzdeki dönemde yükseköğretim sisteminde yerini alacaktır.

Bu çerçevede, 6456 sayılı Kanununun 24 üncü maddesi ile 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ek 7 nci maddesine “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez.” hükmünün eklenmesi, Anayasaya uygun yorum yöntemi benimsenerek bir hukuki tahlile

²³ Vakıf Üniversiteleri Birliğinin Taslak hakkındaki görüşünde ilgili düzenlemeye ilişkin olarak, “51- Taslağın 68/5. maddesinde “*Vakıf veya özel üniversitelerde eğitim-öğretim için zaruri olması halinde yürütme kurulu tarafından verilecek kamu yararı kararı ve başkanın onayı üzerine bedeli kamulaştırmayı yapacak kurumdan alınmak üzere vakıf veya özel üniversite lehine kamulaştırma yapılabilir*” denilerek vakıf ve özel üniversitelere kamulaştırma hakkı tanınmış, ancak bu hak kullanılması Türkiye Yükseköğretim Kurulunun iznine tabi kılınmıştır. Özellikle vakıf yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma bakımından devlet yükseköğretim kurumları ile paralel düzenlenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

52- Taslağın 68/5. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “*Kamulaştırılan taşınmazın eğitim ve öğretimde kullanımına gerek kalmadığı takdirde, eski malik bedelini Kurula ödeyerek geri alma önerisini kabul etmezse, taşınmaz Kurul mülkiyetine geçer. Kurul bu suretle kendisine geçen taşınmazı amacı doğrultusunda kullanılmak üzere bir kamu üniversitesine devredebilir*” hükmü ile vakıf veya özel yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma nedeniyle ödedikleri kamulaştırma bedeli kaybolmaktadır. Taşınmazın eski malikinin bedelini kurula ödeyerek geri alması veya geri almadığı takdirde taşınmazın kurul mülkiyetine geçmesi vakıf/özel yükseköğretim kurumunun ödediği paranın yok olması anlamına gelmekte, böylece, vakıf/özel yükseköğretim kurumları eğitim öğretimi sürdürmek için gerekli olduğu düşüncesiyle yaptıkları kamulaştırma nedeniyle adeta cezalandırılmaktadır. Aynı zamanda bu durum, eski malik kurula ödeme yaptığı veya taşınmaz kurulun mülkiyetine geçtiği takdirde kurulun, taşınmaz bir devlet yükseköğretim kurumuna devredildiği takdirde devlet yükseköğretim kurumunun sebepsiz zenginleşmesine neden olacaktır. Böyle bir düzenleme hukukun temel ilkelerine aykırıdır.” değerlendirmelerine yer verilmiştir. Bkz. <http://yeni.yasa.yok.gov.tr/?page=downloads&uid=97f646c9ad5aea406c0581666823921f>. (18.04.2013)

tabi tutulduğunda, kanun koyucunun Anayasanın 46 ncı maddesinin açık amir hükmü karşısında, söz konusu “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez.” hükmü ile zımnen vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliklerini kaldırdığı söylenebilir. Her ne kadar yasama tekniği açısından böyle bir sonucu doğurmak amacıyla yapılacak düzenlemenin bu şekilde kaleme alınmasının doğru olmadığı düşünülmeyle birlikte, kamulaştırma yetkisinin Anayasanın 46 ncı maddesi gereğince kamu tüzel kişiliğinin doğal/ayrılmaz bir sonucu olması karşısında, söz konusu düzenleme ile böyle bir sonucun hedeflendiği ve zımnen böyle bir hukuki sonucun öngörüldüğü söylenebilir.

Diğer bir ifade ile, kamulaştırma yetkisi kamu tüzel kişilerine ait bir yetki olduğuna ve anayasal düzeyde güvenceye bağlandığına göre; mülkiyet hakkına kamu yararı gerektirmesi halinde müdahale imkânının sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine münhasır bulunduğu göre, kamulaştırma yetkisi elinden alınan vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliklerinin de usulde ve yetkide paralellik ilkesi çerçevesinde kanun koyucu tarafından zımnen sona erdirildiği hukuki sonucuna gidilebilir. Kısaca, Anayasanın 46 ncı maddesi uyarınca kamulaştırma yetkisinin varlığı, kamu tüzel kişiliğinin varlığını zorunlu kıldığı gibi, kamulaştırma yetkisinin yokluğu da kamu tüzel kişiliğinin yokluğunu beraberinde getirmektedir.

Ancak bu değerlendirmenin doğruluğu varsayımında, Anayasa ve İdare Hukuku bakımından cevaplanması gereken sorular gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararlarında açıkça belirtildiği üzere, kamu hizmeti niteliği tartışmasız olan yükseköğretim hizmeti yürüten vakıf yükseköğretim kurumlarının, yürüttükleri kamu hizmetinin devamlılığı ve ihtiyaçları bağlamında kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde kamulaştırma yapamamasının, kamu yararı ve kamu hizmetinin temel ilkeleri ile nasıl bağdaştırılacağı, yükseköğretim kamu hizmeti sunan Devlet üniversitelerine tanınan kamulaştırma yetkisinin, yükseköğretim kamu hizmeti sunduğunda kuşku bulunmayan vakıf yükseköğretim kurumlarından esirgenmesinin nasıl bir hukuki gerekçesinin olabileceği, kamu hizmeti genel teorisi ve kamu hizmetine egemen olan temel ilkeler karşısında kamulaştırma yetkisinin kaldırılmasının beraberinde ne gibi sorunlar getirebileceği sorularına, Ana-

yasanın 130 uncu ve 46 ncı maddeleri karşısında makul ve hukuken kabul edilebilir bir cevap bulunmasının güç hatta imkansızlığı olduğu kanaatindeyiz.

Vakıf yükseköğretim kurumlarının mali yeterliklerinin yükseköğretim hizmeti kapsamında ihtiyaç duyulan taşınmazların bedelinin ödenmesi suretiyle satın alınmasına fazlasıyla izin verdiği, vakıf yükseköğretim kurumlarının kamulaştırma yapmaksızın ihtiyaç duyduğu bir taşınmazı satın alabileceği argümanı, kamu yararı gereğince ihtiyaç duyulan taşınmazın satışına malikinin rıza göstermemesi halinde nasıl bir süreç işletilebileceği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Bu durumda bir an için vakıf yükseköğretim kurumları adına başka bir kamu tüzel kişisi tarafından kamulaştırma yapılabileceği iddiası da pozitif düzenlemeler karşısında hukuki dayanaktan yoksundur. Zira, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1 inci maddesinde; özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanacağı hükmüne yer verilmiş olup, ancak özel kanunlarında bu yönde bir düzenleme bulunması halinde başkası adına kamulaştırma mümkün olabilmektedir ki, vakıf yükseköğretim kurumları bakımından bu yönde bir açık düzenleme ilgili mevzuatta yer almamaktadır.

Sonuç Yerine

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler dikkate alındığında, ortada iki ihtimalin varlığından söz edilebilir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ek 7 nci maddesine “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemez.” hükmünü ekleyerek Kanun koyucu;

1. Ya Anayasanın 46 ncı maddesinin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasal düzenleme yapmış;
2. Ya da (Yasa yapma tekniği bakımından doğru bulunmamakla birlikte) Anayasaya uygun yorum yöntemi benimsendiğinde, söz konusu düzenleme ile zımnen vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliklerini sona erdirmiştir.

Söz konusu ihtimallerden ilkinin kabulünde, ilgili düzenlemenin iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınması ve/veya

ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık kapsamında yetkili mahkeme tarafından itirazen Anayasa Mahkemesine götürülmesi sonrasında iptal edilebileceği; diğer ihtimalin kabulü halinde ise, artık ilgili Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle kamu tüzel kişilikleri kanun koyucu tarafından sona erdirilmiş olan vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine bağlı kamu gücü ayrıcalıkları ve kamusal yetki kullanımı ve idari nitelikli işlem tesisinin hukuki tartışmaları beraberrinde getirebileceği ve bu kapsamda uyuşmazlıkların çözümünde tabi olunacak hukuk ve görevli yargı yeri bakımından hukuki tartışmalara yol açabileceği düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- Ağar, Serkan, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, www.idare.gen.tr/agar-kamukurumlari.htm (19.04.2013)
- Akar, Zeki, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:24, S:2, 1991, s.3-15;
- Akyıldız, Ali, “Vakıf Üniversiteleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan* C. III, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 459-500.
- Bilgen, Pertev, İdare Hukuku: Kamulaştırma ve İstimval, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- Dörtgöz, Gürsel Öcal, Tapu ve Kadastro ile İlgili Talimatlar ve Yorumlar, 2010.
- Erem, Kadir, “Türk İdari Yargısında Kamulaştırma (yasal düzenlemeler ve idari yargı uygulamaları)”, Kamulaştırma Konferansı, 6 Aralık 2011 , Danıştay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/KKirmaci_Kamulastirma.pdf
- Giritli, İsmet-Bilgen, Pertev-Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- Gözler, Kemal, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler”, www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.htm. (18.04.2013)
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.I, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Şeref-Tan, Turgut, İdare Hukuku, 2. Baskı, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

- Gülmüş, Tercan, "Vakıf Üniversitelerine Kamulaştırma Kanununa Göre Taşınmaz Devri", <http://www.milliemlak.org/cyorum/detay/19>;
- Günday, Metin, İdare Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Kaplan, Gürsel, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s. 125-150.
- Koroğlu, Ömer, Kamulaştırma, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995.
- Kutlu, Meltem, İdari İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1992.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, 4. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Saraç, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Sayı: 139, Ocak- Nisan 2002, s.16-26.
- Yıldırım, Turan, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s. 438-450.

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI

SCOPE OF APPLICATION OF THE BAILMENT AGREEMENT

Şamil DEMİR*

Özet: Türk Borçlar Kanunu'nun 603'üncü maddesi uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacak olması, bu sözleşme tipleri bakımından sözleşmenin özünde yer almayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çalışmada düzenlemenin kapsamına giren sözleşmelerin hangileri olduğu ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: Kefalet, kişisel güvence, garanti sözleşmesi, borca katılma, kredi emri, aval, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, komisyoncunun garantisi.

Abstract: The fact that according to Article 603 of the Turkish Code of Obligations the provisions related to the form of the bailment, the capacity to be surety and the consent of the spouse would also be applied to other contracts where real persons give personal assurance, has led to the emergence of new requirements as to form and capacity which do not take place in the essence of the contract. In this study, we will examine which contracts do enter into the scope of this regulation.

Keywords: Bailment, personal assurance, guarantee agreement, contributing to debt, order of credit, aval, promise performance of third party, broker guarantee.

GİRİŞ

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan TBK m. 603 ile kefalet sözleşmesinin uygulama alanı genişletilmiştir. Getirilen bu hüküm, kefalete ilişkin yeniliklerle birlikte değerlendirildiğinde gerçek kişilerce teminat verilmesi amacıyla yapılan bütün sözleşmelere uygulanacak olması nedeniyle önem arz etmektedir¹.

* Avukat, Ankara Barosu.

¹ Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 174 ve dn. 411; Baş, Ece: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler" İÜHFMC. S. 2, s. 139.

Kanun koyucunun kefaletle ilişkin olarak benimsenen ailenin ve bireyin korunması anlayışının bir sonucu olarak kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve özellikle eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanmasına yönelik tercihi, kefaletle aynı etkiyi doğurabilecek sözleşmelerin de aynı kapsamda değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylece kefalet yenine başka ad altında yapılacak sözleşmelerle kefalet hükümlerinin dolanılması ve önlenmesi amaçlanan sakıncaların kişisel güvence verilmesine ilişkin başka sözleşmelerle ortaya çıkmasının önüne geçilmek istenmiştir².

Kefaletle ilişkin bazı hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacak olması, bu sözleşme tipleri bakımından sözleşmenin özünde yer almayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu da şekil serbestisine tabi birçok sözleşmeyi şekle, şekle tabi sözleşmeleri de ek şekil şartlarına tabi tutmak anlamına gelmiştir.

Çalışmada kefalet sözleşmesinin, kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümlerine değinildikten sonra kefalet sözleşmesinin uygulama alanının genişletilmesinin yerindeliği kanun koyucunun bıraktığı boşluk, sözleşme ve şekil serbestisi bakımından lehte ve aleyhteki görüşlere değerlendirilecek; kişisel teminat verilmesi amacıyla yapılabilecek sözleşmeler ile kefaletin şekli ve (eşin rızası dâhil) kefil olma ehliyetine ilişkin hükümlerin bu sözleşmeler üzerindeki etkileri ayrı ayrı ele alınacaktır.

I. Kefalet Sözleşmesinin Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelere Uygulanacak Hükümleri

TBK m. 603 ile “uygulama alanı” başlığı altında bir yenilik olarak kefalet sözleşmesinin uygulama düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre

² Barlas, Nami; “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 64; Kırca, İsmail: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin İzni” Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006, s. 440-441; Altop, Atilla; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, Editör Ali Çivi, İstanbul 2007, s. 160; Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler” <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf> (erişim: 12.05.2013), s. 26; Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011, s. 864; Baş, s. 139; Özen, s. 48, 174; Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1678.

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. Kefalet sözleşmesinin bazı hükümlerinin kişisel güvence verilmesi anlamına gelen diğer sözleşmelere de uygulanacağı düzenlendiğinden, öncelikle diğer sözleşmelere uygulanacak hükümlerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kefalette şekil, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin hükümlere kısaca değinilecektir.

A. Kefalette Şekil

Kefalet sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı TBK m. 583/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; *kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*

Görüldüğü gibi TBK m. 583/1, kefalet sözleşmesinin “geçerlilik şeklini” düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin unsurların tamamı kefalet veren ile ilgili olup alacaklının buna karşı ne şekilde hareket edeceği düzenlenmediğinden, geçerlilik şekli tek taraflıdır³. Şekle ilişkin düzenleme, getiriliş amacı açık olmasa da kefalet sözleşmesinin özellikle bankalar ve finans kuruluşları tarafından yaygın olarak kötüye kullanılmasının önüne geçecek olması nedeniyle doktrinde isabetli bulunmaktadır⁴.

³ Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013, s. 664; Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012, s. 198-199; Özen, s. 200-201; Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B., İstanbul 2012, s. 120-121; Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 111; Günay, s. 1623-1624, Yıldırım, Mustafa Fadil: “Kefalet Sözleşmelerindeki Yenilikler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011, Editör: Emel Badur, s. 229; Yavuz, s. 803-804; Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 708; Akipek, Şebnem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 21.06.2012, Ankara Barosu Sempozyum Kaydı, DVD-5 (01:39:59).

⁴ Kuntalp, Erden / Barlas Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işıntan, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 267; Barlas, Nami; “Kefalet Sözleşme-

TBK m. 583, kefaletin şekline ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle, gerek 818 sayılı BK m. 484'ten gerekse mehz İsv. BK m. 493'ten ayrılmaktadır⁵. TBK m. 583, kefaletin yazılı şekilde yapılmasından öte, sözleşmede mutlaka bulunması gereken unsurları (azami miktar, kefalet tarihi, el yazısı, müteselsil kefalete ilişkin ifade) belirlediğinden, kefalet sözleşmesinin şekli artık adi yazılı şekil değil nitelikli yazılı şekildir⁶. Bir sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi için içinde mutlaka *kefalet* ifadesinin geçmesine gerek yoktur. Sözleşmenin geçerli olması için fer'i nitelikte bir sorumluluk üstlenilmeli ve sözleşme kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmalıdır⁷.

Kefil, kefalet sözleşmesine sorumlu olduğu azami tutarı el yazısıyla yazmak zorundadır. Bununla kefilin asıl borçlunun borcunu ödemesi halinde ne tutarda bir sorumluluk altına girdiğini açıkça görmesi ve bilmesi amaçlanmıştır. Sorumlu olunan azami tutara sadece anapara değil kefilin kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları, dava ve takip giderleri ile ödenecek faizler de dâhildir. Maddeden sorumlu olunan tutarın açıkça el yazısıyla yazılacağı anlaşıldığından, esas borca veya kefalet tutarının belirlenmesine olanak veren bir belgeye gönderme yapılması yeterli değildir⁸. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinden kefilin kime kefil olduğu da anlaşılmalıdır⁹.

sinin Geçerlilik Şartları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, İstanbul 2010, s. 355; Altop, Atilla: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler" <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf>, (erişim: 12.05.2013) s. 22-23; Zevkçiler/Gökyayla, s. 664; Yavuz, s. 804-805; Baş, s. 128.

⁵ Örneğin İsv. BK m. 493'e göre kefilin sorumluluk tutarı 2.000 Frangı aşılırsa kefalet belgesi resmi şekilde düzenlenmelidir. Bu tutarın altındaki kefalet sözleşmelerinde yazılı şeklin yeterli olduğu düzenlenmiştir (Özen, s. 205; Yavuz, s. 804; Baş, s. 128).

⁶ Zevkçiler/Gökyayla, s. 665; Aydoğdu/Kahveci, s. 708; Gümüş, s. 313; Özen, s. 201-203; Doktrinde el yazısı zorunluluğu konusunda İsv. BK'nundan ayrılmanın yerinde olmadığı, el yazısı zorunluluğunun tüzel kişiler bakımından zorluklara neden olduğu ifade edilmektedir (Özen, s. 206-207).

⁷ Zevkçiler/Gökyayla, s. 666; Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 286 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 708.

⁸ Zevkçiler/Gökyayla, s. 664, Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012, s. 429; 667; Yılmaz, Merve: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı: 7, s. 85; Özen, s. 208-213, Günay, s. 1623-1624; Baş, s. 133.

⁹ Zevkçiler/Gökyayla, s. 667; Özen, s. 213 vd.; Öz, s. 120-121; Yıldırım, s. 229; Aydoğdu/Kahveci, s. 709.

818 sayılı BK'da kefalet tarihinin el yazısıyla yazılması bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir. Fakat TBK m. 583/1 kefalet tarihinin el kefilin el yazısıyla yazılmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiştir. Kefalet tarihinin yazılması, süreli kefalette (TBK m. 600) kefaletin sona erme tarihinin belirlenmesinde, kefilin kefalet tarihinde evli olup olmadığının dolayısıyla eşin rızasının gerekip gerekmediğinin tespitinde ve TBK m. 589 uyarınca kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olduğundan, hangi borçlardan sorumlu olacağının tespitinde önem arz eder¹⁰.

Kefil, adi kefalet sözleşmesinde ikincil olan durumunu, asıl borçluyula denk hale getirecek olan müteselsil kefaletle ilgili ibareyi el yazısıyla yazmak zorunda tutularak, sözleşme kapsamında durumunu ağırlaştırıcı unsurlardan kesin olarak haberdar olması amaçlanmıştır. Müteselsil kefaletle ilişkin sözleşmede kefil, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla yazmamışsa kefalet adi kefalet olarak hüküm ifade eder¹¹.

Kanun koyucunun TBK m. 583'te sayılan unsurların el yazısıyla yazılmasını geçerlilik şekli olarak benimsemesi, açığa (beyaza) imzanın yarattığı mağduriyeti ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle önem arz eder. Düzenlemenin bir sonucu olarak bir kişi okuma yazma bilmiyorsa ya da el yazısıyla imza atamıyorsa kefil olamayacaktır¹².

Kefil, kefalet sözleşmesi imzalamak üzere başkasına yetki verebilir. Ya da kefil vaadinde bulunabilir. Kefilin kendi adına kefil olma konusunda özel yetki vermesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da kefaletle aynı şekil şartlarına tabidir. Taraflar, kanunda yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlamayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m. 583/2 ve 3).

Türk hukukunda baskın görüş, şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğudur. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi

¹⁰ Yavuz, s. 803; Akipek, Sempozyum Kaydı (01:41:07); Baş, s. 132.

¹¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 666; Özen, s. 217-219; Gümüş, s. 315; Baş, s. 134.

¹² Özen, s. 219-226; Yılmaz, s. 86; Baş, s. 136.

için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz kefalet sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "asıl borçludan" istenebilir¹³. Hâkim, hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır¹⁴.

B. Kefil Olma Ehliyeti

1) Gerçek Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Gerçek kişilerin kefil olabilmesi için tam ehliyetli (ergin, ayırtım gücüne sahip, kısıtlanmamış) olması gerekir. Bu nedenle vesayet altında bulunanların ve bunlar adına yasal temsilcilerinin (MK m. 449), velayet altındaki küçüklerin ve velilerinin kefalet sözleşmesi yapması veya yapılmış sözleşmeye izin onay vermesi yasaktır (MK m. 342/3). Yasağa aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Fakat bir meslek ve sanatın yürütülmesi için izin verilen sınırlı ehliyetsizler (MK m. 453) meslek ve sanatın icrası için gereken hallerde kefalet sözleşmesi yapabilirler¹⁵. Yasağın aykırı şekilde yapılan sözleşme ifa edilmişse -kesin hükümsüz olan sözleşme nedeniyle- yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir¹⁶. Buna karşın kendisine kayyum tayin edilen ve iflas eden kişilerin -kefalet bir tasarruf işlemi olmayıp, sadece borç doğuran işlem olduğundan- kefalet ehliyetinde bir sınırlama bulunmamaktadır. Noterlik Kanunu m. 50/3'e göre noterlerin kefil olması yasaklanmıştır¹⁷.

2) Eşin Yazılı Rızası

TBK m 584, BK'nunda karşılığı olmayan bir düzenlemeyle, evli bir kişinin kefil olabilmesini diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır. Getiri-

¹³ Gümüş, s. 325 vd.; Yargıtay'ın aksine İsviçre Federal Mahkemesi, sebepsiz zenginleşenin alacaklı olduğunu kabul etmektedir (Özen, s. 232; Gümüş, s. 327).

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 664-665; Özen, s. 228-229, 232-236; Gümüş, s. 326.

¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 663; Özen, s. 162-166; Erzurumluoğlu, s. 199-200; Aydoğdu/Kahveci, s. 707.

¹⁶ Özen, s. 167-168; Yılmaz, s. 75-76.

¹⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 663; Özen, s. 168-169, Gümüş, s. 304; Aydoğdu/Kahveci, s. 707.

len bu yenilikle evlilik birliğinin, eşlerin düşüncesizce ve hatıra binaen yaptıkları kefalet sözleşmelerinin yarattığı yıkımdan korunması amaçlanmıştır¹⁸. Eşin rızasına ilişkin düzenleme doktrinde, bir yandan yasal mal rejiminin ruhuna ve temel felsefesine uygun olduğu ve uygulamadaki bir ihtiyacı karşıladığı gibi nedenlerle isabetli bulunurken¹⁹, diğer yandan da kefilî korumada aşırıya gidildiği gerekçesiyle eleştiriye konu olmuştur²⁰.

Düzenlemeye göre 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 (TBK m 584/1). Evli kişiler bakımından, eşin kefalet sözleşmesine yazılı rızası bir geçerlilik şartıdır. Yazılı rızanın adi yazılı şekilde yapılması, yani sadece eşin imzasını taşıması yeterlidir²¹.

TBK m. 584/2'de eşin yazılı rızasının aranmadığı iki hal düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama haklarının bulunduğu (TMK m. 197/1) haller ve eşler hakkında ayrılık kararı verildiği hallerde, diğer eşin yazılı rızasına gerek yoktur²². Fakat ayrı yaşama hakları olmadığı halde fiilen ayrı yaşayanlar ile ayrı yaşama hakları olduğu halde fiilen birlikte yaşayanlar bakımından eşin rızasının aranması gerekir²³.

En geç kefalet sözleşmesinin kurulması anına kadar aranan eşin yazılı rızası, kefalet sözleşmesindeki kefilin sorumluluğunu artırmayan değişiklikler bakımından aranmamıştır. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler kefilin sorumlu olduğu tutarı artırmıyor, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine neden

¹⁸ Kırca, s. 437; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Yavuz, s. 810; Özen, s. 174; Gümüş, s. 305; Yılmaz, s. 77; Baş, s. 115.

¹⁹ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 267; Gümüş, s. 306; Yavuz, s. 810; Baş, s. 115-116.

²⁰ Öz, s. 121.

²¹ Kırca, s. 443; Aral/Ayrancı, s. 430; Yavuz, s. 814; Erzurumluoğlu, s. 199; Gümüş, s. 306; Günay, s. 1627; Demir, s. 111; Yıldırım, s. 229; Yılmaz, s. 77; Aydoğdu/Kahveci, s. 709-710.

²² Kırca, s. 439; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Özen, s. 173-175; Gümüş, s. 306; Günay, s. 1627; Yavuz, s. 810-811; Aydoğdu/Kahveci, s. 710; Baş, s. 122-123.

²³ Baş, s. 118-119.

olmuyor ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azaltmıyorsa²⁴, bu üç halle sınırlı olacak şekilde eşin -ilk rızayla aynı usulde verilecek- (TBK m 584/1) yeni bir rıza vermesine gerek yoktur (TBK m 584/1)²⁵.

Henüz bir kefalet sözleşmesi yapmamakla birlikte, kefalet sözleşmesi yapmak üzere bir başkasına yetki veren veya alacaklı yahut üçüncü bir kişiye kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunan kişiler bakımından da kanun hükmünün dolanılmasını engellemek için eşin yazılı rızası gerekir. Fakat temsilci olarak ya da tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket edenler kendileri adlarına bir taahhüde girmediklerinden eşlerinin rızası aranmaz. Vaat ve yetki verme aşamasında rıza veren eşten, sözleşmenin imzalanması aşamasında yeniden rıza alınmasına gerek yoktur²⁶. Getirilen korumanın amacına ulaşması için eşin rızası, somut bir kefalet sözleşmesine yönelik olmalı, her kefalet sözleşmesi için ayrı yazılı rıza alınmalıdır. Yoksa ileride yapılması muhtemel kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde rıza verilmesi mümkün değildir²⁷. Eşin rızasına ilişkin hüküm emredici nitelikte olduğundan eşlerin yazılı rıza vermekten feragat etmeleri mümkün değildir²⁸.

Eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603 gereğince, gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmelerin tamamına uygulanacak olması, eşin rızasına ilişkin hükümlerin önemini mehz kanuna göre oldukça artırmıştır. Bu durumda eşin rızasına ilişkin hüküm, garanti sözleşmesine, borca katılmaya, kredi emrine, avale²⁹ üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ve komisyoncunun garantisine uygulanabilecektir. İsv. BK m. 494'te düzenlenen eşin

²⁴ Kefil yararına olan güvencelerden nelerin anlaşılmasına gerektiğine ilişkin görüşler ve örnekler için bkz. Kırca, s. 441-443; Örneğin alacaklı asıl borçlunun bir malı üzerindeki ipotekten vazgeçiyorsa güvencenin önemli ölçüde azaltılması söz konusudur. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özen, s. 178-179; Yavuz, s. 812-814; Gümüş, s. 308; Baş, s. 120.

²⁵ Kırca, s. 441; Zevkliler/Gökyayla, s. 670; Aral/Ayrancı, s. 430; Eşin rıza verme ehliyeti ve konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özen, s. 175 -177; Yavuz, s. 812, 815; Günay, s. 1627; Öz, s. 122; Demir, s. 111; Yıldırım, s. 230; Aydoğdu/Kahveci, s. 710; Baş, s. 119 vd.

²⁶ Kırca, s. 440-441, 439; Özen, s. 175-176; Gümüş, s. 306; Yavuz, s. 811; Baş, s. 119; Yılmaz, s. 78.

²⁷ Kırca, s. 444; Gümüş, s. 309; Özen, s. 180; Yavuz, s. 814-815; Baş, s. 118.

²⁸ Kırca, s. 438; Gümüş, s. 309; Yavuz, s. 809; Baş, s. 117.

²⁹ Kırca, s. 437; Zevkliler/Gökyayla, s. 670; Özen, s. 47-50; Gümüş, s. 330.

rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603'te olduğu gibi kişisel teminat verilmesine ilişkin diğer sözleşmeleri kapsamaması, taraflara bu tür sınırlamalara tabi olmayan diğer sözleşmeleri yönelme imkânı tanımış, örneğin kefalet yerine garanti sözleşmesi yapılması kanuna karşı hile sayılmamıştır³⁰.

Eşin rızasına ilişkin düzenlemenin kredi teminini, dolayısıyla ticari hayatı zorlaştırdığı yönündeki tepkiler³¹ kanun koyucunun 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³² 77. maddesiyle TBK m. 584'e bir fıkra eklenmesine neden olmuştur. Eklenen fıkra İsv. BK m. 494/2'de düzenlendiği halde 01.12.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan düzenleme ile benzer niteliktedir³³ ve kefalet sözleşmesinde eşin rızasının gerekmediği hallerin kapsamı genişletmektedir. Buna göre *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 Kullanılmasına 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 kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*. Kanun koyucu bu düzenlemeyle sayılan kişilerin ticari tecrübeleri nedeniyle aileyi yıkıma uğratacak şekilde düşüncesizce kefalet sözleşmesi yapmayacakları varsayımıyla hareket etmiştir. Getirilen düzenleme, kapsama giren tüccar ve esnaf bakımından bir hak ve nimettir³⁴.

Her ne kadar İsv. BK'nun mülga m. 494/2 ile benzer nitelikte olsa da TBK m. 584/2 düzenlemesi bazı yönlerden bahse konu fıkradan ayrılmaktadır. İsv. BK mülga m. 494/2 *"kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırlı sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir serme-*

³⁰ Kırca, s. 438, dn. 11.

³¹ Kızılot, Şükrü: "Evli erkeklere müjde" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22702567.asp?yazarid=82> (erişim: 12.05.2013)

³² RG. S. 28615, 11.04.2013.

³³ Kırca, s. 448.

³⁴ Kırca, s. 450, 452.

yesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz"³⁵ şeklinde düzenlemekteydi. Görüldüğü gibi İsv. BK mülga m. 494/2, eşin rızanın aranmayacağı şirket ortaklığı ve yöneticiliklerini sayma yoluna gitmişken, TBK m. m. 584/2 böyle bir sayma yapmaksızın ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından verilecek kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını düzenlemiş, bu kapsama, *esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletleri dâhil etmiş*, bununla da yetinmeyip eşin rızası olmadan kefalet verebilecek kişiler yanında, eşin rızası gerekmeden kefil olunabilecek bir kısım kredi türü de sayılmıştır.

TBK m. 584/2'nin mülga mehz İsv BK m. 494/2'den ayrıldığı bir diğer önemli nokta da kefaletin sayılanlarca ancak *mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak yahut işletme veya şirketle ilgili olarak* verecekleri kefaletleri eşin rızası dışına çıkarmasıdır³⁶. Dolayısıyla, mesleki faaliyet ya da işletme işe ilgili olmayan kefalet sözleşmeleri bakımından eşin rızası aranacaktır.

Eşin rızasının arandığı hallerde eş rıza vermemişse veya eşten rıza alınmamışsa kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Bu hallerde sözleşmenin geçerli olabilmesi için şekil ve ehliyetle ilişkin şartlar tamamlanarak yeniden yapılması gerekir. Ancak uygulamada, eşten tarihsiz rıza alınarak bu hükmün dolanılması mümkündür³⁷. Eşin rızasında eksiklik bulunan kefalet sözleşmesi yapıldığı anda hükümsüzdür. Bu nedenle eşlerin boşanması kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmaz. Sözleşmede değişiklik meydana gelmesi nedeniyle eşin ek rızası gerekmesine rağmen bu rızanın alınmaması, sözleşmede yapılan değişikliği hükümsüz kılar. Fakat kefilin sorumluluğu sözleşmenin önceki haline göre (eski sorumlu olunan tutarda veya adi kefalet olarak) devam eder. Müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmasına rağmen eş adi kefalet rıza vermişse, bu durumda kefalet sözleşmesi hükümsüz kabul edilebileceği gibi sözleşmenin adi kefalet olarak ayakta tutulması mümkündür³⁸.

³⁵ Kırca, s. 448.

³⁶ TBK tasarımda bulunan m. 584/2 hükmü ile ilgili değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Kırca s. 448-449.

³⁷ Kırca, s. 447; Yavuz, s. 818; Baş, s. 122.

³⁸ Kırca, s. 448; Zevkliler/Gökyayla, s. 669; Aral/Ayrancı, s. 430; Gümüş, s. 308-310; Özen, s. 181-183; Yavuz, s. 816-819; Baş, s. 125.

3) Tüzel Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Tüzel kişilerin (şirket, dernek, vakıf) kefalet ehliyeti konusunda *ultra vires* (amaç dışı işlem yapma yasağı) kuralı belirleyici öneme sahiptir. Çoğu olayda kazanç gütmeyen dernek ve vakıfların kefil olması bu tüzel kişilerin amacıyla bağdaşmayacağından kefalet ehliyeti olmadığı sonucu ortaya çıkar³⁹. Dernek veya vakıf tüzüğünde kefil olma yetkisi açıklığa kavuşturulsa bile imzalanan kefalet sözleşmesi amaçla bağdaşmadığı sürece görünüşteki yetkinin ehliyet sağlaması mümkün değildir.

Ultra vires kuralının ticaret şirketleri için de geçerli olduğunu düzenleyen 6762 sayılı eTTK m.137 maddesine rağmen Yargıtay ilk kararlarının aksine zamanla hükmü geniş yorumlayarak şirketlerin kredi kullanımında birbirlerine kefalet yoluyla destek olmalarının bir ihtiyaç olduğu gerekçesiyle kefaleti faaliyet alanıyla sınırlamamak yönünde görüş benimsemiş ve kanunda açıkça düzenlenen *ultra vires* kuralı işlevsiz hale getirilmiştir. Bahse konu düzenlemenin 6102 sayılı TTK'nundaki karşılığı olarak ifade edilebilecek m. 125/2'de yargı kararlarıyla işlevsiz hale gelen *ultra vires* kuralından bahsedilmediğine göre, ticaret şirketlerinin faaliyet alanına girmeyen konularda kefalet sözleşmesi yapmalarının önü tamamen açılmış bulunmaktadır⁴⁰.

Öte yandan TBK m. 603 hükmü sadece gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacağından, tüzel kişilerce teminat vermek amacıyla yapılacak olan garanti ve borca katılma sözleşmeleriyle, aval, kredi emri, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve komisyoncunun garantisine kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulanmaz⁴¹.

II. Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanının Genişletilmesinin Yerindeliği

A. Genel Kavramlar

1) Kişisel Teminat

Teminat sözleşmeleri, ister aynı ister kişisel teminat verilmesine ilişkin olsun bir kimsenin, başkasının karşı karşıya olduğu riskleri

³⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 664; Gümüş, s. 311; Özen, s. 169-170; Yılmaz, s. 80.

⁴⁰ Özen, s. 170-172, Yılmaz, s. 80; Gümüş, s. 311; Kızılot, Şükrü: "Ultra Vires Kalkıyor" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20177379.asp> (erişim: 12.05.2013).

⁴¹ Baş, s. 139.

üstlendiği sözleşmelerdir. Kişisel teminat sözleşmelerinde, aynı teminat sözleşmelerinin aksine, teminat alacaklısının diğer alacaklılara göre öncelikli olarak başvurabileceği (rehinli) bir mal bulunmaz. Kişisel teminat sözleşmelerinde alacaklı, asıl borçlunun yanında, kişisel teminat veren kişinin de malvarlığına başvurma hakkı kazanır. Bu bakımdan kişisel teminat sözleşmeleri, alacaklıya malvarlığına başvurulabilecek başkaca kişiler yaratan sözleşmelerdir. Dolayısıyla kişisel teminat veren kişi ile borcu temin olunan kişinin farklı kişiler olması gerekir. Bir kişinin kendi borcuna teminat vermesi kişisel teminat sözleşmesi olarak nitelenemez⁴².

Borcun ifa edilmesini asıl borçlu dışındaki kişilerin de üstlendiği kişisel teminat sözleşmeleri kefalet, garanti sözleşmesi, mevcut borca *sonradan* katılma (TBK m. 201), teminat amacıyla bir borcu bir borcu asıl borçlu ile *başlangıçta* müteselsilen borçlanma, kredi emri (TBK m. 516), kıymetli evraklar üzerine verilen avâl (TTK m. 700-702) ve komisyoncunun özel teminatı (TBK m. 537) şeklinde sayılabilir⁴³.

2) Sözleşme Özgürlüğü ve Şekil Serbestisi

Özel borç ilişkileri kapsamında borçlar hukukuna egemen olan ana ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Sözleşme serbestisi ve sınırları, sözleşmenin biçimi ve özü bakımından TBK m. 26-27 ve 12-14'de somutlaşmıştır. TBK'nun sözleşme özgürlüğü başlıklı 26. maddesine göre *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*. TBK m. 27/1'e göre ise *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*. Bu iki düzenleme sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir. Her ne kadar TBK m. 26, sadece sözleşmenin içeriği konusundaki özgürlüğü düzenlese de sözleşme özgürlüğünün kapsamı bununla sınırlı değildir. Gerek TBK gerekse diğer kanunlarda düzenlenen sınırlar çerçevesinde sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin biçimini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme, sözleşmenin çeşidini (tipini) seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü de kapsar⁴⁴.

⁴² Özen, s. 1, 5-6.

⁴³ Özen, s. 6-7.

⁴⁴ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B.,

Sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin biçimini seçme özgürlüğü, şekil serbestisi olarak da ifade edilebilir. TBK m. 12/1 bir genel kural olarak sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı olmadığını düzenleyerek şekil serbestisini benimsemiştir. Fakat kanunda bir sözleşme için belirli bir şekil öngörülmüşse, öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir ve bu şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK m. 12/2). Taraflar kanunda öngörülen şekli değiştirmek üzere sözleşme yapamazlar⁴⁵. Bu kapsamda, kanunda öngörülen nitelikli şekil ve ehliyet şartlarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Fakat TBK m. 603, TBK m. 12/1 de benimsenen şekil serbestisine, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler bakımından kanunla öngörülen ve fakat açıkça düzenlenmeyen (örtülü) istisnalar getirmiştir.

B. Hükümün Lehindeki Görüşler

TBK m. 603 gerekçesinde düzenlemenin amacı, “kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ye bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde hükümün gerekçesi doğrultusunda oluşan görüşlere göre, kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilen kefaletle denk şartlarda ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerekir. Bir kimse eşinin rızası olmadan fer’i nitelikte bir kefalet sözleşmesinin tarafı olamıyorsa, garanti sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir sorumluluğun tarafı hiç olamamalıdır. Bu nedenle gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin özellikle garanti sözleşmesine kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet kurallarının uygulanması isabetlidir⁴⁶.

Ankara 2013, s. 6-25; Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012, s. 25-26; Aydoğdu/Kahveci, s. 12-14.

⁴⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 8-9; Aydoğdu/Kahveci, s. 15.

⁴⁶ Barlas-Sorunlar, s.64; Altop-Kefalet Sözleşmesi, s.160; Altop-Yenilikler, s. 26; Yavuz, s. 864-865; Baş, s. 139; Özen, s. 48; Günay, s. 1678, Demir, s. 113-114.

C. Hükümün Aleyhindeki Görüşler

TBK m. 603, hukukumuzun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı düzenlemeler getirmiş ve doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Borçlar hukukunda şekil serbestisi sözleşme serbestisinin temelidir. Ama TBK m. 603 ile kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere yeni şekil şartı getirmiştir. Kanun yapma tekniğine uygunluğu tartışılabilir hükümler getirilerek sözleşme serbestisine sınırlar konulması doğru değildir ve son derece tehlikeli sonuçlar doğurabilir⁴⁷.

Hükümün aleyhinde ifade edilen görüşlerde, borçlar hukukuna egemen olan ana ilkenin sözleşme serbestisi, sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak şekil serbestisi olduğu vurgulanmakta, kanun koyucunun ana ilkeye bir sınırlama getireceği zaman, şekle ilişkin getirilen her zorunluluk aynı zamanda bir geçerlilik şartı haline geldiğinden, bunu çok açık bir şekilde ve ancak kanunla getirilebileceği ifade edilmektedir. Taraflar kanunun öngördüğü şekle uygun sözleşme akdetmezlerse kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşır. TBK m. 603, şekli kanuni düzenlemeyle getirmesine rağmen bunu açıkça yapmamış olması doğru değildir. Bu bakımdan düzenleme Anayasa m. 48 de güvence altına alınan sözleşme hürriyeti ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁴⁸.

Bu haliyle hüküm, uygulamada birçok soruna yol açabilecek, hangi sözleşmelere uygulanacağı belirli olmayan ciddi kavram kargaşasına yol açan ve kefalet sözleşmesinin uygulama alanını inanılmaz ölçüde genişleten bir hükümdür. *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”* şeklindeki TBK m. 19/1 hükmü karşısında kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmesi anlamsız bir endişeden kaynaklanmaktadır. Kapsamın genişliği ve belirsizliği nedeniyle uygulayıcıların icra takiplerinde sorunlarla karşılaşması olasılığı yüksektir. Buna rağmen, TBK m. 603 üzerinde bir değişiklik tasarısı ya da teklifi yahut bu madde üzerinde TBMM veya hükümet gündemine gelmiş bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁹.

⁴⁷ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:11:17).

⁴⁸ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273; Yavuz, s. 865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:11:34).

⁴⁹ Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu/İpek/Yaşar/Koç, s. 273-274; Yavuz, s.

D. Kanun Koyucunun Düzenlemede Bıraktığı Boşluğun Türü ve Nasıl Doldurulacağı

TBK m. 603'te kefaletin uygulama alanı, kapsama girmesi akla gelebilecek bütün sözleşmeleri içine alacak şekilde tanımlanmış⁵⁰ ve "uygulanır" kelimesiyle biten emredici nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemenin kapsamı konusunda hâkime takdir yetkisi bırakılmaması, kapsama giren sözleşmelerin hangileri olduğu konusunda bırakılan boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapılmasını gerektirmiştir.

Kanun koyucu TBK m. 603'te kanun sınırları içerisinde yapılan tanıma uygun olarak açıklığa kavuşturulacak bir çerçeve düzenlemesine karşın, "haklı sebepler", "durumun gerekleri", "hakkaniyete göre" gibi ifadelerle hâkimin takdir yetkisine atıfta bulunan, geniş ve esnek bir çerçeve benimsememiştir. Dolayısıyla düzenleme kapsamına giren sözleşmelerin belirlenmesi bakımından kanun koyucunun bıraktığı boşluğun bir "kural içi boşluk" olduğu söylenemez⁵¹. Buna karşın, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını belirlerken, TBK'nun amacını, kanuna egemen olan ana ilkeyi (sözleşme serbestisi) dikkate alan bazı istisnalarla kapsamı daraltmamış olması, kuralın somut olaylara uygulanması halinde, özellik taşıyan bazı sözleşmeler bakımından sorunlara yol açması, daraltıcı yorum çabalarının somut olayın özelliklerine uymaması ve neticede de adalete uygun olmayan sonuçların doğabilecek olması nedeniyle, kanımca bırakılan boşluk örtülü (gizli) boşluktur. TBK m. 603'te uygulama alanı "görünüşte" belirlenmiş olmasına rağmen düzenlemede ciddi bir örtülü boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk kapsamın sınırlanmasındaki eksiklikten kaynaklanmaktadır⁵².

TBK m. 603'te bırakılan örtülü boşluğun nasıl doldurulacağının üzerinde durulması gerekir. Örtülü boşluğun doldurulmasında amaca

865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47).

⁵⁰ "...gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler..."

⁵¹ Boşluk türleri ve tanımları için bkz. Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)" AÜHFD Yıl: 2001, C. 50 S. 1 s. 93 vd.

⁵² Örtülü boşluk ile ilgili ayrıntılı açıklama ve örtülü boşluğa ilişkin tanımlar için Kırca, Çiğdem, s. 95 vd.

uygun sınırlama (*teleologische Reduktion* veya *Restriction*), Alman hukukunda kabul görmüş, İsviçre hukukunda ise savunucuları olan bir yöntemdir. Amaca uygun sınırlama, kanunun amacına göre geniş kapsamlı ve farklılaşmış düzenlemenin, amacına uygun kapsama indirgenmesi ya da bu kapsamla sınırlandırılmasıdır. Amaca uygun sınırlama yöntemiyle yorum yapılırken düzenlemeye ya sınırlayıcı bir norm eklenir ya da var olan kapsamı ifade eden kelime en dar anlamı kabul edilir. Bu da düzenlemeye istisnai bir durumun kabul edilmesiyle ya da uygulama alanının sınırlandırılmasıyla yapılır. Görüldüğü gibi bu yöntemle somut olaya uygulanması “açıkça uygun görünen”⁵³ bir düzenlemenin uygulanmaması söz konusudur. Bu yapılırken düzenlemenin amacı (*ratio legis*) esas alınmaktadır. Amaca uygun sınırlama aynı zamanda hükmün eşit olmayana eşit uygulanmaması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır⁵⁴. Nitekim ileride değinileceği üzere Tük doktrininde bazı yazarlarca, kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, kişisel güvence verilmesine ilişkin kimi sözleşmelere uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşler, kapsama giren sözleşmelerin amacı ve niteliği itibarıyla kefaletten farklı olduğu, uygulama alanının genişletilmesinin sözleşme/şekil serbestisiyle bağdaşmadığı noktasında buluşmaktadır.

Kanunda belirtilen, “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” şeklinde ifade edilen ölçüt yetersizdir ve sonuçları objektif iyiniyetli kişiler bakımından öngörülebilir değildir. Sayma yoluna gitmek mümkün olduğu halde, kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere yeni ehliyet ve şekil şartları getirilmesi ana ilke olan sözleşme serbestisini sınırlamıştır Boşluğun yargı kararlarıyla “zaman içerisinde” doldurulması mümkündür. Mahkemeler, TBK m. 603’ün uygulama alanı amaca uygun olarak sınırlandırılmalıdır. Amaca uygun sınırlama “kanuna aykırı hukuk yaratma (*Rechtsfindung contra legem*)”⁵⁵ faaliyeti değildir. Amaca uygun sınırlama, kanunun sağladığı şekil serbestisine güvenerek veya kanunun öngördüğü şekli şartlara uyarak sözleşme yapanların, güven ilkesi gereğince sözleşmeden olan beklentilerinin boşa çıkarılmaması için bir gerekliliktir.

⁵³ Kırca, Çiğdem, s. 99.

⁵⁴ Kırca, Çiğdem, s. 91, 98 vd.

⁵⁵ Kırca, Çiğdem, s. 109.

Kanun koyucunun eşin rızasının aranmayacağı haller bakımından *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 için TBK m. 584'te öngördüğü değişiklik, TBK m. 603'te düzenlenen kefaletin şekle ilişkin uygulama alanı bakımından da dikkate değerdir. Çünkü TBK m. 584/3 kapsamına girenlerin şekle ilişkin kurullarla korunmaya ihtiyacı yoktur. Kanun koyucu ticarete tecrübeli kesim ile bunlar dışında kalan ve korunması gereken kesime farklı hükümler uygulanmasını benimsemiştir. TBK m. 603'ün, TBK m. 584/3 kapsamına girenler bakımından da uygulanmamasını sağlayacak bir değişiklik yapılmadığı sürece, hükümdeki boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle doldurulması gerekir.*

III. Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanının, Gerçek Kişiler Tarafından Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Sözleşmelere Etkisi

TBK m. 603 kapsamına giren gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelerin bazıları üzerinde tereddüt bulunmazken, hükmün bazı sözleşmelere uygulanması konusunda belirsizlikler bulunmaktadır⁵⁶ Çalışmanın bu bölümünde kefalet sözleşmesinin uygulama alanına girebilecek **gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesi** anlamına gelebilecek sözleşmeler belirlenmeye ve kefaletin şekli, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin her bir sözleşme türüne olan etkilerine değinilmeye çalışılacaktır.

A. Garanti Sözleşmesi

1) Tanımı

Garanti sözleşmeleri olarak ifade edilen sözleşme kategorisinde, genel olarak garanti veren (garantör), garanti alanın olası ekonomik bir riskini üzerine almayı borçlanmaktadır. Garanti sözleşmeleri homojen sözleşmeler değildir. Teminat amaçlı garanti sözleşmeleri ise garanti sözleşmelerinin bir görünümüdür. Teminat amaçlı garanti sözleşme-

⁵⁶ Aral/Ayrancı, s. 424-425; Özen, s. 48.

sinde garantör, bir borca konu edimin ifa edilmemesi riskini üstlenerek, kefile benzer şekilde borcun ifa edilmemesi halinde edimin yerine getirilmesi konusunda kişisel güvence vermektedir. Garanti sözleşmesi TBK'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, bankaların alacaklarına güvence sağlamak için yaptıkları bir sözleşme olması nedeniyle öne sahiptir⁵⁷.

2) Kefaletten Farkı

Benzer amaca yönelmiş olmasına rağmen kefalet ile garanti sözleşmeleri arasında derin yapısal farklar vardır. Kefil, borcun varlığına, geçerliliğine ve talep edilebilirliğine bağlı fer'i nitelikte bir sorumluluk altındayken; garantör borcun varlığından, geçerliliğinden ve talep edilebilirliğinden bağımsız bir sorumluluk altındadır. Çünkü garanti sözleşmesiyle güvence altına alınan, kefalette olduğu gibi borç değil, borç ilişkisinin konusu olan edimdir. Dolayısıyla garantör, üstlendiği asli ve bağımsız sorumluluk nedeniyle kefilin borç ile ilgili ileri sürebileceği itiraz ve def'ilerden mahrumdur. Aradaki bu iki fark sözleşmenin birbirinden ayrılmasında kullanılabilir ölçütü oluşturur⁵⁸.

3) Garanti Sözleşmesinin Kefaletle Aynı Şekil Şartlarına Tabi Tutulmasının Sonuçları

Görüldüğü gibi garanti sözleşmesi garantöre, kefalet sözleşmesinde kefile yüklenene göre daha sert sorumluluk yüklemektedir. 818 Sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde, garanti sözleşmesinin yüklediği sorumluluğun ağırlığına göre şekil ve ehliyet yönünden daha hafif bir rejime tabi tutulması çelişkili bulunarak eleştirilmekteydi. Bu nedenle 6098 sayılı TBK m. 603 ile kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin teminat amaçlı garanti sözleşmesini de kapsamıyla bu çelişkinin giderildiği ifade edilmektedir. TBK m. 603 ile birlikte şekil bakımından geçersiz kefalet sözleşmelerinin -aynı rejime tabi olmaları nedeniyle- garanti sözleşmesine tahvilinin (*konversiyon*) önü kapanmıştır. Aynı şekilde kefalet yerine, şekil

⁵⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 13; Erzurumluoğlu, s. 207-208; Özen, s. 23; Baş, s. 139.

⁵⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 14, 657-658; Aral/Ayrancı, s. 421-423; Erzurumluoğlu, s. 208, Gümüş, s. 286 vd.; Özen, s. 23-27.

ve ehliyet yönünden daha elverişli garanti sözleşmesi yapılmasının bir cazibesi kalmamıştır. Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin emredici nitelikteki hükümlerin uygulama alanının genişletilmesi, kefalet hükümlerin dolanılmasını engellediği gibi, kişisel teminat sözleşmelerinin tasnifi sırasında yaşanan tartışmaların anlamını bir ölçüde yitirmesine neden olmuştur⁵⁹.

4) Garanti Sözleşmesinin Şekli

Yukarıda açıklandığı üzere içeriğinde garanti sözleşmesi ibaresi geçmese de bir borca teminat vermektan çok bir edimin ifasına asıl borçlu gibi birinci derecede teminat verilmesine ilişkin sözleşmeler garanti sözleşmesidir. Kural olarak garanti sözleşmeleri bir şekle tabi değildir. Ancak bir garanti sözleşmesi gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin ise TBK m. 603 düzenlemesi nedeniyle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bunun sonucu olarak garanti sözleşmesinin adi yazılı şekilde değil, TBK m. 583'te düzenlendiği gibi nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir⁶⁰. TBK m. 583 hükmünün garanti sözleşmesine uygulanacak olması şu sonuçları doğurur:

Garanti sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve garantörün sorumlu olacağı azami miktar ile garanti verme tarihi sözleşmede belirtilmedikçe alacaklı ile garantör arasında yapılan sözleşme geçerli olmaz. Sorumlu olunan azami miktar ve garanti verme tarihinin sözleşmeye garantörün el yazısıyla yazılması gerekir. Ancak garantör, garanti sözleşmesinin niteliği gereği alacaklıya karşı asıl borçlu gibi birinci derece sorumlu olduğundan, sorumluluğun müteselsil olmasına ilişkin veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin sözleşmeye el yazısıyla yazılması zorunlu değildir. *Gümüş'*e göre TBK 603, bir kıyasen uygulama olduğundan, garanti sözleşmesinden doğan "müteselsil sorumluluk" nedeniyle garanti verilen azami borç tutarının ve garanti tarihinin el yazısıyla gösterilmesi zorunlu değildir⁶¹.

⁵⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 668; Altop-Kefalet Sözleşmesi, s.160; Barlas-Sorunlar, s. 64-65; Baş, s. 139-140, Özen, s. 27-28 ve dn. 65; s. 41-43; Yavuz, s. 864-865.

⁶⁰ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, s. 14; Aral/Ayrancı, s. 425; Özen, s. 27-28; Yavuz, s. 865; Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47); Aydoğdu/Kahveci, s. 702.

⁶¹ Gümüş, s. 330.

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak garanti verme konusunda yetki verilmesi ve garantör olma vaadinde bulunulması da kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline tabidir. Garanti sözleşmesinde, garantörün sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3)⁶².

Garanti sözleşmesi TBK m. 603 göndermesiyle kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklinde uygun yapılmazsa, bunun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz garanti sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan edim ifa edilmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "asıl borçludan" istenebilir. Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ıleri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁶³.

5) Garanti Verme Ehliyeti

Garanti sözleşmesinin geçerli olabilmesi için garantörün tam ehliyetli olması ve evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç garanti verme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1)⁶⁴. Garanti sözleşmesinde sonradan yapılan ve garantörün sorumlu olacağı tutarın artmasına ya da garantör yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak yapılacak garanti sözleşmesinde, mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak garanti sözleşmelerinde yahut kanunda sayılan kredi borçlarına verilecek garantilerde eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁶⁵.

⁶² Gümüş, s. 330.

⁶³ Garanti sözleşmesinde şekle aykırılık için de geçerli olan, kefalete ilişkin görüşler için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

⁶⁴ Özen, s. 49.

⁶⁵ Garantör borçtan asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğundan, adi

B. Borca Katılma

1) Tanımı

Borca katılma TBK m. 201/1'de *mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme* şeklinde tanımlanmıştır. Borca katılma sözleşmesiyle *borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar* (TBK m. 201/2). Bir sözleşmenin borca katılma olarak kabul edilmesi için sözleşmenin adında ve içinde geçen ifadelerde "borca katılma" ibaresi olmak zorunda değildir⁶⁶. İçeriğinde başka ifadeler kullanılmış olsa da yapılmak istenen sözleşmenin TBK m. 201/1 hükmündeki tanıma uygun olması yeterlidir. Bu bakımdan mevcut bir borca katılma ve borçlu ile birlikte sorumlu olma sonucunu doğurmak üzere alacaklı ile yapılan sözleşme borca katılma sözleşmesidir.

Mevcut bir borca katılan kişi, borca sonradan katılması nedeniyle fer'i nitelikte bir sorumluluk taşısa da taşıdığı sorumluluğun bağımsızlığı asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmasına neden olur. Bu nedenle borca katılmada sorumluluğunun derecesinin kefalet ile garanti sözleşmesi arasında yer aldığı söylenebilir⁶⁷. Garanti sözleşmesine uygulanacağı konusunda tereddüt olmayan kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin mevcut borca katılmaya da uygulanması mümkündür⁶⁸. Mevcut bir borca katılmaya ilişkin sözleşme *gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılmışsa*, TBK m. 603 uyarınca kefalet sözleşmesinin uygulama alanına girer. Bu nedenle geçerli olabilmesi için kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere uygun olarak yapılması gerekir⁶⁹. Ayrıca doktrinde mevcut bir borca katılma yanında,

kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar hariç olmak üzere, kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, garanti sözleşmesi için de geçerlidir.

⁶⁶ Tarafların iradesinin belirlenmesine ilişkin görüşler için bkz. Özen 15 vd.

⁶⁷ Altop-Kefalet Sözleşmesi s.294; karş. Aral/Ayrancı, s. 423; Özen, s. 48-49; Gümüş, s. 294-296.

⁶⁸ Altop-Kefalet Sözleşmesi s.294; karş. Aral/Ayrancı, s. 423; Özen, s. 48-49; Borca katılanın teminat amacıyla verilip verilmemesi hallerine ilişkin tartışmalar için bkz. Özen, s. 7-10, Baş, s. 140.

⁶⁹ Kırca, s.437; Aral/Ayrancı, s. 425; Özen, s. 49; Yavuz, s. 865; Öz, s. 132; Yıldırım, s. 227; Baş, s. 140; Aydoğdu/Kahveci, s. 702.

gerçek kişilerce bir borcun doğumu sırasında asıl borçluyla birlikte üstlenilmesinin de kişisel güvence verilmesi amacına yönelebileceği ve bu nedenle başlangıçta borca katılmanın da TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁰.

Buna karşın doktrinde borca katılmanın niteliği gereği güvence vermeye yönelik olmadığı, şekle tabi olmayan sözleşmelerden doğan borca katılmanın TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, TBK m. 603'ün kıyasen dahi borca katılmaya uygulanmaması gerektiği, istisnai getiren hükümlerin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği (*singularia non sunt extendenda*) ileri sürülmüştür⁷¹.

2) Borca Katılmada Şekil

Kefaletin şekline ilişkin hükümlerinin gerçek kişilere kişisel güvence verilmesine ilişkin borca katılma sözleşmesine de uygulanacak olması, sözleşmenin nitelenmesinden kaynaklanan sorunları fiilen ortadan kaldırdığından, başka ad altında kişisel güvence verme amacıyla yapılan ve borca katılma sözleşmesinin şartlarını taşıyan her sözleşme kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bunun sonucu olarak borca katılma sözleşmesinin adi yazılı şekilde değil, TBK m. 583'te düzenlendiği gibi nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir. TBK m. 583 hükmünün borca katılma sözleşmesine uygulanması halinde şu sonuçlar ortaya çıkar:

Borca katılma sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve borca katılanın sorumlu olacağı azami miktar ile katılma tarihi sözleşmede belirtilmedikçe alacaklı ile katılan arasında yapılan borca katılma sözleşmesi geçerli olmaz. Katılanın, sorumlu olduğu azami miktar ve katılma tarihinin sözleşmeye katılanın el yazısıyla yazılması gerekir. Ancak borca katılan kanun gereğince alacaklıya karşı asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduklarından sorumluluğun müteselsil olmasına veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeye yer verilmesi zorunlu değildir (TBK m. 201/2). *Gümmüş'e* göre, TBK 603 bir kıyasen

⁷⁰ Özen, s. 7, 49.

⁷¹ Develioğlu, Hüseyin Murat: "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004, s. 320; Yavuz, s. 865; Özen, s. 49, dn. 107.

uygulama olduğundan, borca katılmadan doğan “müteselsil sorumluluk” nedeniyle katılanın sorumlu olacağı azami tutarın ve katılma tarihinin el yazısıyla gösterilmesi zorunlu değildir⁷².

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak borca katılma konusunda yetki verilmesi ve borca katılma vadedinde bulunulması da yukarıda ifade edilen şekle tabidir. Borca katılma sözleşmesinde katılanın sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3)⁷³.

Borca katılma sözleşmesi, TBK m. 603 gereğince kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin kurallara göre yapılmazsa, şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz borca katılma sözleşmesine dayanılarak ifa talep edilemez ve yapılan ifa -borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan- hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren “asıl borçludan” istenebilir. Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁷⁴.

3) Borca Katılma Ehliyeti

Borca katılmanın geçerli olabilmesi için katılanın tam ehliyetli olması ve evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç borca katılma anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1)⁷⁵. Borca katılma sözleşmesinde sonradan yapılan ve katılanın sorumlu olacağı tutarın artmasına ya da katılan yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak

⁷² Gümüş, s. 330.

⁷³ Gümüş, s. 330.

⁷⁴ Borca katılmada şekle aykırılık için de geçerli olan, kefalete ilişkin görüşler için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

⁷⁵ Özen, s. 49.

yapılacak borca katılma sözleşmesi ile mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak borca katılma sözleşmeleri yahut kanunda sayılan bazı kredi borçlarına katılma bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁷⁶.

C. Kredi Emri

1) Tanımı

Kredi emri, TBK m. 516 ila m. 519 arasında düzenlemiştir. Kredi emrinin tanımı ve şeklini düzenleyen TBK m. 516'ya göre; *bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri veren sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekaletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.* Tanımdan da anlaşılacağı üzere, kendisine kredi emri verilen kişi, kendi adına ve hesabına, üçüncü bir kişiye kredi verme yükümlülüğüne girer. Kredi emri veren ise krediyi alan üçüncü kişinin borcundan kefil gibi sorumlu olur.

Kişisel güvence verilmesi amacıyla gerçek kişilerce verilen kredi emri, TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerine tabidir. Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, kredi emrini veren ile alan arasındaki vekâlet sözleşmesine değil, kredi emrine uygulanır⁷⁷.

2) Kredi Emrinin Şekli

TBK m. 516'ya göre kredi emri verenin sorumlu olabilmesi için emrin yazılı olması gerekir. Yani amirin, emri alanın üçüncü kişiye kredi temin etmesinden kefil gibi sorumlu olması için emrin adi yazılı şekilde verilmesi bir geçerlilik şartıdır. Fakat 6098 sayılı TBK m. 603, *gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak verilen* kredi emirlerine de uygulanacağından, kredi emri için TBK m. 516'da ön-

⁷⁶ Borca katılan borçtan asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğundan, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar hariç olmak üzere, kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, borca katılma için de geçerlidir.

⁷⁷ Özen, s. 49; Yavuz, s. 865; Baş, s. 140-141.

görülen adi yazılı şekil artık yeterli değildir. Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin TBK m. 603 kapsamına giren kredi emirlerinin şekline de geçerlilik şekli olarak uygulanması gerekir⁷⁸. Kredi emri veren üçüncü kişinin borcundan kefil gibi sorumlu olur (TBK m. 516). Bu nedenle emri veren emir metnine, sorumlu olduğu azami miktarı, emir tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini el yazısıyla yazmalıdır (TBK m. 583).

Kredi emri için gerek TBK m. 516 gerekse TBK m. 603 gereğince öngörülen şekil sadece -kefil gibi sorumlu olan- kredi emri verenle ilgili olduğundan, emri alanın (alacaklının) kabul beyanının ne şekilde olacağı düzenlenmediğinden geçerlilik şekli tek taraflıdır⁷⁹. Kredi emrine de uygulanacak olan kefaletin şekli (TBK m. 583) adi yazılı geçerlilik şekilden öte, kredi emrinde mutlaka bulunması gereken unsurları (azami miktar, emir tarihi, el yazısı, müteselsil kefaletle ilişkin ifade) belirlediğinden, kredi emrinin şekli adi yazılı şekil değil nitelikli yazılı şekil halini almıştır.

Kredi emrinde sorumlu olunan azami tutar emri verenin el yazısıyla yazılmalıdır⁸⁰. Verilen emirde aksi ifade edilmemişse, emri verenin sorumluluğunun üst sınırını emir tutarı oluşturur. Kredi emrinde emir tutarı veya sorumlu olunacak tutar, emir tutarıyla aynı değilse bu tutarın üst sınır olarak el yazısıyla yazması gerekir. Bu şekilde kefil gibi sorumlu olacak kredi emri verenin kredi emrinden yararlanan üçüncü kişinin borcunu ödememesi halinde ne tutarda bir sorumluluk altına girdiğini açıkça görmesi ve bilmesi sağlanır⁸¹.

Kredi emri vereni, kredi emrinden yararlanan üçüncü kişiyle aynı denk sorumluluk altına sokacak müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin el yazısıyla yazması gerekir. Bu zorunluluk, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, emir verenin durumunu ağırlaştırır unsurlardan kesin olarak haberdar olmasını sağlar. Kredi emri veren, üçüncü kişiyle birlikte müteselsil kefil gibi sorumlu olduğunu veya bu anlama gelen herhangi

⁷⁸ Özen, s. 43, dn. 96; s. 49.

⁷⁹ Kefaletin tek taraflı geçerlilik şekli içermesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 200-201.

⁸⁰ Özen, s. 44, dn. 96.

⁸¹ Paralel nitelikteki kefaletle ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 208-213.

bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla yazmamışsa emri alana karşı adi kefil gibi sorumlu olur⁸².

TBK m. 583/2'nin bir yansıması olarak kredi emri verme konusunda yetki verilmesi ve kredi emri verme vaadinde bulunulması da kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline tabidir. Kredi emrinde, emir verenin sorumluluklarını artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılmak zorundadır (TBK m. 583/3).

Kredi emrinde, şekle aykırılığın yaptırımı, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583'te düzenlenen şekle hiç ya da esaslı unsurlar yönünden uyulmamış olması gerekir. Kesin hükümsüz kredi emrine dayanılarak emri verenden ifa talep edilemez. Yapılan ifa ise "borçlu olunmayan para ödenmiş olduğundan" hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz. Yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, borcu sona eren "üçüncü kişiden" geri istenebilir⁸³. Kredi emri veren ile kredi emrinden yararlanan arasındaki ilişkiye, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler uygulanır (TBK m. 519). Hâkim hükümsüzlüğe neden olacak eksikliği taraflar ileri sürmese de hâkim re'sen dikkate alır⁸⁴.

3) Kredi Emri Verme Ehliyeti

Kredi emrinin geçerli olabilmesi için amirin tam ehliyetli olması, evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç emir anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1). Kredi emrinde sonradan yapılan, amirin sorumluluk tutarını artmasına, adi kefil gibi sorumlu olan amirin müteselsil kefil gibi sorumlu olmasına ya da amir yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

⁸² Kredi emrinin şekline de uygulanabilecek kefalet sözleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Özen, s. 217-219.

⁸³ Yargıtay'ın aksine İsviçre Federal Mahkemesi, "kefalette" sebepsiz zenginleşenin alacaklı olduğunu kabul etmektedir (Özen, s. 232).

⁸⁴ Kesin hükümsüz kefalet sözleşmesinin ifası ile ilgili açıklamalar için bkz. Özen, s. 228-229, 232-236.

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilen, mesleki faaliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilen yahut kanunda sayılan kredilerin alınabilmesi için verilen kredi emirleri bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁸⁵.

TBK m. 517'de lehine kredi emri verilenin ehliyetsizliği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "*kredi emrini veren, kredi emrinden yararlananın ehliyetsizliğini ileri sürerek kredi emri verilene karşı sorumluluktan kurtulamaz*". Böylece verdiği kredi emri nedeniyle "*kefil gibi*" sorumlu olan amirin, sorumluluktan kurtulmak için asıl borçlunun ehliyetsizliğinden yararlanma imkânı -kefalet sözleşmesinden ayrılmak suretiyle- ortadan kaldırılmıştır.

D. Aval

TTK m. 700-702 maddelerinde düzenlenen aval, poliçe, çek ve bonoya özgü bir tür kambiyo taahhüdüdür⁸⁶. Aval, poliçe, çek ve bono bedelinin kısmen ya da tamamen ödenmesi konusunda güvence vermek ve bu suretle tedavül kolaylığı sağlamak amacıyla (TTK m. 700/1) kambiyo senedinin üzerine ya da alonj üzerine verilir (TTK m. 701/1). Dolayısıyla avalin kambiyo senedinden ayrı bir belgeye verilmesi mümkün değildir.

1) Kefaletten Farkı

Benzer neticeleri doğursa da aval ile kefalet arasından derin farklar vardır. Kefalet sözleşmesi, kıymetli evrak üzerine verilmesi gereken avalin aksine (TTK m. 701/1), esas borca ilişkin sözleşmeden ayrı olarak düzenlenebilir. Kefaletin aksine aval veren, poliçe, bono ve çekinin unsurlarındaki eksiklik dışında asıl borçludan kaynaklanan hiçbir def'i ve itirazı ileri süremez (TTK m. 687; TBK m. 591). Hatta şekli

⁸⁵ Kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, kredi emri için de geçerlidir.

⁸⁶ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 17. B., Ankara 2012, s. 168; Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. B., Ankara 2013, s. 171; Erzurumluoğlu, s. 206.

unsurları tam ama asıl borçlunun imzası sahte olan kambiyo senedindeki avalist, avalin bağımsızlığı nedeniyle borçtan sorumlu olur. Kefil asıl borçluya göre fer'i nitelikte sorumlu iken, avalistin sorumluluğu müteselsildir (TTK m. 702, m. 717). Avalist ödemede bulunduğu takdirde, lehine aval verdiği kişiye ya da bu kişiye karşı sorumlu olanlara yönelik kıymetli evraktan kaynaklanan bağımsız bir hak elde eder (TTK m. 702/3). *Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde*, onun haklarına halef olur (TBK m. 596). Poliçe, çek ya da bonoya birden fazla kişinin aval vermesi halinde ödeme yapan avalist, lehine aval verdiği kişiden bu tutarın tamamını isteyebilir. Dolayısıyla avalde, kefaletteki gibi *beneficium divisionis* kuralı (TBK m. 591) geçerli değildir⁸⁷.

2) Avalin Şekli

Aval ile kefalet arasındaki farklara rağmen, avalin gerçek kişiler tarafından verilmesi halinde kambiyo senetlerine özgü bir şahsi teminat niteliğinde olması, avalin TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesine kapı açar. Doktrinde avalin TBK m. 583'te düzenlenen kefaletin şekline ilişkin emredici hükümleri ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir⁸⁸. Bu görüşün sonucu olarak, aval verilirken avalin şekline ek olarak TBK m. 603 göndermesiyle TBK m. 583'teki şekil ile TBK m. 584'te düzenlenen eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanması kaçınılmaz görünmektedir. Eğer TBK m. 583'te düzenlenen kefaletin şekline ilişkin hükümlerin avale de uygulanacağı kabul edilirse bunun sonuçları şu şekilde olacaktır:

- Avalin şekline ilişkin yapılacak değerlendirmede öncelikle bir kambiyo taahhüdü olması nedeniyle avalin TTK m. 701'de özel olarak düzenlenen geçerlilik şartlarına değinmek gerekir. Buna göre aval şerhi, kambiyo senedi veya alonj üzerine verilir (TTK m. 701/1). Kambiyo senedi ya da alonjun üzeri "aval içindir" veya bununla eş anlamlı başka bir ibare yazılarak aval veren tarafından imzalanır (TTK m. 701/2). Muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç, kambiyo senedi yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır (TTK m. 701/3). Kimin için verildiği belirtilmemişse aval, düzenleyici için verilmiş sayılır (TTK m. 701/4).

⁸⁷ Zevkililer/Gökyayla, s. 660; Aral/Ayrancı, s. 424; Öztan, s. 169; Erzurumluoğlu, s. 206-207; Gümüş, s. 286, 296-297; Pulaşlı, s. 171-173.

⁸⁸ Öztan, s. 170; Pulaşlı, s. 173

- Aval şerhi “aval içindir” veya bununla eş anlamlı başka bir ibare yazılarak verildiğinden kefalete ilişkin yazılılık unsuru gerçekleşmiş olur. Aval poliçe, çek ve bono bedelinin **kısmen ya da tamamen ödenmesi** konusunda güvence vermek amacıyla verildiğinden, avalistin kambiyo senedi üzerinde yazan tutarın tamamından mı yoksa bir kısmından mı sorumlu olmayı taahhüt ettiğini yazması mümkündür. Avalin şekline ilişkin TTK m. 700/1hükmü ile kefaletin şekline ilişkin (TBK m. 583/1 ve 2) hükümler arasında azami sorumluluk tutarının belirlenmesine bakımından çelişki yaratacak bir durum yoktur.
- Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin kambiyo senetlerine verilecek aval bakımından getirdiği ilk unsur aval tarihidir. Aval, keşide ve tanzim tarihinden sonra verilebileceğinden, avalistin aval şerhi verdiği tarihi poliçe, bono veya çeke veya bunların alonjuna, el yazısıyla yazması bir geçerlilik şartıdır.
- Aval verenin sorumluluğu, aval verilenin sorumluluğu ile aynı yani müteselsil olduğundan, avalde, kefalette olduğu gibi müteselsil sorumluluğun veya bu anlama gelecek başka bir ifadenin el yazısıyla aval şerhine eklenmesine gerek yoktur. Aval şerhinin temsilci tarafından verilmesi de aynı geçerlilik şekline tabidir (TBK m. 583/2). Eğer aval şerhinde verilen kambiyo taahhüdünde belirtilen tutar artırılmak istenirse, eski tutarın çizilerek, yeni tutarın ve yeni aval tarihinin yazılması ve aval veren tarafından imzalanması gerekir (TBK m. 583/3).

Yukarıdaki değerlendirmelere karşın **doktrinde**, TTK m. 701’de avalin şeklinin “özel hüküm” ile düzenlenmiş olması ve aval ile kefalet arasındaki önemli nitelik farklılıkları dikkate alındığında, kefaletin şekline ilişkin hükmün TBK m. 603 gereğince, poliçe, çek ve bono üzerine verilen avale uygulanamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de TTK’nun avalin şekline ilişkin hükümleri, TBK’nun kefaletin şekline ilişkin hükümlerine göre özel nitelikte olduğundan, kefaletin şekline ilişkin hükümler bir kambiyo taahhüdü olan avale uygulanmamalıdır. TTK m. 701’deki şekle uygun olarak verilen avalin, kefalete ilişkin şekil şartları aranmaksızın geçerli kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanması kaçınılmaz görünmektedir⁸⁹.

⁸⁹ Kırcı, s.437; Yavuz, s. 866; Öztan, s. 170; Özen, s. 47, 50; Aydoğdu/Kahveci, s.

3) Aval Verme Ehliyeti

Evvelki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kefaletin uygulama alanına ilişkin TBK m. 603 hükmünün aval verme ehliyeti bakımından poliçe çek ve bonoya verilen avale uygulanması gerekir. Aval verenin tam ehliyetli olması yanında en geç aval verilmesi ana kadar eşin yazılı rızasının alınmış olması gerekir. Eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanmayacağına kabul edilmesi halinde, özellikle borç doğurmadaki bağımsızlığı dikkate alındığında, kefalete ve uygulama alanına ilişkin hükümlerin dolanılmasının önü açılmış olur⁹⁰.

TBK m. 603'ün kapsamı ve TBK'nun kefalete ilişkin hükümlerle amaçladığı zayıf koruma yaklaşımı birlikte ele alındığında, düzenlemenin avale de kapsamı doğal karşılanabilir. Ancak avale konu kambyo senetleri, diğer sözleşmelere göre farklı özellikler taşırlar. Kambyo senetlerinin en önemli özelliği el değiştirmesinin rahat ve süratli olması ve buna ilişkin işlemlerin o anda olup bitmesidir. Yapılan açıklamalardan avalin TBK m. 603 kapsamında ele alınması gerektiği ortaya çıktığına göre, evli avalistler bakımından kambyo senetlerinin bahsedilen özelliklerinin devamı etmesi, bu senetlere aval verilmemesine bağlıdır. Çünkü ticari hayatta aval verime gerekliliğinin doğduğu her durumda eşin rızasının alınması mümkün değildir. Poliçe, çek ve bonoya verilecek aval için eşin yazılı rızasına ilişkin hükmün uygulanacak olması, evli kişiler bakımından aval vermeyi fiilen imkânsız hale getirmiştir⁹¹.

Öte yandan TBK m. 584'e eklenen üçüncü fıkra endişeleri hafifletecek niteliktedir. Bu hükmün avale yansması olarak ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından **işletme veya şirketle ilgili olarak** verilecek aval ile **mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak** esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek avallerde eşin rızası aranmayacaktır. Eklenen fıkra ticari hayatta beklenen serbestiyi bir ölçüde sağlamıştır.

702; Baş, s. 141.

⁹⁰ Özen, s. 50; Yavuz, s. 865.

⁹¹ Akipek, Sempozyum Kaydı (02:12:47).

Kanımca aval kambiyo senedi üzerine ya da alonja verilebildiğine göre eşin rızasının da “senet üzerinden anlaşılan bir sebep/unsur” olarak, kambiyo senedi üzerine verilmesi gerekir. Ancak eşin rızasının, aval veren eşinin imzasının yanına el yazısıyla yazıp imzalaması, öngörülemeyen riskler doğurabilir. Örneğin muhatabın veya düzenleyen imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılacağından (TTK m. 701/3), eşin rızası alınmak isterken, borçlandırılması söz konusu olabilir. Bu nedenle eşin rızasının, poliçe, çek veya bononun yüzüne değil, alonja alınması gerekir.

E. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme

TBK m. 128’e göre üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, TBK m. 603 gerekçesinde, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında kefalet hükümlerinin dolanılması amacıyla yapılabilecek sözleşmelere örnek gösterilmiş; düzenlemeyle, alacaklıların kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yaparak kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda TBK m. 603, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmelerine de uygulanır⁹²

1) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Şekli

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, yazılı olarak yapılmadıkça, üstlenenin sorumlu olacağı azami miktar ve üstlenme tarihi, üstlenenin sorumluluğunun müteselsil olacağına ya da bu anlama gelen ifadeler üstlenenin el yazısıyla sözleşmeye yazılmadıkça geçerli olmaz (TBK m. 583/1). Üstlenenin başkasına yetki vermek suretiyle borcu üstlenmesi ve üstlenme vaadinde bulunması da aynı şekle tabidir (TBK m. 583/2). Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde

⁹² Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden, gerekçede örnek verilmek suretiyle bahsedilmiş olmasına rağmen doktrinde TBK m. 603 ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde sadece ismen zikredilmiştir (Bkz. Günay, s. 1678; Öz, s. 132; Yavuz, s. 865; Yıldırım, s. 227; Aydoğdu/Kahveci, s. 702).

sonradan yapılan ve üstlenenin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m. 583/3).

818 Sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde, kefilin sorumlu olduğu tutar belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmeleri geçersiz olsalar bile üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine tahvilinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Fakat TBK m. 603'ün kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanacağına düzenlenmesi karşısında, geçerlilik şartları eksik kefalet sözleşmesinin tahvil yoluyla üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine dönüşmesi imkânı kalmamıştır⁹³.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre ise TBK m. 603, kefalet ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi arasındaki farkları üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine yeni geçerlilik şartları getirerek ortadan kaldırıldığından, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelen üstlenmeler açısından sözleşme özgürlüğü de ortadan kaldırılmış olacaktır⁹⁴.

2) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Ehliyeti

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerli olabilmesi için üstlenenin tam ehliyetli olması, evli ise mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, en geç üstlenme anına kadar eşinin yazılı rızasını alması gerekir (TBK m. 584/1). Sözleşmesinde sonradan yapılan ve üstlenenin sorumluluk tutarını artmasına, üstlenenin müteselsilen sorumlu hale gelmesine ya da üstlenen yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez (TBK m. 584/2).

Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak yapılacak üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, mesleki fa-

⁹³ Zevkliler/Gökyayla, s. 668; karş. Aydoğdu/Kahveci, s. 709.

⁹⁴ Develioğlu, s. 320.

aliyetleri kapsamında esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından yapılacak üstlenme sözleşmeleri yahut kanunda sayılan kredi borçlarını üstlenme bakımından eşin rızası aranmaz (TBK m. 584/3)⁹⁵.

F. Komisyoncunun Garantisi

Komisyoncunun garantisi, doktrinde kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler arasında sayılmaktadır⁹⁶. Komisyoncunun garantisi, TBK m. 537'de *yetkisi olmaksızın veresiye mal satması dışında, komisyoncu işlemde bulunduğu borçluların ödememelerinden ve diğer borçlarını ifa etmemelerinden sorumlu olmaz. Ancak, komisyoncu açıkça garanti vermişse veya bulunduğu yerdeki ticari teamül gerektiriyorsa sorumlu olur* şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla komisyoncu gerçek kişi olup da -yetkisi olmadan veresiye mal satması dışında- kişisel güvence vermek amacıyla, aracılık ettiği kişilerin edimlerini ifa etmeleri konusunda açıkça garanti vermişse ve bulunduğu yerdeki ticari teamül de sorumluluğunu gerektiriyorsa bu garantinin, TBK m. 603 gereğince şekil, garanti verme ehliyeti ve eşin rızası bakımından kefaletle ilişkin hükümlere tabi olması gerekir.

1) Komisyoncunun Garantisinin Şekli

Komisyoncu verdiği garanti nedeniyle, aracılık ettiği kişilerin edimlerini ifa etmemeleri halinde onlarla birlikte müteselsilen sorumlu olacağından, komisyoncunun garantisine ilişkin sözleşmenin yazılı olması, komisyoncunun sorumlu olacağı azami tutarın ve sözleşme tarihinin komisyoncunun el yazısıyla yazılması geçerlilik şartıdır (TBK m. 583/1). Komisyoncunun başkasına yetki vermek suretiyle garanti vermesi ve garanti verme vaadinde bulunması da aynı şekle tabidir (TBK m. 583/2). Komisyoncunun garantisine ilişkin sözleşmede sonradan yapılan ve komisyoncunun sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz (TBK m.

⁹⁵ Kefalet bakımından eşin yazılı rızasıyla ilgili olarak yapılan ve burada bahsi geçmeyen açıklamaların tamamı, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi için geçerlidir.

⁹⁶ Ozen, s. 7.

583/3). Komisyoncunun garanti vermesi nedeniyle ayrıca ücret isteme hakkı vardır (TBK m. 537/2)

2) Komisyoncunun Garanti Verme Ehliyeti

Komisyoncu evli ve esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı ise esnaf veya sanatkârlar tarafından mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacağından, komisyoncunun garantisinde eşin rızasına gerek yoktur (TBK m. 584/3). Komisyoncunun garanti verebilmesi için tam ehliyetli ya da meslek ve sanatın yürütülmesi için izin verilen sınırlı ehliyetsizlerden olması (MK m. 453) yeterlidir.

SONUÇ

Kanun koyucu TBK m. 603 ile alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarını ve bunları dolanmalarını önlenmeyi amaçlanmıştır. Fakat kefaletle ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanması, bu sözleşmelerin yapısına uymayan yeni şekil ve ehliyet şartlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ortaya çıkan bu durum bilerek ya da bilmeyerek bazı sözleşme tipleri arasındaki farkları anlamsız hale getirmiş ve kurulabilecek sözleşme sayısında fiilen azaltmaya gidilmesine neden olmuştur. Dolayısıyla TBK m. 603 düzenlemesiyle, Anayasa m. 48’de güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün unsurlarından, sözleşmenin şeklini ve tipini seçme özgürlüğü aşırı ölçüde sınırlandırmıştır. Doktrinde kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilecek kefaletle denk şartlarda ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerektiği savunulsa da uygulanacak hükümlerin hedeflenen sözleşmelerin yapısına uyup uymayacağı pek az tartışılmıştır. Hâlbuki *bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır* şeklindeki TBK m. 19/1 hükmü karşısında, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmesi, anlamsız bir endişeden kaynaklanmaktadır. Gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümler

kanunla düzenlenmesine karşın, hangi sözleşmelerin kapsamda olduğu ve kefalete ilişkin hükümlerin ne oranda uygulama bulacağı düzenlenmeyerek büyük bir boşluk bırakılmıştır. Hukukumuzun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı olarak getirilen düzenlemeler doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Kanunda belirtilen, “gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” şeklinde ifade edilen ölçüt yetersiz olup sonuçları objektif iyiniyetli kişilerce öngörülebilir değildir. TBK m. 603’ün kanun yapma tekniğine uygun olarak kaleme alınmayan kapsamındaki belirsizliğin, uygulamada yaratacağı sorunlar nedeniyle yeniden ele alınması kaçınılmazdır.

KAYNAKLAR

- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012.
- Akipek, Şebnem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 21.06.2012, Ankara Barosu Sempozyum Kaydı, DVD-5 (Akipek, Sempozyum Kaydı).
- Altop, Atilla; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, Editör Ali Çivi, İstanbul 2007 (Altop-Kefalet Sözleşmesi).
- Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler” <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805.pdf> (Altop-Yenilikler) (erişim: 12.05.2013).
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Barlas, Nami; “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006. (Barlas-Sorunlar).
- Barlas, Nami; “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul 2010. (Barlas-Sempozyum).
- Baş, Ece: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler” İÜHFİM C. S. 2, s. 116-144, 2012.
- Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012.
- Develioğlu, Hüseyin Murat: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, İstanbul 2004.
- Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012.

- Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.
- Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Kırca, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı - Kefaletle Eşin İzni" Prof. Dr. Tuğrul Ansay Anısına Armağan, Ankara 2006.
- Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaçta Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)" AÜHFD Yıl: 2001, C. 50 S. 1 s. 91-119.
- Kızılot, Şükrü: "Evli erkeklere müjde" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22702567.asp?yazarid=82> (erişim: 12.05.2013)
- Kızılot, Şükrü: "Ultra Vires Kalkıyor" <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20177379.asp> (erişim: 12.05.2013).
- Kuntalp, Erden / Barlas Nami / Ayanoğlu Morali, Ahu / Çavuşoğlu İşintan, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B. İstanbul 2012.
- Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 17. B., Ankara 2012.
- Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. B., Ankara 2013.
- Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: "Kefalet Sözleşmelerindeki Yenilikler", Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011, Editör: Emel Badur, s.225-233.
- Yılmaz, Merve: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı: 7.
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013.

LİMİTED ŞİRKET ESAS SERMAYE PAYI ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULMASI

ESTABLISHING THE RIGHT OF PLEDGE UPON CAPITAL STOCK OF LIMITED COMPANY

Ramazan DURGUT*

Özet: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile limited şirketler hukukuna ilişkin birçok yeni hüküm eklenmiştir. Çalışmamızda bu yeni hükümlerden biri olan limited şirket ortaklarının esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulması (TTK 600/2) incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, esas sermaye payı, rehin hakkı, genel kurul onayı, haklı sebep.

Abstract: Several new rules for the limited liability company have been promoted as rules of new Turkish Commercial Code No. 6102. In this study, the rule of establishment and creation of pledge rights on capital contributions of shareholders within a limited liability company (TCC 600/2) has been dealt with as the new rules of TCC.

Keywords: Limited liability company, capital contributions, pledge, the approval of the members' general meeting, just reason.

I. GİRİŞ

Limited şirket, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 573 ilâ 644. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹. 6102 sayılı yeni TTK'da, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'ndan (eTK) farklı olarak, limited şirket bir sermaye şirketi türü olarak kabul edilmiş (TTK 124/2) ve getirilen yeni hükümlerle limited şirket birçok noktada anonim şirkete yaklaştırıl-

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirketlerle ilgili hükümlerine, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 503 - 556. maddeleri ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 772 - 826. maddeleri kaynaklık etmiştir (Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 419). İsviçre ve Alman limited şirketler hukukundaki değişiklik ve yenilikler ile ilgili bkz. Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2011, s. 1991 - 1998; Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yani Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 975 - 982).

mıştır. Bu kapsamda tek kişilik limited şirket olabileceği kabul edildiği gibi (TTK 573/1)², ortak sayısı üst sınırı korunmakla birlikte ortak sayısı ne olursa olsun, tüm limited şirketlere aynı hükümlerin uygulanacağı kuralı da benimsenmiştir³. TTK 573'te limited şirketin nitelik ve özellikleri tanıtılmıştır. Bu maddeye göre limited şirket, bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilen, esas sermayesi belirli ve paylara bölünebilen, ortakların sorumlulukları taahhüt ettikleri esas sermaye payları ve şirket sözleşmesinde yer alması koşulu ile ek ödeme ve yan edim yükümlülükleriyle sınırlı olan tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirkettir⁴. Görüldüğü gibi buradaki ortakların borçları şirket sözleşmesi ile düzenlenmiş olmak koşuluyla ek ödeme veya yan edim yükümlülüğü de içerebilecektir.

6102 sayılı TTK'da, tamamen veya kısmen, 6762 sayılı eTK'da olmayan, yeni maddelere yer verilmiştir. Bunlardan bir tanesi de limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasıyla ilgilidir. TTK 600/2'ye göre şirket sözleşmesi ile esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurulun onayına bağlanabilmekte ve bu durumda devre ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Böyle bir şirket sözleşmesi hükmü yoksa artık onayda gerekmez. Öte yandan, genel kurul sadece haklı sebeplerin varlığı halinde rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınabilir. Buradan hareketle, şirket sözleşmesinde bir kısıtlama olmadığı takdirde TMK hükümleri gereği tesis edilebilecek rehin hakkının, TTK 600/1 çerçevesinde intifa hakkı tesisinde

² Tek kişilik limited şirket ile ilgili bkz. Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, s. 11 vd.; Fatih Aydoğan, Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul 2012, s. 89 vd.; Argun Karamanlıoğlu, "TTK Tasarısı ve Tek Kişilik Limited Ortaklıklar", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, s. 139 - 162; Gökmen Gündoğdu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Tek Kişilik Anonim Ortaklık ve Tek Kişilik Limited Ortaklık", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2007, C. 65, s. 1, s. 251 - 257, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/3776/3352>.

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 419 vd.; Pulaşlı, s. 1998 vd.; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 982 vd.; Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009, s. 326 vd.; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 55 vd.

⁴ Bkz. ve krş. Yıldız, s. 69; Moroğlu, s. 327; Pulaşlı, s. 1999 - 2000; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 983 - 984; Sami Karahan / Mustafa Çeker, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 777 vd.

olduğu gibi, tüm sınırlı aynı haklar gözetilerek genel kurallara tabi olduğu; birinci fıkrada rehine de atıfta bulunulmasının yerinde olacağı söylenebilir. Çalışmamızda esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması ve bunun usulü incelenmiştir.

II. ESAS SERMAYE PAYI

Limited şirket, şirket sözleşmesi ile belirli bir miktarda esas sermayesi olan⁵ ve bu esas sermayesi, ortakların esas sermaye paylarının toplamından oluşan bir sermaye şirkettir (TTK 573/1). Şirket sözleşmesine esas sermayenin itibarî tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibarî değerleri, varsa imtiyazlar ve esas sermaye paylarının gruplarının yazılması gereklidir (TTK 576/1c)⁶. Böylece TTK limited şirketler bakımından da pay sahipliği - ortaklıktan çok “esas sermaye payı” kavramını tercih etmiştir. TTK 583/1 ve 2 gereği limited şirket esas sermaye paylarının itibari değeri yirmibeş Türk Lirası veya katları olarak belirlenmelidir. Ancak şirketin durumunun düzeltilmesi amacıyla bu değer (yirmibeş Türk Lirası) altına inilebilir (TTK 582/1) ve ayrıca esas sermaye paylarının itibari değerleri de birbirinden farklı olabilir (TTK 583/2).

TTK 583/3’ de limited şirket ortaklarının birden fazla esas sermaye payına sahip olabileceği düzenlenmiştir. Böylece eTK’deki “tek ortak, tek pay” ile payın devri için bölünmesinin gerekli olmasına ilişkin ilkelere terk edilmiştir⁷. Bunun pay rehni bakımından önemi ise, bir ortağın sahip olduğu payların bir kısmı üzerinde rehni hakkı kurulması için artık payların bölünmesine gerek kalmamasıdır. Başka bir anlatımla limited şirket ortağı sahip olduğu esas sermaye paylarının tamamını

⁵ Limited şirket esas sermayesi en az onbin Türk Lirasıdır ve bu tutar Bakanlar Kurulunca on katna kadar artırılabilir (TTK 580).

⁶ Limited şirkette pay ve/veya esas sermaye payı kavramları için bkz. Yıldız, s. 78 - 81; Pulaşlı, s. 2006 vd.; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 990 vd.; Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2012, N. 1643; Ertan Demirkapı, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 5 vd.; Buket Sayın Önal, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumlulukları, Ankara 2008, s. 55 vd.

⁷ Yıldız, s. 80 - 81; Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2011, s. 277 (TTK 583’ün altındaki not); bu konuda ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için ayrıca bkz. Demirkapı, s. 24 vd.

veya bir kısmını, teminat vereceği borçla mütenasip bir şekilde, rehin verme imkânına kavuşturulmuştur⁸.

III. ESAS SERMAYE PAYININ REHNİ

Limited şirket esas sermaye payı üzerinde kurulan rehin hakkı, ortaklık payının malvarlıksal yönünü; başka bir ifadeyle, ortaklık sıfatının malvarlıksal haklarını kapsamaktadır. Bu sebeple limited şirket payı üzerindeki rehin hakkının konusu bir aynı hak olup, burada mülkiyet değil ortaklık hakkı üzerinde kurulan rehin hakkı söz konusudur.

Limited şirket payı üzerinde rehin hakkı kurulması, eTK'da özel olarak düzenlenmemiş, alacaklar ile diğer hakların rehnine ilişkin Medeni Kanununun 954 vd. maddeleri uyarınca şirket payları rehnedilmiştir⁹. Aynı usul, yani payın MK 954 vd. hükümlerine göre rehnedilmesi, devam etmekle birlikte, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin TTK 600/2'de yeni bir hüküm getirilmiştir: *"Şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurul onayına bağlanabilir. Bu halde geçişe ilişkin hükümler uygulanır. Genel kurul sadece haklı sebeplerin varlığı halinde rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınabilir."*

TTK 600/2'deki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, limited şirket payı üzerinde rehin kurulması şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanmamışsa, MK 954 vd. hükümlerine göre rehnedilir. Şirket sözleşmesiyle pay rehni genel kurul onayına bağlanmışsa, bu durumda pay devrine ilişkin TTK 595 ilâ 598. maddelerine uyarınca esas sermaye payı rehnedilebilir. Belirtelim ki, esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması, payın devrinden farklı olarak, rehin alacaklısına malvarlığı ve katılma hakları vermemekte; sadece cebri icra vasıtasıyla payın satılması, rehinli alacaklının alacağına satışla mütenasip bir şekilde kavuşması ve bu suretle şirketteki ortaklık durumunun değişmesine yol açmaktadır¹⁰. Limited şirket ortaklarının bizzat şirketin

⁸ Bkz. ve krş. Demirkapı, s. 186 vd.; H. Ercüment Erdem / Y. Can Göksoy, *"Limited Şirkette Payın Rehni"*, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 590 - 591; Halil Arslanlı / Hayri Domaniç, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2011, s. 276.

⁹ Arslanlı / Domaniç, s. 273 - 274; Erdem / Göksoy, s. 577 vd.; Mehmet Kılıç, *"Anonim Ortaklıkta Pay Rehni"*, Bankacılar Dergisi, Sayı 71, 2009, s. 68.

¹⁰ Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasının etkileri ve

esas sermaye paylarını rehin olarak verebilmesi, ekonomik bakımdan onların kredibilitelerini artıran önemli bir araçtır. Ancak üzerinde rehin hakkı kurulan payın cebri icra vasıtasıyla satılması halinde ortaklar dışında üçüncü kişilerin şirkete girmesi ve/veya şirketin kontrolünü ele geçirmesi riski ortaya çıkmaktadır¹¹. Bu nedenle bir ortağın esas sermaye payı üzerinde tasarrufî işlemlerde bulunması ile diğer şirket ortakları ve şirketin menfaatleri arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir¹². Bu ihtiyaca binaen TTK 600/2'deki esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasının şirket sözleşmesi ile genel kurul kararına bağlama şeklinde kısıtlama hükmü getirilmiştir. Kanaatimizce de limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkının kurulmasına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir hüküm (TTK m. 600/2) öngörülmesi isabetli olmuştur. Zira ortakların paylarını serbest iradeleriyle devir ve rehin etmeleri yasaklanmamakta, buna karşılık ortakların rızası olmadan cebri icra vasıtasıyla limited şirket paylarının el değiştirmesi ve buna bağlı olarak şirkete yeni ortak girmesi engellenmektedir. Böylece hem şirketin menfaati hem de diğer ortaklarla payını rehin veren ortağın karşılıklı menfaatleri korunmuş olmaktadır.

A. Pay Üzerinde Rehin Kurulmasına İlişkin Şartlar

1. Devir ve/veya Rehin Yasağının Bulunmaması

TMK 954'e göre "*Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.*" Bu sebeple limited şirket payının devredilmesine ilişkin kanuni veya şirket sözleşmesinden kaynaklanan bir devir yasağı varsa, limited şirket payı rehnedilemez¹³.

rehnin kapsamı hakkında bkz. Erdem / Göksoy, s. 591 - 614; Arslanlı / Domaniç, s. 275 - 276; Reto Bügler, *Der GmbH-Anteil: Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)*, Zürich 2004, s. 152 - 153; Matthias Oertle / Shelby du Pasguer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 739 - 1186 OR*, 3. Auflage, Basel 2008, Art 789b N. 6; Marc Pascal Fischer / Martin Petrin / Rino Siffert, *GmbH-Recht*, Bern 2008, Art. 789b N. 7 - 8; Jeannette Wibmer (Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf), *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in: *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 789b N. 1.

¹¹ Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasının, şirketin iç işlerine karışılmasına ilişkin sakıncalı bir durum oluşturduğu konusunda bkz. Pulaşlı, s. 2009; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, s. 993.

¹² Oertle / du Pasguer, *OR Art. 789b N. 1.*

¹³ Bügler, s. 151; Erdem / Göksoy, s. 580; Pulaşlı, s. 2009; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, s.

Kanuni devir yasağına ilişkin, eTK 520/3'te bir düzenleme yer almaktaydı. eTK 520/3'e göre, ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye ayın ise, ortak payını şirketin kurulmasından itibaren üç yıl geçmedikçe başkasına devredemezdi. Devir yasağının söz konusu olduğu bu üç yıllık süre içinde payın rehni de mümkün değildi. Ancak eTK 520/3'teki bu hüküm 6102 sayılı yeni TTK'ya alınmamıştır. Dolayısıyla da ayın karşılığı payların devri ve rehni yasaklanmamıştır¹⁴.

eTK'daki limited şirket paylarının devrinin ve rehininin yasaklandığı diğer bir hal ise şirketin kendi paylarını iktisabı ve rehin olarak kabul etmesine ilişkin eTK 526/1 düzenlemesidir. eTK 526/1'e göre "sermaye borcu tamamen yerine getirilmemişse" payın limited şirket tarafından rehin alınması geçersizdir. Ancak bu hüküm de 6102 sayılı TTK'ya aktarılırken değişikliğe uğramış ve yeni hükümde (TTK 612) sadece limited şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisap etmesi düzenlenmiştir. TTK 612'nin madde gerekçesinde "(limited) şirketin kendi paylarını iktisabı anonim şirkete paralel şekilde düzenlenmiştir" şeklinde bir açıklama yapılmıştır¹⁵. TTK 612 karşılığı olan TTK 379'da ise, eTK 329'a benzer olarak, hem anonim şirketin kendi paylarını iktisabı hem de rehin olarak kabul etmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, anonim şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi bakımından bir yasaklama ve/veya sınırlama söz konusuysen, limited şirket paylarının rehni bakımından böyle bir yasak ve/veya sınırlama öngörülmemiştir¹⁶. Böylece TTK 612'nin gerekçedeki hedeflenen amacın

993; Oliver Arter (Peter V. Kunz / Florian S. Jörg), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, s. 300; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 763. Bu husus TTK 600'ün gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: "Devrin yasaklanması halinde intifa hakkı ve rehin kurulamamasının sebebi Türk Medeni Kanununun 795 inci maddesinin birinci fıkrası ile 954 ve devamındaki maddelerin hükümleridir. Her ikisi de kurulma için alacağın devredilebilir nitelikte olmasını şart koşmuştur." (Abuzer Kendigelen, Gerekçeli - Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 706).

¹⁴ Bkz. ve krş. TTK 595.

¹⁵ Kendigelen, s. 714. TTK 612 ile getirilen düzenlemenin değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler*, s. 455 - 457; Yıldız, s. 148 - 151.

¹⁶ Bkz. ve krş. TTK 379, 612; eTK 329, 526. Ayrıca anonim şirketin kendi paylarını iktisabı ve rehin olarak kabul etmesi ile ilgili TTK 379 ve eTK 329 hükümleri ile ilgili değerlendirme, karşılaştırma ve eleştiriler için bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler*, s. 231 - 238; Pulaşlı, s. 2057 - 2060; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, s. 1037 - 1041; Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, İstanbul 2008, s. 179 vd. ile özellikle s. 311 vd.; Mehmet Özdamar, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarının*

dışında bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu durumda limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi bakımından bir boşluğun oluştuğu söylenebileceği gibi, TTK 612’de bir yasak ve/veya sınırlama getirilmediğinden limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul edebileceği de ileri sürülebilir.

TTK 612’nin gerekçesinden, TTK 612 ile 379 arasındaki farklılığın, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinden ziyade, bir unutmadan kaynaklandığı izlenimi vermektedir. Eğer kanun koyucu limited şirketin kendi payını rehin olarak kabul etmesine izin vermek amacıyla böyle bir farklılık getirmekteyse, en azından gerekçede buna ilişkin bir açıklamaya yer verilmesi yerinde olurdu. Mevcut düzenleme kapsamında bir yorum yapmak gerekirse, limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi bakımından bir yasak ve/veya sınırlamanın olmadığını söylemek daha isabetli olacaktır. Çünkü TTK 612’de şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesine ilişkin bir yasağa yer verilmediği gibi, TTK 379’a da bir yollama da bulunulmamıştır.

Ayrıca alacakları için ortaklardan ipotek, kefalet gibi aynı veya şahsi teminat kabul edebilen bir limited şirketin, şirketle işlem yapan ortakların borçlarının teminatı olarak kendi esas sermaye paylarını rehin olarak kabul edemeyeceğini söylemek çok doğru olmamaktadır. Bunun dışında eTK 529’daki “*sermaye koyma borcu tamamen yerine getirilmedikçe...*” ifadesi de TTK 612’ye alınmadığından, limited şirket malvarlığının (ve dolaylı olarak da alacaklıların) korunması açısından da limited şirket kendi paylarını rehin olarak kabul edebilmelidir. Belirtelim ki, limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi durumunda, rehinle sağlanan alacak ödenmediği takdirde rehnin paraya çevrilmesi sırasında alıcı çıkmaması ve/veya payın değerinin altında satılması sebebiyle limited şirket sermayesinin korunmasının riske gireceği eleştirisi getirilebilir. Ancak söz konusu risk şirketin kendi payını değil de başka bir şirketin payını rehin olarak kabul etmesi halinde de mevcuttur¹⁷. Limited şirket kendisine karşı borçlu olan veya borçlanan bir kişiden teminat alırken basiretli bir işadamı gibi dav-

¹⁷ İktisap Edilmesi (TTK md.329), Ankara 2005, s. 158 vd.
eTK 526 kapsamında limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi ile ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ömer Teoman, “*Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmemiş Kendi Paylarını Edinmesi*”, Tüm Makalelerim, Cilt I-II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 140 vd.

ranma yükümlülüğünün (TTK 18/2) gereği olarak öncelikle başkaca teminatların peşinde olmalı; ancak bulamadığında ve özen çerçevesinde, kendi payını da rehin alabilmeli, alacağını tahsil için takibe geçildiğinde gerekirse kendisinin sermaye paylarına haciz koyulabilmeli ve icra marifetiyle uygunsu kendi hisselerini devir dahi alabilmelidir. Netice itibarıyla kanunda açık atıf olmamakla birlikte limited şirket kendi esas sermaye payını rehin olarak kabul edebilmelidir.

Limited şirket payının devri, şirket sözleşmesiyle yasaklanabilir (TTK 595/4)¹⁸. Şirket sözleşmesinde payların devrinin yasaklandığı hallerde, bu paylar üzerinde rehin de kurulamaz (MK 954). Belirtelim ki, şirket sözleşmesinde devir yasağının öngörüldüğü durumlarda limited şirket esas sermaye payları üzerinde rehin hakkının kurulamayacağına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 789b maddesinin 2. fıkrası TTK'ya alınmamıştır¹⁹. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu hüküm (OR Art 789b Abs. 2) devredilebilir alacakların rehnedilebileceğine ilişkin ZGB 899'daki prensibin tekrarı mahiyetindedir²⁰. MK 954/1'de de ancak devredilebilir alacakların rehnedilebileceği, genel bir hüküm olarak, öngörüldüğünden, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hükmün (OR Art. 789b Abs. 2) TTK 600'e alınmaması bir eksiklik oluşturmamaktadır. Ancak herhangi bir tereddüde sebebiyet vermemesi için, bu hükmün TTK'ya alınması daha iyi olurdu²¹.

Kanunen veya şirket sözleşmesi ile pay devirlerine dair kısıtlamalar esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasında da geçerlidir (TTK m. 600/2 c. 2). Bu nedenle anılan hükmün sadece pay üzerinde rehin hakkı kurulmasının genel kurul onayına bağlandığı hallere has olmadığı açıktır. Geçiş hükümleri kanaatimizce her türlü rehin için aranacaktır.

Şirket sözleşmesinde payların devrinin yasaklanması dışında, rehin kurulması da yasaklanabilir²². Belirtelim ki, şirket sözleşmesinde payların rehin verilmesi tamamen yasaklanabileceği gibi, TTK 600/2'de be-

¹⁸ Limited şirket esas sermaye payının devrinin şirket sözleşmesine konacak bir hükümle yasaklanabilmesi için, ortakların oy birliğiyle bir karar almaları gerekmektedir (Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1016; Pulaşlı, s. 2033).

¹⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 447 dpn. 43.

²⁰ Oertle / du Pasquier, OR Art. 789b N. 5; Ficher / Petrin / Siffert, OR Art. 789b N. 6; Wibmer, OR Art. 789b N. 2.

²¹ Demirkapı, s. 189.

²² Arslanlı / Domaniç, s. 274.

lirtilen şirket onayı dışında, rehnin şirkete bildirilmesi, pay senedinin teslimi gibi maddi veya şekli şartlara da tabi kılınabilir ve şirket sözleşmesindeki bu hükümlere uyulmadıkça rehin hakkı kurulamaz²³. Sonuç olarak, paylar üzerinde devir ve rehin yasağının bulunması halinde, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı tesis edilemez.

2. Yazılı Rehin Sözleşmesi

Limited şirket payı üzerinde rehin kurulması için, yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması ve rehin konusu hakkın devrine ilişkin şartlara uyulması gerekir (MK 955/1, 3). Limited şirket payının devri içinse, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir (TTK 595/1)²⁴. Dolayısıyla limited şirket paylarının rehni bakımından, yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılması ve tarafların imzalarının noterce onanması şarttır (MK 955/1 ve 3; TTK 595/1)²⁵. Öngörülen usule uyulmaksızın, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, pay rehinine ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve taraf imzalarının noterce onanması bir geçerlilik şartıdır²⁶.

3. Şirket Sözleşmesinde Öngörülümüşse Genel Kurul Onayı

TTK 600/2 uyarınca şirket sözleşmesiyle limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasını genel kurul onayına bağla-

²³ Arslanlı / Domaniç, s. 274.

²⁴ İsviçre hukukunda limited şirket payının devri bakımından imzaların noterce onanmasına ilişkin şart kaldırılmış olup, adi yazılı şekil yeterli görülmüştür (bkz ve karşı. OR Art. 785; ayrıca bkz. Oertle / du Pasguer, OR Art. 785 N. 2; Peter Böckli / Peter Forstmoser, "III. Erleichterung der Abtretung von Stammanteilen", Das neue schweizerisches GmbH-Recht, Zürich 2006, s. 14 - 15). Kanaatimizce İsviçre'de olduğu gibi, Türk hukukunda da payın devrinde taraf imzalarının noterce onanmasına ilişkin şartın kaldırılması, devrin kolaylaştırılması bakımından yerinde bir değişiklik olurdu / olacaktır. Ayrıca bir ticari işletmenin tüm aktifleri ile birlikte bir bütün olarak devrinde yazılı şekil (TTK 11/3) yeterli iken, limited şirket esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşmedeki imzaların noter onayına tabi tutulması, kanunun kendi içinde de tutarlı olmadığını göstermektedir (Kendigelen, İlk Tespitler, s. 440).

²⁵ Belirtelim ki, İsviçre hukukunda, pay devri için taraf imzalarının noterce onanması şartı kaldırıldığından (bkz. dpn. 24), limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması için yazılı rehin sözleşmesi (ZGB Art 900 Abs. 3, OR Art 785 Abs. 1) yapılması yeterlidir (Oertle / du Pasguer, OR Art. 789b N. 2; Arter, s. 299).

²⁶ Arslanlı / Domaniç, s. 274; Erdem / Göksoy, s. 582 vd.; Demirkapı, s. 188.

nabilmektedir²⁷ ve bu durumda payın devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁸.

Limited şirket esas sermaye payının, rehinde de uyulması gereken, devri TTK 595’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılmalı ve tarafların imzaları noterce onanmalıdır (TTK 595/1 c. 1). Ayrıca devrin, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, ortaklar genel kurulunca onanması da şarttır (TTK 595/2, 616/1g). Pay devri, başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurulca reddedilmediği takdirde onay verilmiş sayılır (TTK 595/7)²⁹. Genel kurul onayına kadar aksıda hükümsüz olan pay devri işlemi, genel kurulun onayıyla geçerli hale gelir (TTK 595/2).

Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasının genel kurul onayına bağlanması halinde de, pay devrindeki usul takip edilecektir (TTK 600/2 c. 2). Yani yazılı rehin sözleşmesi ile taraf imzaların noterce onanmasından sonra, pay rehninin limited şirket genel kurulu tarafından onanması gerekmektedir (TTK 595/2). Genel kurul onayı, genel kurulun devredilemez yetkilerinin sayıldığı TTK 616/2c’de ayrıca ve özel olarak belirtilmiştir. TTK 616/2c hükmüne göre, şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde “*Esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin onayın verilmesi*” limited şirket genel kurulunun devredilemez yetkilerindedir.

Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması işleminin genel kurulca onanmasında, aynen pay devrine onay verilmesine ilişkin usulde olduğu gibi³⁰; ortakların genel kurula davet edilmesi (TTK 617), genel kurulun toplanması ve TTK 620’deki olağan

²⁷ Limited şirket payının rehinine ilişkin özel bir düzenlemenin olmadığı eTK döneminde, tartışmalı olmakla birlikte, pay rehininde genel kurul onayı şart değildi (Erdem / Göksoy, s. 585 vd.; Demirkapı, s. 187-188).

²⁸ Her ne kadar TTK 600/2’de “*geçişe ilişkin hükümler*”in uygulanacağı belirtilmiş ve hükmün gerekçesinde “*İntifa ve rehin hakkının kurulmasında, esas sermaye paylarının devrine yapılan gönderme hem şekle ve hem onaya hem de miras, eşler arası mal rejimleri ve cebri icraya ilişkin özel hükümleri kapsar.*” (Kendigelen, s. 705) denilmişse de, esas sermaye payı üzerinde rehin kurulması halinde miras, eşler arası mal rejimleri ve cebri icraya ilişkin TTK 596 ve 597 burada uygulanmaz (Kendigelen, İlk Tespitler, s. 446 dpn. 41).

²⁹ Bu süre İsviçre Borçlar Kanunu’nda altı ay olarak belirtilmiştir (OR Art 787 Abs. 2).

³⁰ Pulaşlı, s. 2038 vd.

karar nisabına göre onay kararının alınması gerekir. Ayrıca TTK 617/4 hükmünün verdiği olanak uyarınca, genel kurul onayı, toplantı yapılmaksızın pay rehine ilişkin önerinin ortakların yazılı onayları alınmak suretiyle de gerçekleştirilebilir.

Genel kurul haklı sebeplerin varlığı dışında, onay başvurusunu reddedemez (TTK 600/2 c. 3)³¹. Haklı sebepler madde ve gerekçede belirtilmemiştir. Hukuk güvenliği açısından, haklı sebeplerin şirket sözleşmesinde sınırlı sayıda olmasa da örnekler şeklinde sayılması faydalı olacaktır³². Şirket sözleşmesinde belirtilecek haklı sebepler limited şirketle ilgili olabileceği gibi, payını rehin vermek isteyen ortakla veya lehine rehin hakkı tesis edilecek alacaklıyla da ilgili olabilir. Örneğin limited şirketin birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine başlaması; limited şirket ortakların belli bir mesleğe mensup olması ve paylarını ancak aynı meslekten olan kişilere devredebilmeleri; ek ödeme veya ayın edim yükümlülüklerinin bulunduğu paylar bakımından rehin verenin bu edimleri yerine getirememesi; lehine rehin hakkı tesis edilecek alacaklı ile limited şirket arasında şirketin ticari faaliyetlerinde ciddi etkileri olan hukuki bir uyumsuzluğun bulunması gibi sebepler şirket sözleşmesinde haklı sebep olarak düzenlenebilir. Haklı sebeplerin şirket sözleşmesinde belirtilmediği veya belirtilenler dışında ileri sürülen haklı sebeplerin varlığının tartışma konusu yapıldığı durumlarda, genel kurulun onay vermeme sebebinin haklılığını, her somut olay bakımından, hâkim değerlendirecektir³³.

Esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin işlemin genel kurulca onaylanması için yapılan başvuru, başvuru tarihin-

³¹ Buna karşılık pay devrine ilişkin TTK 595/3'te genel kurulun sebep göstermeksizin onay vermektan kaçınabileceği düzenlenmiştir.

³² Oertle / du Pasguer, OR Art. 789b N. 3; Ficher / Petrin / Siffert, OR Art. 789b N. 4. Haklı sebep kavramı için ayrıca bkz. Ersin Çamoğlu, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008, s. 22 vd.

³³ Haklı sebeplerle limited şirketten çıkma ile ilgili bir uyumsuzlukta Yargıtay, haklı sebeplerin varlığının hakim tarafından değerlendirileceğini şöyle açıklamıştır. 11. HD.nin 31.03.2009 tarih ve E. 2007/14988, K. 2007/3869 sayılı kararı: "...(e)TK'nın 551/II hükmünce, haklı nedenlerle limited şirket ortaklığından ayrılma hakkı doğan ortak diğer ortakların bu yöndeki iradeye uymaması halinde şirket ortaklığından çıkmasına izin verilmesini mahkemen talep edebilir. Anılan yasa maddelerinde haklı nedenler sayılmadığı gibi, davalı şirket ana sözleşmesinde de bu husus düzenlenmediğinden, haklı nedenlerin varlığının yargıç tarafından değerlendirilerek saptanması gerekir." Batider, C. XXV, S. 2, s. 456 - 457).

den itibaren üç ay içinde reddedilmemişse, onaylanmış sayılacaktır (TTK 595/7).

Rehin sözleşmesi, genel kurul onayına kadar askıda hükümsüzdür. Genel kurulun pay rehnini onaylanması veya onaylanmış sayılmasıyla, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmuş olur (TTK 595/2)³⁴. Eğer genel kurul pay rehnini onaylamaz ise, rehin sözleşmesi hüküm ifade etmez. Böylesi bir onaylamama, sürecin savsanması, gecikme veya haklı sebebin yanlış değerlendirmesi gibi durumlarda, payını rehin vermek isteyen ortağın olası zararlarından, müdürlerin ve/veya dolayısıyla da limited şirketin sorumluluğu da (TTK 644, 553) gündeme gelebilir.

Payın devrine ilişkin TTK 595'te belirtilen usul, payın rehninin genel kurul onayına bağlandığı hallerde de uygulanacaktır. Başka bir anlatımla, pay rehninin genel kurul onayına bağlandığı veya bağlanmadığı tüm durumlarda, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için, yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılması ve taraf imzalarının noterce onanması gerekmektedir. Limited şirket sözleşmesinde pay rehninin genel kurul onayına bağlı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunduğu durumlarda, ayrıca genel kurulun onayının da alınması lazımdır³⁵.

4. Pay Defterine Kayıt

Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulduğu pay defterine de kaydedilmelidir (TTK 594/1)³⁶. Pay defterine kayıt kurucu değil, bildirici niteliktedir³⁷. Buna karşılık pay rehninin ticaret siciline kaydedilmesine gerek yoktur³⁸. Ticaret siciline tescil edilse bile kurucu veya bildirici bir etkisi olmaz; zira ticari işletme rehininde ol-

³⁴ Oertle / du Pasguer, OR Art. 789b N. 4; Arter, s. 300.

³⁵ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 447.

³⁶ TTK 594/1'de esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı sahiplerinin adları ve adreslerinin pay defterine kaydedileceği belirtilmişse de, rehin hakkı sahiplerinin sadece adlarının değil, soyadları ile rehin hakkı sahibinin bir ticaret şirketi olması durumunda ticaret unvanının da yazılması gerekir (bu yönde Kendigelen, İlk Tespitler, s. 438 dpn. 33).

³⁷ Ficher / Petrin / Siffert, OR Art. 789b N. 5; Arter, s. 300 – 301; Erdem / Göksoy, s. 582 vd.; Demirkapı, s. 188.

³⁸ Ficher / Petrin / Siffert, OR Art. 789b N. 5; Arter, s. 300 – 301; Erdem / Göksoy, s. 582 vd.; Demirkapı, s. 188.

duğu gibi doğrudan işletmenin malvarlığı üzerinde etkisi yoktur. Pay sahipliği açısından ve pay sahibinin hakları açısından etkili olduğundan, pay defteri kaydı bildirim açısından önemli ve gereklidir.

B. Esas Sermaye Payı rehni ile İlgili Özel Bir Durum: Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak³⁹, limited Şirket esas sermaye payları bakımından nama yazılı senet düzenlenebileceğini öngörmüştür (TTK 593/2)⁴⁰. Bilindiği üzere, nama yazılı pay senetlerinin rehni için, yazılı devir beyanıyla birlikte senedin de teslimi gerekmektedir (MK 956/2)⁴¹. İspat Şeklinde veya nama yazılı senet olarak düzenlenen li-

³⁹ eTK döneminde, limited Şirket payları için senet düzenlese bile, bunların rehni bakımından tesliminin gerekmediği kabul edilmekteydi (bkz. Erdem / Göksoy, s. 587; Demirkapı, s. 188).

⁴⁰ TTK 593/2'deki "*Esas sermaye pay senetleri ispat aracı Şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenebilir*" Şeklindeki hüküm, esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde bir nama yazılı senede bağlanmasının bir yararı olmadığı ve limited Şirket esas sermaye payının devriyle ilgili TTK 595/1 ile çeliştiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekte ve düzenlenecek pay senetlerinin, hükmün lafzına rağmen, kıymetli evrak niteliğinde olmayacağı belirtilmektedir (bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 437 - 438; Moroğlu, s. 345 - 346; Yıldız, s. 132 - 134; Şükrü Kızılot, "*Limited Şirkette Pay Senedinin Menkul Kıymet Olup Olmadığı ve Değer Artışı Kazancı*", Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-22>, 13.01.2013 çevrimiçi).

^Buna karşın Tekinalp, esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde nama yazılı senede bağlanabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu halde senet, basit kıymetli evrak kaydı denilen çift taraflı ibraz kaydına bağlanmış olur ve limited Şirket örneğin senedi ibraz etmeyen kişiye pay defterine kaydetmeyebilir. Esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanmasının işlevi, payın devrindeki genel kurul onayının kaldırılmasında gözükecektir. Onayın kaldırılması halinde payın devri, nama yazılı senedin zilyetliğinin geçirilmesi ve pay defterine kayıt Şartına bağlanabilir (TTK 577/1). Hatta limited Şirket sözleşmesiyle pay defterine kayda kurucu nitelik tanınabilir. Böylece payın devrinde akıcılık kazanılmış olur. Tekinalp'e göre limited Şirket sözleşmesiyle nama yazılı senet kullanılarak başkaca modeller de kurulabilir (Tekinalp, s. 370 - 371). Pulaşlı ise, nama yazılı senet çıkarılmasının, payın devir ve dolaşımını sağlamayacağını belirtmekle birlikte; pay devri halinde nama yazılı senedin de tesliminin gerektiğini ifade etmektedir (Pulaşlı, s. 2036; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 992 ve 1012). Ayrıca nama yazılı pay senetlerinin limited Şirket payının devrinde kolaylık sağlayabileceği ancak vergisel bakımdan sorunlar çıkarılabileceği konusunda bkz. Recep Bıyık, "*Vergicilere yeni TTK Notları (4)*", <http://www.muhasabetr.com> 09.11.2012 çevrimiçi.

⁴¹ Bkz. Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 67; Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özelliikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluğu, İstanbul 2002, s. 44 - 45; Seda İrem Çakırca, Adi Alacakların Rehni, İstanbul 2006, s. 40 - 44.

limited şirket esas sermaye pay senetleri (TTK 593/2) üzerinde rehin hakkı kurulması durumunda, bu senetlerin tesliminin gerekip gerekmediğinin özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

Bir görüşe göre, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması için imzaları noterce onanmış yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması yeterli olup, düzenlenen senetlerin teslimi şart değildir⁴². Buna karşın katıldığımız hâkim görüşe göre, limited şirket esas sermaye payının nama yazılı senede bağlandığı veya ispat için senet düzenlendiği durumlarda, esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için, yazılı rehin sözleşmesi ve taraf imzalarının noterce onanması dışında, bu senetlerin (nama yazılı veya ispat senetlerinin) teslimi de şarttır⁴³. Aslında şirket pay defteri kaydının esas alınması, pay senetlerinin varlığı halinde dahi pay defterine kayıt varsa hak tesisinin ispatına cevaz verilmesi şeklinde bir orta görüş teşkili de mümkündür.

IV. Sonuç

Limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması, Medeni Kanun'daki genel hükümlerin yanında ve özel olarak TTK 600/2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurulun onayına bağlanabilir ve bu durumda payın geçişine ilişkin hükümlere göre esas sermaye payları rehnedilebilir.

Limited şirket ortakları esas sermaye paylarını, kendi borçları için rehin verebilecekleri gibi, çoğunlukla finansman ihtiyacı hasıl olduğunda talep edildiği üzere ortağı oldukları limited şirketin veya üçüncü kişilerin (grup şirketlerinin veya tamamen yabancı kişilerin) borçları için de rehin verebilirler. Ayrıca limited şirketin kendi paylarını rehin almasına ilişkin eTK 526'daki sınırlama TTK 612'ye alınmadığından, limited şirket kendi paylarını rehin olarak kabul edebilir.

Limited şirket esas sermaye paylarının rehni için, yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması, imzaların noterce onanması ve şirket sözleş-

⁴² Erdem / Göksoy, s. 587.

⁴³ Oertle / du Pasguer, OR Art. 789b N. 2; Ficher / Petrin / Siffert, OR Art. 789b N. 6; Arter, s. 299; Arslanlı / Domaniç, s. 274; Yıldız, s. 152 - 153 ve s. 153 d.p.n. 400.

mesinde öngörülmüşse rehnin genel kurul tarafından onaylanması şarttır. Başka bir ifadeyle, rehin hakkının kurulmasının genel kurulun onayına bağlandığı durumlarda genel kurul kararı ile aksi halde yazılı rehin sözleşmesinin (taraf imzalarının) noter tarafından tasdiki ile esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmuş olur. Ayrıca her iki durumda da rehnin pay defterine kaydedilmesi de lazımdır. Pay defterine kayıt geçerlilik şartı olmamakla birlikte, rehnin kapsamına giren kâr payı, tasfiye payı gibi malvarlıksal haklardan doğan alacakların rehin verene iyiniyetle ödenmesini engellemek amacıyla, rehnin pay defterine kaydedilmesi rehin alacaklısının menfaatine olacaktır. Bunun dışında limited şirkette esas sermaye payını temsilen ispat veya nama yazılı senet de düzenlemek mümkün olduğundan, payın rehin için bu senetlerin teslimi de gerekir.

KAYNAKLAR

- Abuzer Kendigelen, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011.
- Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011 (İlk Tespitler).
- Alihan Aydın, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- Argun Karamanlıoğlu, “TTK Tasarısı ve Tek Kişilik Limited Ortaklıklar”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, s. 139 – 162.
- Buket Sayın Önal, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumlulukları, Ankara 2008.
- Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009.
- Ersin Çamoğlu, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008.
- Ertan Demirkapı, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.
- Fatih Aydoğan, Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul 2012.
- Gökmen Gündoğdu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Tek Kişilik Anonim Ortaklık ve Tek Kişilik Limited Ortaklık”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2007, C. 65, s. 1, s. 223 – 262, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmuu/article/viewFile/3776/3352> çevrimiçi 20/11/2012.
- H. Ercüment Erdem / Y. Can Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, Prof. Dr. Seyfulah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 571 – 623.
- Halil Arslanlı / Hayri Domaniç, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2011.

- Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2011.
- Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yani Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012 (Şirketler Hukuku).
- Jeannette Wibmer (Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf), Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009.
- Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990.
- Marc Pascal Ficher / Martin Petrin / Rino Siffert, GmbH-Recht, Bern 2008.
- Matthias Oertle / Shelby du Pasguer, Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 739 - 1186 OR, 3. Auflage, Basel 2008.
- Mehmet Kılıç, "Anonim Ortaklıkta Pay Rehni", Bankacılar Dergisi, Sayı 71, 2009, s. 66 - 77.
- Mehmet Özdamar, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarının İktisap Edilmesi (TTK md.329), Ankara 2005.
- Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Oliver Arter (Peter V. Kunz / Florian S. Jörg), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012.
- Ömer Teoman, "Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmemiş Kendi Paylarını Edinmesi", Tüm Makalelerim, Cilt I-II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 140 vd.
- Peter Böckli / Peter Forstmoser, "III. Erleichterung der Abtretung von Stammanteilen", Das neue schweizerisches GmbH-Recht, Zürich 2006.
- Recep Bıyık, "Vergicilere yeni TTK Notları (4)", <http://www.muhasibetr.com> 09.11.2012 çevrimiçi.
- Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2012.
- Reto Bügler, Der GmbH-Anteil: Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda), Zürich 2004.
- Sami Karahan / Mustafa Çeker, Şirketler Hukuku, Konya 2012.
- Seda İrem Çakırca, Adi Alacakların Rehni, İstanbul 2006.
- Şükrü Kızılot, "Limited Şirkette Pay Senedinin Menkul Kıymet Olup Olmadığı ve Değer Artışı Kazancı", Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-22>, 13.01.2013 çevrimiçi.
- Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.
- Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2011 (Türk Ticaret Kanunu).
- Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2012.

HUKUK VE DEVLET ÖZDEŞLİĞİNİN ÖTESİNDE

KAMU HUKUKU*

PUBLIC LAW BEYOND UNITY OF STATE AND LAW

Mustafa Bayram MISIR**

Özet: Bu makalede, devlet ve hukuk özdeşliğinin ötesinde, kamu hukukunun devlete karşı düşünülüp düşünülemediği tartışılmaktadır. Bu amaçla, Duguit'in egemenlik kuramına ve kamu/özel hukuk ayrımına yönelik eleştirileri esas alınarak, Marksist komünist hipotezin kamu hizmetinin temel normu olarak kabul edilebileceği benimsenmektedir. Buna göre, komünizmi kapitalizmin alternatifi bir üretim tarzı olarak değil, kapitalizmi aşmaya yönelik hareketler/talepler/değerler toplamı olarak görmek, ilkel kaba komünizmin şartlanmaları ötesinde, onu devletin üzerindeki temel norm, hatta bir dünya anayasası olarak ilan etmek gerekir. Makalede böylece şu temel sonuç açıklanmaktadır: “Devlete mahkum olmadığımız gibi kaderimiz de ‘siyaset’ değildir. Toplum halinde yaşamının yalın hali, komünist hipoteze dayanan kamu hizmeti ilkesinin kurduğu ‘kamu hukuku’dur.”

Anahtar kelimeler: Duguit, hukuki realizm, devlet, komünizm, kamu hukuku.

Abstract: In this essay, it is debated that whether public law can be contemplated beyond unity of state and law and in a position against the state. For this end, taking Duguit's criticism of sovereignty theory and criticism of private and public law dichotomy as a basis, the view that considers Marxist communist hypothesis as the basic norm of public service. Accordingly, communism should not be considered a mode of production alternative to capitalism but as a totality of movements/demands/values that aim at going beyond capitalism. Furthermore, beyond conditioning of primitive vulgar communism, it should be considered as a basic norm over the state and even a constitution of the world. The essay reaches this basic conclusion: “We are not bound with the state nor ‘politics’ is our destiny. The simple state of collective life is the ‘public law’ constituted by the public service principle depending on the communist hypothesis.”

Keywords: Duguit, legal realism, state, communism, public law.

* Bu makale “Kapitalizm, Devletler ve Egemenlik: Egemenlik Kuramının Tarihsel Materyalist Bir Eleştirisi” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Av. Dr., siyaset bilimci ve hukukçu.

Kendisi öyle nitelmemesine rağmen kuramı genellikle sosyalist olarak sınıflandırılan, hatta devrim hukukçularının, Paşukanis'in belirttiği üzere, "Ekim Devrimi sonrasında, Sovyet Devrimi için hukuksal - işlevsel temelleri olarak kuramını betimlemeye giriştikleri" (2010) Duguit, şu kanıdadır:

Kamu hukukunun ne olduğunu araştırdık ve devlet hukuku olduğunu anladık. (...) Bize devletin ne olduğunu araştırmak kalıyor. (...) uzun zamandan beri bu mesele hakkında birçok kitaplar yazılmıştır ama, iddialı görünmek pahasına da olsa, diyeceğim ki, yazılanların çoğu meseleyi aydınlatmaktan ziyade bulandırmaya yaramıştır. Çünkü, genel olarak, kötü bir metot takip edilmiştir. Çünkü, doğrudan doğruya olayları gözleyerek ve olayların nasıl cereyan ettiğini inceleyerek pozitif ve gerçekçi (*realisté*) gözlem metodu ile devletin ne olduğunu belirtecek yerde metafizik bir cevher (*entité*) tasarlanmış ve politik belirtiler arkasına yerleştirilmiştir. Böylece bugün öyle bir noktaya gelmiş bulunuyoruz ki hukukçuya düşen iş, ilk önce bütün bu metafizik kavramları ortadan kaldırmak ve doğrudan doğruya gözlem metodu ile gerçekte devletin ne olduğunu araştırmak noktasında toplanıyor. (1954: 54)

Gerçekten de tüm siyaset bilimi ve kamu hukuku tarihinde sorun, "gerçekte devletin ne olduğunu araştırmak noktasında" toplanmıştır. Ancak bu makalede tartışılan soru bu genellikte olmayıp, *devleti ve siyasal düzeyi doğallaştıran* "siyaset bilimi" ekseninde değil, *devleti aşmaya yönelen* "kamu hukuku" ekseninde, devlet/hukuk özdeşliğinin ötesinde devlete *karşı* kamu hukukunun nasıl konumlandırılabilceğidir. Söz konusu olan "kamu/kamusallık" ya da "kamu hukuku" olduğunda, bu soru, aynı zamanda güncel toplumsal mücadelelerin de konusudur. Bu nedenle, Marksist kuramda başat görünen ve hukukun da sınıflı toplumların -aşılması gereken- bir üstyapı kurumu olduğu yönündeki tezden doğan büyük tartışma bu makalenin sorun alanı dışındadır.

Makalede, kamu hukukunu devlet merkezli yorumlayan geleneğin ders kitaplarında nasıl temsil edildiği görünür kılındıktan sonra, Duguit'nin özel hukuk/kamu hukuku ayrımı ve egemenlik eleştirisi temelindeki görüşleri, *kamu hukukunu devletle değil devlete karşı düşünmek için bir başlangıç* olarak alınarak, *devlete karşı kamu hukukunun olanaklarına*, öncelikle Duguit'ye ve devamla komünist hipoteze odaklanarak işaret edilecektir.

Duguit'nin görüşleri büyük oranda pozitivist sosyolojik düşünmeden esinlenir ve temsilcisi olduğu hukuki realizm akımı da, bu eğilimin yönetsel sorunlarını taşır. Ancak, bu makalede anılmasının nedeni, devletin baskı aygıtı karşısında kamu hizmetine dayanan bir kamu hukuku düşüncesine yol vermiş olması olduğundan, Marksist üstyapı kuramlarının eleştirisine girilmediği gibi özel olarak Duguit'nin metodolojisini ya da -özel olarak devlet gücünün sınırlanması konusundaki- hukuki realizminin eleştiriye konu edilmesine de gerek duyulmamıştır¹.

1. Kamu Hukuku, Siyaset Bilimi ve Devlet Merkezli Yaklaşım

Geçen yüzyılın (20.yy) başlarında olduğu gibi, günümüzde de siyaset bilimi ile kamu hukuku arasında bir ayırım yapmak oldukça güçtür. Türkiye'deki en kapsamlı kamu hukuku monografisinin yazarı Recai G. Okandan'a göre, "Umumi Amme Hukukunun ilgili bulunduğu bilim dalları arasında, önemlerine göre ayırım yapmak ve sonuç olarak bu hukuk dalının gerçekte hukuk ve siyaset bilimlerinin sentezi olduğunu söylemek de mümkündür" (1976: 19). Döneminin tanınmış kamu hukukçularından olan Leon Duguit de aynı zamanda bir devlet kuramcısıdır.

Amerika Birleşik Devletlerindeki kamu hukuku yaklaşımlarını tanıttığı makalesinde Danelski, "kamu hukuku, siyasal bilim kadar eskidir. Öyle ki, zaman zaman, ikisini birbirinden ayırmak, hemen hemen olanaksızlaşmıştır. XIX. Yüzyılda ve bu (XX.) yüzyılın başlarında bu alanda Avrupalıların çalışmaları egemen olmuştur. Krabbe, Duguit ve Laski, hâlâ kamu hukukunun bilinen adlarındandır" diye yazar (1996: 10).

Duguit, Anglo-Amerikan geleneği tarafından dipnotlarda usulen verilen referanslardan birine dönüştürülene dek, kamu hukuku kürsülerinde, Türkiye'de de sıklıkla başvurulan ana kaynaklardandır. *Hukuk-u Esasiye*'si Osmanlıca alfabe ile çevrilmiş ve iki cilt halinde okutulmuştur. Latin alfabesi ile ilk kez ancak 2000 yılında Cemal Bali Akal'ın *Devlet Kuramı* derlemesi için çevrilen "Egemenlik ve Özgürlük" (Duguit, 2000),

¹ Bu konuda tarihsel materyalizme uzak ana akım kamu hukukunun eleştirel değerlendirmeleri için bkz. Kapani (1993: 254-258), Zabunoğlu (1963: 147-159). Tarihsel materyalist bir eleştiri için bkz. Paşukanis (2010).

ilk kez 1922 yılında İkdam Matbaası tarafından *Hakimiyet ve Hürriyet* adıyla basılmıştır. Etem Menemencioğlu'nun *Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri* adlı monografisi 1939 yılında T.C. Maarif Vekaleti Siyasal Bilgiler Okulunun 6 Nolu yayını olarak, nihayet çevirmeni Süheyp Derbil'in ifadesiyle "kuramını en olgun şekilde açıkladığı" *Kamu Hukuku Dersleri*, 1954 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları'ndan çıkmıştır (Duguit, 1954). Türkiye'de yazılan ders kitaplarında da, örneğin, 1951 yılında yayınlanan Muvaffak Akbay'ın *Umumi Amme Hukuku Dersleri* başta olmak üzere, kamu hukuku monografilerinde (Okandan, 1976) geniş bir yer tutar².

Duguit'nin başlangıçtaki bu etkisine rağmen, Türkiye'de de bir disiplin olarak yerleşik olduğu haliyle kamu hukuku, ister katı Alman ister görece liberal Anglo-Amerikan merkezli görüşlere dayansın, devlet merkezli bir yaklaşım içindedir. Devleti konu alması gereken disiplinlerin devlet merkezli işlemesi bir dizi yanılısamayı sürekli üretir. Örneğin, bu yaklaşımda kamu hukuku, özel hukukla karşıtlığı öne çıkarılarak tanımlanır. Bu hukuki yaklaşım, belirtildiği üzere, sosyolojik olarak bir başka Alman'ın, Max Weber'in sosyolojisi ve siyaset kuramı ile bakışım içindedir.

² Sadece kamu hukuku monografilerinde değil, hukuk sosyolojisi alanında öncü bir monografi kabul edilen Hamide Topçuoğlu'nun *Hukuk Sosyolojisi* adlı eserinde de, kurucu olarak nitelenir: "DUGUİT, Hukuk İlmini, 'tabii haklar', 'Hâkimiyet', 'Hükümşahsiyet' v.s. gibi ilmî yollarla isbatı kabil olmayan birtakım metafizik kavramlarından temizlemek istiyordu. Hukuk sahasında müsbet ilmî metodlarla hareket etmek istediğimiz takdirde, müşahede mutası olmayan hususlar hakkında muhakeme yürütmekten ve kavramlar icat etmekten vazgeçmeliydik. Meselâ biz 'Devlet' kavramını vasitasızca müşahede ettiğimiz bir mutaya rabtedemiyorduk. Bizim müşahede ettiğimiz şey, sadece, 'Devlet adına' hareket eden, tasarruflarda bulunan, emir ve kumanda eden birtakım 'hakikî şahıslar, insanlar'dı. O halde Devletin gerçek varlığı, toplumda şu veya bu sebeple belirmiş olan bir siyasi kuvvet farklılaşması sonunda kumanda mevkiine geçen hakikî şahısların (kuvvetli kişilerin) hüviyeti ile karışıyordu. Biz karşımızda 'Devlet' olarak onları buluyorduk ve yegâne müşahede mutası hakikat te buydu. (...) Duguıt, bu kaziyenin muhalif mefhumunda ifadesini bulan fikri de açıkça müdafaa ediyordu, hattâ belki bütün bir hukuk nazariyesinin istihdaf ettiği gaye de bu müdafaa idi: Devletin, sosyal tesanüdün zarurî ve tabii bir icabı olarak cemiyette, ferdi vicdanlarda doğan bu 'Objektif Hukuk' a aykırı olan kanunları, hukuk vasfında değillerdi ve vatandaşların bunlara itaati şart değildi. Kendisine 'Kürsü anarşisti' dedirtecek kadar hukuk dünyasını alt üst eden bu fikirleriyle Duguıt birçok cepheleden itirazlara maruz kaldı. Buna mukabil, tıpkı Hususî Hukukta GENY'nin yaptığına muadil bir inkılâbî Amme Hukuku sahasında yaratmaya muvaffak oldu ve bu sosyolojik temellerden hareketle kurduğu amme hukuku kavramları üzerine mütecânis bir mefhumlar sistemi inşa edebildi. (...) Kendisi, Hukuk Sosyolojisinin en realist kurucusudur ve hukukta ifadesini bulan manevî değerleri relativist bir adalet telâkkisi ile izah etmiştir." (1969: 71-72)

Duguit'nin Alman kamu hukukçuları geleneği olarak andığı, erken kökleri Samuel von Pufendorf ve G. W. F. Hegel'e dayanan, genel olarak Paul Laband ve daha çok bilinen Georg Jellinek çizgisindeki eğilim ve bu eğilimin, esasen Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın olan siyaset bilimi geleneği ile bütünleşmiş kamu hukuku görüşünce savunulan liberal versiyonları, başka deyişle, 20. yüzyılın tarihsel materyalist eleştiriye kapalı olan ve iç içe geçen ana akım siyaset bilimi ile kamu hukuku devleti merkeze alan bir yaklaşıma sahiptir. Bu yaklaşım, egemenlik kuramının kapitalist devletin öz düşünümü olmasıyla yakından ilgilidir. Egemenlik kuramı³, devletin bir güç organizasyonu olduğu ampirik hakikatinin, devletin meşru bir güç organizasyonu olduğunun düşünülmesi yoluyla egemenlik ideolojisi olarak işlenmesini sağlar. Bu bakımdan *da*, kamu hukuku, geniş anlamıyla "siyasal bilimde bir araştırma olarak" ele alındığında, "siyaset ya da Devletle ilgili tüm hukuki olguların incelenmesini" içerir (Danelski, 1996: 9).

Ana akım içinde, Duguit'nin eleştirel hukuki çözümleme çizgisi, hukuk-devlet özdeşliğini savunan Hans Kelsen'in görüşlerine doğru daraltılarak, zaman zaman da onun aşırı bir ucu gibi nitelenerek, doğrudan Kıta Avrupası ana yaklaşımı olan Jellinek - Weber⁴ çizgisi ile ikame edilmiştir⁵. Eleştirel bir fikir olarak ise, kuramı, yerini daha çok Anglo-Amerikan kökenli düşüncelere, egemenlik kavramı yerine ondan neden farklılaştığını çok da açıklayamadıkları, "siyasi iktidar"/"otorite" gibi ikame kavramlar öneren⁶ David Easton, Leslie Lipson, Robert Dahl vb. siyaset bilimcilere bırakmıştır⁷.

³ Egemenlik kuramına (Hoffman, 2008; Hakyemez, 2004) yönelik, Duguit'nin çağdaşı olan bir başka eleştiri, gücün toplumsal ilişkiler içinde farklı kurumlarca çoğulcu bir şekilde kullanıldığını gözleyen Laski'den (1999) gelmişti. Küreselleşme ile birlikte ulus-devletin aşıldığı tezlerine, egemenliğin çözümlenerek sonuna geldiğine, karşılıklı bağımlılığa dönüştüğüne vb. dair tartışmalar da güçlü bir şekilde eşlik etmektedir (Habermas, 1998 ve 2008; Rosenau, 1998; Gelber, 1997 ve Keohane, 2008 vb.).

⁴ Çok kabaca sağ Jellinek'le sol da Kelsen'le konuşmaya başladı, denirse, yersiz olmaz. Kelsen'in en önemli makalesinin dahi çok sonra çevrilmesi de, Türkiye'de bu ikamenin boyutlarını göstermesi bakımından ayrıca manidardır (Kelsen, 2006).

⁵ Duguit'nin burada ele aldığımız devlet karşıtı görüşlerini, Durkheim'cı sosyal ödev ekseninde devletçi monizme hatta "protesto ettiği" Alman görüşüne yaklaştırma amacı güden yakın tarihli çalışmalar da mevcuttur. Örneğin bkz. Türközer (2006).

⁶ Siyasi iktidar kavramının bir açıklaması için bkz. Kapani (2007: 49 vd.). Otorite kavramının bir açıklaması için ise bkz. Daver (1972: 117 vd.).

⁷ Buna göre, bu ikame kavramların egemenlikten ayrıldıkları nokta, "meşru bir si-

*Devlet oluşumuna*⁸ bağlanan, başka deyişle devlet merkezli kamu hukuku ve siyaset bilimi akımlarında devletler ve modern biçimi olan ulus-devlet, tarihselliği içinde değil, Hegel'deki gibi mevcut görgül varlığı içinde aşkınlaştırılarak analiz edilir ve edilmeye devam ediyor. John Holloway'ın vurguladığı üzere, "siyaset bilimi geleneğinde devlet, çoklukla sorgulanmayan temel bir kategori olarak ele alınır. Devlet'in varlığı herhangi bir tartışma başlamadan önce verili olarak kabul edilir" (2007: 134). Örneğin, Bülent Daver'e göre, devlet,

bütün siyasi kurumların en büyüğüdür. Devlete onun için 'kurumların kurumu' denilir. Devlet amacı, toplumsal düzenin, adaletin ve toplumun iyiliğinin sağlanması olan; belli bir toprak parçası (ülke) üzerinde yerleşmiş bir insan topluluğuna (halka) dayanan ve bu topraklar üzerinde bulunan her şey üzerinde nihai meşru kontrole (otoriteye) sahip; siyasal bir örgütle (hükümet) donanmış sosyal bir organizasyondur. Devleti ona benzer kuruluşlardan ayıran, egemen ve bağımsız olma niteliğidir. (1972: 166)

Daver'in bu Weberci tanımı, yaygın olarak siyaset bilimi öğretiminde kullanılır. Kamu hukukunda da devlet benzer şekilde doğallaştırılmıştır ve daha çok, Jellinek'in üç unsur teorisiyle yapılan tanım tercih edilir. Kemal Gözler'in, *Devletin Genel Teorisi* adlı kitabında açıkladığı üzere, bu teoriye göre devlet, "insan, toprak ve egemenlik unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bir varlık"tır. Birinci ögeye ulus, ikinci ögeye ülke, üçüncüsüne ise egemenlik denir. Devletten söz edildiğinde, aynı derecede önemli bu üç öge, birlikte var olmalıdır. Devlet, unsurlarından birine indirgenemez⁹ (2009: 4-5).

yasal güce" işaret etmeleridir. Halbuki gücün "meşru olması", yalnızca egemenlik ideolojisinin çalışma tarzlarından biridir. Genel olarak bütün Amerikan geleneği, bu tür ikame kavramlarla, yeniden adlandırmalarla çalışır. Bir önceki yüzyılın en çok referans alınan kuramcılarında John Rawls'ın yaptığı da bundan ibarettir; "sosyal sözleşme kuramını" iki yüzyıl sonra ikame eder (2007). Eğer kapitalizm, ileri sürüldüğü ve bu çalışma da kabul edildiği gibi feodal kriz benzeri bir kriz süreci içindeyse, bu son derece anlaşılır bir kuramsal - ideolojik reflekstir.

8 Devlet oluşumu kavramı, ABD'de kullanıldığı biçimiyle *establishment*, *kurulmuş düzeni* (kurumlar, pratikler, temsiller vb.) kapsar. Bu bağlamda özellikle ABD'de üniversiteler *establishment*'in önemli bir parçası olarak kabul edilir. Bu konuda, tarihsel materyalist metodolojiye dayanmamakla birlikte, üniversite, din ve devlet ilişkisini irdeleyen bir çalışma için bkz. Marsden (1994).

9 Gözler, Jellinek'in tanımını da aktarır; devlet, "egemenlik gücüyle donatılmış, belli bir toprak parçası üzerinde yerleşik bir millet birliği"dir. (2009: 4) içinde 1 nolu dipnota bakınız.

Böylece, herhangi bir kapitalist devletin *establishmentine* bağlanan siyaset bilimi ve kamu hukuku akımları içinde, devlet hakkındaki yaygın fikirlerin kaynağı olan bir Jellinek-Weber ekseninin kurulduğundan söz edilebilir. Bu eksene göre, devlet şiddet tekeline sahip objektif bir siyasal kurumdur. Aksini iddia eden kuramlar, örneğin tarihsel materyalizm, devletin kökenini ekonomik görüşe göre açıklayan bir kuramdır (Gözler, 2009: 34-37) ya da kuvvet ve mücadele teorilerinden etkilenmiş ekonomik bir devletin kökeni teorisidir (Zabunoğlu, 1973: 59 ve 61). Kısacası, bazı gerçekliklere işaret etse de, egemenliğin kaynağının Tanrı olduğunu söyleyen kuram gibi herhangi bir kuramdır. Jellinek-Weber çizgisindeki yaklaşımın hukuki-bilimsellik iddiası, kamu hukuku geleneği içinde temayüz eden Duguit'nin (1954 ve 2000) egemenlik kuramı eleştirisinin açıkça gösterdiği gibi oldukça tartışmalıdır¹⁰.

2. Hukuk-Devlet Özdeşliği, Hukuki Realizm ve Pozitivizm

Ana akım siyaset bilimi ve kamu hukuku karşısında konumlanan, "kürsü anarşisti" lakabı takılan (Öktem, 1995: 261) Duguit'nin devleti hukuka bağlayan hukuki realizmi ile Kelsen'in devleti hukukla özdeşleştiren hukuki pozitivizmi (saf hukuk kuramı), birbirinden oldukça farklı kaynaklardan beslenir ve farklı sonuçlara varır. Kelsen, saf hukuk kuramında hukuk-devlet özdeşliği üzerinden bir "hukuk devleti"

¹⁰ Bir tür hukuki-bilimsellik iddiasına dayanan yaklaşımların da yansız oldukları söylenemez. Örneğin Gözler, SSCB'nin çöküşünden sonra şöyle yazmıştır: "1917 ihtilalinden sonra Rusya'da Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ismi altında bir sosyalist devlet kuruldu. İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar da dünyanın bir başka yerinde bir proletarya ihtilali olmadı. İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda SSCB, Doğu Avrupa'da Nazi İşgalinden kurtardığı bölgelerde kendisinin uydusu niteliğinde olan sosyalist devletler kurdu veya kurdurttu. Bu devletlerin Marksist teorinin öngördüğü gibi proletarya ihtilali ile kurulmadığını söylemek bile fazladır. Daha sonraki yıllarda, dünyanın çeşitli ülkelerinde, işçi sınıfından ziyade, bazı silahlı gruplar, SSCB'nin açık veya örtülü desteğiyle ülkelerindeki siyasi rejimi devirip sosyalist bir rejim kurmak için çok uğraştılar. Bunların bazıları başarılı oldu. Önemli bir grubu başarılı olamadıysa da, bu ülkelerdeki siyasal istikrarı önemli bir şekilde bozdular. Neticede 1980'lerin sonuna gelindiğinde, Marksist teori gözden düştü ve bizzat SSCB'nin kendisi, sosyalist devlet sisteminden vazgeçti. Böylece sosyalist devlet sisteminin kapitalist devlet sistemine nazaran başarısız olduğu ortaya çıktı. 1990'ların hemen başında, gerek SSCB, gerek diğer sosyalist devletlerin ezici bir çoğunluğu, sosyalist devlet sisteminden vazgeçtiler. Böylece Marksist devlet teorisinin yanlışlığı pratikte de teyit edilmiş oldu" (Gözler, 2009: 37).

görüşüne evrildiğinde bile, aslında Hobbesçu ilkeye, “yasanın yaratıcısı gerçek değil otoritedir” önermesine bağlı bir pozitivisttir (Bobbio, 2000: 469). Kelsen’in saf hukuk kuramı, bu bağlamda, Hobbes-Hegel-Jellinek çizgisinin, evrimci kuramla telif edilmesi olarak görülebilir. Kelsen’de devlet, o kadar doğaldır ki, o artık “hukuk”tur (2000: 455-456). Dolayısı ile “hukuk devleti” bir ilke ya da norm değildir, devletin devlet olarak var olma halidir:

Otokratik bir niteliğe sahip olan ve sınırsız bir keyflikle, asgari düzeyde bir hukuk güvenliği bile sunmayan, görece merkezileşmiş bir zorlayıcı düzen de, hukuki bir düzendir. Düzenle kolektivite ayırt edilirse, böyle bir zorlayıcı düzenle kurulan kolektivite de, hukuki bir kolektivite, bir devlettir. (Kelsen, 2000: 456)

Kelsen için, hukuk devleti devletin “öz yükümlülüğü”dür, “devletin bir hukuki düzen olduğu kabul edildikten sonra, her devlet bir hukuk devletidir ve bu hukuk devleti deyimi fazlalıktır” (2000: 450). Kelsen’in saf hukuk kuramı, devleti sosyal kolektivite olarak nitelerken de, Jellinek çizgisine döner ve devletin üç unsurdan oluştuğunu ileri sürer; devletin halkı (*Staatsvolk*), devletin toprağı (*Staatsgebiet*) ve “bağımsız bir devletin hükümetince uygulanan kamusal güç (*Staatsgewalt*)” (2000: 427). *Staatsvolk*, devlete tabi olan insanlardır. *Staatsgebiet*, açıkça sınırlanmış bir alandır. *Staatsgewalt*, hükümetlere devlet iktidarını kullanma olanağı verecek gerçek bir devlet hukuki düzeninin geçerliliğidir (2000: 429). Bu anlamda *Staatsgewalt*, gerçekten de klasik anlamda egemenlik sayılmaz. Kelsen evrimci bir sosyalist olarak, güce değil temel norma öncelik verir ve saf hukuk kuramının “temel normun, zorlayıcı düzenlerin geçerli pozitif hukuk olarak kabul edilmeleri için gerekli mantıksal koşul olduğunu ortaya çıkararak, pozitif hukukun geçerliliği için kategorik değil, koşulsal bir temel sağladığı” (2006: 63) görüşünü benimser. Böylece varılan hukuk=devlet özdeşliğindeki sorun, gücün/zorlayıcı düzenlerin *apriori* toplumsal gerçeklik haline dönüşmesi, devletin nesnel varoluş koşulu olma mertebesine yükselse de hukukun devletin dışında/ ötesinde tasavvur edilememesidir. Kelsen’in saf hukuk kuramı, devleti verili kabul etmekle kalmaz, devleti hukukun ontolojik biçimi/hukukla özdeş ilan ederek, Alman kamu hukuku geleneğindeki devleti aşkınlaştırma çizgisini sürdürür.

Duguit’in çizgisi ise *devlet merkezli* değil, *kamu hizmeti merkezli* bir hukuki yaklaşımı içerir ve *hukuki değil* sosyolojik düşünüş bakımından

pozitivist gelenekten ama özellikle Durkheim'ın işbölümü ve dayanışma sosyolojisinden esinlenir¹¹. Her iki yaklaşım arasında söz konusu olan *sosyolojik düşünme* olduğunda devasa farklardan söz etmek zordur. Ama söz konusu olan *hukuki yaklaşım* olduğunda, Duguit'nin hukuki realizmi, hem Durkheim sosyolojisinden büyük ölçüde farklılaşır hem de Alman geleneğine, dolayısıyla devlet merkezli görüşlere karşı militan sayılabilecek düzeyde bir hukuki-kuramsal kavga geliştirerek, kolaylıkla göz ardı edilemeyecek önemde *gözlemlere* dayanır.

Dönemin düşüncesinde, en başta Auguste Comte olmak üzere, Emile Durkheim, Max Weber, Herbert Spencer ve Marksist köklerden beslenen Karl Kautsky örneğinde olduğu gibi, evrimci bir toplum görüşü hakimdir. Evrimsel toplum kuramı, 19. yüzyılın ortalarında, toplumu, evrimsel biyoloji tarafından kullanılan terimlerle çözümleyerek bir organizma olarak kavramlaştırma üzere ortaya çıkmıştır (Callinicos, 2004: 189). Evrimsel biyoloji de, toplumu bir organizma olarak anlar; bu organizma, "sistemin süre giden varlığı için gerekli olan belirli durumları sağlamakta özel birer rol oynayan birbirine bağımlı parçalardan oluşan örgütlü sistemler" olarak görülür (2004: 189).

Örneğin, Duguit'nin büyük oranda esinlendiği Durkheim için sorun gittikçe daha özerk hale gelen bireyin, nasıl olup da topluma daha da fazla bağlandığıdır. Durkheim, çelişkili görünse de bu iki gelişmenin ilişkili olduğunu düşünür ve "bu görünür zıtlığı çözen şey" in "giderek artan iş bölümünden kaynaklanan toplumsal dayanışmanın dönüşümü" olduğunu ileri sürer (2004: 195). Bu fikir, büyük oranda Comte'un "toplumsal işbirliği" çözümlemesinden (Öktem, 1995: 252) esinlenmiştir. Böylece Durkheim, "bireysel bilincin tamamen kendi dışında olduğu toplumların tarihsel önceliği ve topluluk durumunun bireysel olgularla değil bireysel olguların topluluk durumuyla açıklanması zorunluluğu" fikrine ulaşır (Aron, 1986: 318). Durkheim, bu zorunluluğu, modern toplumlardaki "organik dayanışma" olarak adlandırdığı iş bölümü çözümlemesi ile görünür kılmaya çalışır. Mekanik dayanışma benzerlikten doğar ve daha çok ilkel toplumlarda görülür, iş bölümünün kompleks bir hal aldığı toplumlarda görülen ise organik dayanışmadır (Öktem, 1995: 255).

¹¹ Weber'in sosyolojik görüşlerinin pozitivist ve Marksist iki ayrı değerlendirmesi için bkz. Aron (1986: 481-563) ve Callinicos (2004: 223-269). Keza Durkheim için bkz. Aron (1986: 313-394) ve Callinicos (2004: 189-221).

Amacını “ahlaksal yaşamın olgularına pozitif bilimlerin yöntemleriyle yaklaşmak” olarak tanımlayan Durkheim, iş bölümü temelinde inşa ettiği mekanik ve organik dayanışmacı toplumlar çözümlemesi içinde, “normatif işlevselcilik” diye nitelenen bir toplum görüşü geliştirerek, organik dayanışmaya dayanan modern toplumlarda, “sürekli tekrarlanan çatışmalar ve düzensizliklerin her çeşidinin olduğu ekonomik dünyanın sunduğu acınacak manzara” ya, *anomi* ya da ahlaksal düzenlemenin olmaması durumu adını verir:

Var olan kuvvetleri birlikte tepki vermekten alıkoyan ya da onlara saygı göstermek zorunda oldukları sınırlar koyan bir şey olmadığı için her biri birbiriyle çatışarak, birbirinin önüne geçerek, birbirini zayıflatarak tüm sınırların ötesine geçme eğilimindedirler. (...) İnsanın tutkularını yalnızca saygı duyduğu bir ahlaki varlık sınırlar. Eğer böylesi bir otorite yoksa en güçlüünün yasası hüküm sürer ve ister gizli olsun, ister şiddetli, savaş hali zorunlu olarak bölgeseldir. (Aktaran Callinicos, 2004: 193).

Burada, Durkheim’ın görüşleri Hobbes’a (2004, 2007) yaklaşır. Nitekim Duguit, Durkheim’la “ahlaki otorite” görüşünü paylaşırsa da, bu otoritenin *bir güç ideolojisine dayanması gerektiği* konusunda ayrılmıştır. Duguit, bu ahlaki otoritenin güç ve ideolojisi değil, *hukuk* olduğunu düşünür.

Durkheim’a göre kolektif bilinç, “toplumdaki ortalama bireylerin ortak inanç ve duygularının tümü”dür (Tolan, 1981: 11). Kendine özgü bir yaşamı ve evrimi vardır ve toplumsal niteliği bakımından bireysel bilinçten farklıdır. Devlet de kolektif bilinçle ilgili bir toplumsal olgudur; organik dayanışmadan, toplumsal iş bölümünden kendiliğinden doğar ve kolektif bilinçten görece farklı olarak rasyonel bir kuruluştur (1981: 11; Öktem, 1995: 254). Duguit, Durkheim’ın bu kolektif bilinç kuramını da paylaşmaz; her bilinç tekil bir iradedir ve her tekil irade birbirine eşittir, “kolektif bilinç yoktur, ama farklı bilinçlerin birleşmesi” vardır (1995: 261).

Durkheim, bir devrim karşıtıdır ve bunu gizlemeye de ihtiyaç duymaz. Düşüncesindeki, “eyleme geçen ahlak” vurgusunun Hegel’le ilgisi kurulabileceği gibi, “korporasyonlar” önerisi de daha sonra, liberallere ya da sosyalistlere değil, özellikle İtalyan faşizmine ilham vermiş görünür. Durkheim’a göre, toplumsal sorunun çözümü, bireyler üzerinde otorite uygulamak ve ekonomik hayatı ahlakileştirerek

düzenlemek için eskiden korporasyon adı verilen meslek gruplarının yeniden oluşturulmasında yatar:

Devlet bu işlevi yerine getiremez, çünkü bireylerden çok uzaktadır. Aile çok dar hale gelmiş ve ekonomik rolünü yitirmiştir. Ekonomik etkinlik artık aile dışında oluşmaktadır. Ne devlet ne de aile ekonomik hayatı denetleyebilir. Meslek grupları, yeniden oluşturulan korporasyonlar, bireyle devlet arasında aracı olacaklardır; çünkü disiplini sağlamak için zorunlu olan toplumsal ve ahlaki otoriteye sahiptirler. (Aron, 1986: 371)

Durkheim'in çözümlemesinin, Hegel'de görülen ve daha sonra faşist kuramda özgül bir içerik edinen korporasyonlara olan bu benzerliği, *anomi* olarak nitelediği olgunun temelindeki "ekonomik istikrarsızlık ve toplumsal çatışmayı", Marksist terimlerle olmasa da görmeye yanaşmamasından doğar. Lockwood'un gözlediği gibi, "sınıf ve 'ekonomik yaşam' Durkheim sosyolojisinde neredeyse hiç açıklanmayan kavramlardır" (aktaran Calinicos, 2004: 221). Sonuçta, Durkheim, toplumun normatif entegrasyonuna yönelen tehditlerle o kadar meşguldür ki, toplumsal istikrarı bozduğuna inandığı süreçleri değerlendirmez (2004: 223)¹².

Duguit, sosyolojik çözümleme düzleminde Durkheim'in metodolojisini ve "dinin toplumsal etkisinin çözümlenmesinde" ulaştığı türden tezlerini büyük oranda paylaşır ama bir kamu hukukçusu olarak yaptığı *gözlemler* kamu hukukunda bir devlet merkezci çözümleme karşıtı olarak konumlanmasını doğurur. Bu gözlemler Durkheim'da olduğu gibi, bilimsel metodolojisinin temelidir ve bu bakımdan Duguit ve hukuki realizmi, devleti sosyal bir olgu olarak toplumsal dayanışmaya bağlasa ve tarihsel materyalist olmayan düşünce -ve *tarihsel materyalizmden kaynaklandığını ileri süren her türden evrimci düşünce*- içinde yaygın olduğu üzere *doğal* saysa da, *doğallaştıramaz*. Doğallaştırabildiği kamu hukukudur ve kamu hukukunu normatif işlevselciliği kapsamında olsa da devlet karşısında konumlandırır.

¹² Durkheim, Dreyfus davasında Dreyfus'un yanında yer almıştı ve bu anlamda evrimci ve demokratı. Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet olarak bilinen dönemin resmi ideologlarından. Durkheim'in bir monografisinin yazarı Lukes'in Sorel'den aktardığı üzere, Sorel tarafından "ekonomik ilişkilerde daha fazla adalet getiren, insanların entelektüel ve ahlaki gelişimini destekleyen, sanayinin daha bilimsel yönlerde gelişmesine ön ayak olan muhafazakâr demokrasinin yeni düşüncelerinin" kuramcısı ve "devlet müdahalesi"nden yana biri olarak betimlenmişti (Callinicos, 2004: 212).

Bu konumlandırma ne Hegel'deki gibi bir dolayım ile "sivil toplum" devlete bağlanması sonucunu doğurur ne de bunu -yukarıda aktardığımız korporasyonlar çözümlemesi ile- tekrar eden Durkheimci görüşü yeniden üretir. Aksine Alman geleneği ile mücadele içinde devleti de hukuka bağlayarak bu türden düşüncelerden köktenci bir kopuşu temsil eder.

3. Egemenlik Kuramının ve Özel Hukuk/Kamu Hukuku Ayrımının Duguitçi Eleştirisi:

Bu kopuşun anlaşılabilmesi bakımından egemenlik kuramının ve özel hukuk/kamu hukuku ayrımının Duguitçi eleştirisinden söz etmek gerekir. Egemenlik kuramı, açığa çıktığı ilk evrede, devleti niteleyen kullandığı güce sürekli, devredilemez ve bölünemez şekilde sahip bir egemen olduğunu ileri sürer; liberal katkıyı içerip aştığı ikinci evrede ise, sorun bu gücün keyfi değil, rızaya dayanan ve meşru olup olmadığıdır. Bu sorunda, egemenlik kuramının ilk evresinde açığa çıkan ve kuramın başat yönü olarak kalmayı hep başaran egemenlik sahibi devlet görüşü, gücün kendi meşruluğunu kendinden aldığı anda, egemenliğin sınırlanamayacağına ısrar eder. Yine de, devletin kökleri tartışmasında başvurduğu sözleşme -bireylerin egemene terk etme yoluyla ya da egemenle sözleşme yapma yoluyla egemene baştan gösterdikleri *kolektif* rıza- varsayımı bir açık kapı bırakmış ve buradan, kuramın bir madalyonun iki yüzünden ikincisi gibi parçası olan egemenin sınırları tartışması doğmuştur. Ancak, her iki halde de, metafizik bir konumdan konuşmaya devam edilir (Duguit, 1954: 54 vd.; 2000: 379-402).

Duguit'nin, egemenlik kuramını başka deyişle, Machiavelli-Bodin-Hobbes-Rousseau¹³ çizgisini kapitalist toplumsal formasyonların siyasal ve hukuksal yapıları -ulus-devletler- içinde uygulanabilir kılarak klasikleştirilen yaklaşımı çözümlemesi, öncelikle tezahür ettiği modern biçimiyle "ulusal egemenlik kuramı"nın eleştirisidir. Çünkü modern toplumda var olan, gözlenebilir olan budur. Duguit'nin *Kamu Hukuku Dersleri* yanında "Egemenlik ve Özgürlük" başlığı altında toplanan kısa ders notlarında da vurgulandığı gibi, kamu hukuku ve özel

¹³ Bkz. Machiavelli (1997, 2009), Bodin (1992), Hobbes (2004, 2007), Rousseau (2006) ve Skinner (1965, 2000).

hukuk ayrımını düşünmeyi de sağlayan egemenlik kuramının “temeli pek çürük”tür (2000: 381).

Duguit’ye göre, kamusal güçle egemenliği birbirinden ayıran ve egemenlikle kamusal gücün yalnızca bir vasfını ifade eden, özellikle Alman yazarların terminolojisi reddedilmelidir. Egemenlik, kamusal güç, devlet gücü, siyasal otorite gibi deyimler eş anlamlıdır ve egemenlik sözcüğü bunların hepsini karşılayan en kullanışlı kavramdır¹⁴ (2000: 379). Egemenlik kuramı, 1789’da gelişiminin en sağlam mantık yasalarına uygun olarak inşa edilmiş son aşamasına ulaşmıştır. Temellerinde, Roma imparatorluk döneminin anısı, feodal senyörlük kurumu, dominium, yani aynı zamanda hem Roma kökenli hem de feodal olan mülkiyet kuramı, 13. yüzyılın teolojik öğretileri, 15. yüzyılın ikinci yarısında Protestan düşünürlerin kuramları ve son olarak da, 18. yüzyıl ansiklopedistlerinin ve filozoflarının öğretileri yer alır. Duguit’ye göre tüm öğretinin temel noktası, “egemenliğin bir irade olduğu”dur. Buradaki irade kavramı psikolojik niteliğe sahiptir. Bu nitelik, iradenin özne bağımlı bir eylem sürecinin ilk nedeni olmasıdır (2000: 382; 1954: 62).

Buna göre, egemenlik, kendinden başka hiçbir şey tarafından belirlenmemek gibi, kendine ve yalnızca kendine özgü bir niteliği olan iradedir. Yetkisini kendinden alan, yani eylem alanını, ne yapabileceğini, ne yapması gerektiğini, ne yapamayacağını, ne yapmaması gerektiğini kendisi belirleyen, kısacası, yalnızca kendisi tarafından belirlenen bir iradedir. Buradan da, anayasa hukuku ders kitaplarında klasikleşmiş şu tanıma ulaşılır: “Yönlendirdiği ilişkiler açısından, tabiatı gereği, kendisine üstün ya da rakip herhangi bir gücü tanımayan otoriteye egemenlik denir”¹⁵ (2000: 384). Egemenliğin bu niteliğinden çıkan bir

¹⁴ Bu eleştiri, bugün egemenlik kavramını, otorite, siyasal iktidar vd. kavramlarla ya da “yeni toplumsal sözleşme” kuramlarıyla, örneğin bkz. Rawls (2007), ikame etmeye çalışan Amerikan siyaset bilimi ve kamu hukuku içinde güncellenebilir.

¹⁵ Duguit, bu tanımları Profesör Esmein’in *Anayasa Hukuku İncelemesi* adlı yapıtımdan aktarıyor (2000: 384). Türk hukuk fakültelerinin *Anayasa Hukuku* (Teziç, 1998) ya da *Türk Anayasa Hukuku* (Özbudun, 2000) gibi ders kitaplarında da benzer tanımlar vardır. Örneğin, “Egemenlik öncelikle dış egemenlik ve iç egemenlik olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. ‘Dış egemenlik (*souveraineté extérieure, external aspect of sovereignty*)’, uluslararası ilişkiler alanında söz konusudur. Dış egemenlikten, kısaca, bir devletin diğer devletlerden daha aşağı konumda olmaması, başka devletlere tâbi bulunmaması ve dış ilişkilerde diğer devletlerle eşit olması anlaşılır. (...) ‘İç egemenlik (*souveraineté intérieure, internal aspect of sovereignty*)’, devletin kendi ülkesi içinde söz konusu olan egemenliğidir. İç egemenlik de kendi

başka sonuç, egemenliğin birliği ve bölünmezliğidir. Bodin'in *Devletin Altı Kitabı*'ndan süzülerek 1791 Fransız Anayasası'nın üçüncü faslındaki birinci maddeye yerleşen önerme: "Egemenlik bir, bölünmez ve devredilemezdir" (2000: 385).

Duguit iradenin özne bağımlı olduğunu açıkladıktan sonra, ulus ile egemenlik arasındaki var olduğuna inanılan ilişkiyi çözümlerken, egemen iradenin öznesinin kuramda ulus olarak belirlendiğini ve ulusun burada bir kişi özne olarak düşünüldüğünü vurgular. Zira irade, kendisinden doğduğu bir kişi gereksinir ve bu da egemenlik söz konusu olduğunda ulus olacaktır. Böylece kuramda, ulus bir kişi/özne olarak düşünülür. Duguit, bu yaklaşımı feodal iktidarların iktidarın kaynağını Tanrı'ya havale eden açıklamasıyla eşitler ve aynı ölçüde metafizik olduğunu ileri sürer. Tek tek bireylerin toplamından farklı olan ve egemenliğe sahip bir ulus kişi varsayımı, "kralın tanrısal hakkı yerine halkın tanrısal hakkını oturtur", bu da, "teokratik öğretinin ulusal egemenlik öğretisi üzerine doğrudan bir etkisi olduğunu" gösterir (2000: 391).

Rousseau'yu eleştiren Duguit'ye göre, genel irade mevcut olsa bile bunun bireysel iradelere üstün olduğunu kanıtlayan bir açıklama yoktur. Genel de olsa o bir insan iradesidir ve Tanrı tarafından genelde egemenlik verildiği kanıtlanmadıkça, onun egemen olduğu ileri sürülemez. Halkın egemen olduğunu ileri sürmekle sadece bir inanış belirtilir. Bu inanış Tanrı'nın krala egemenlik bağışladığına inanmaya benzer. Bu yüzden, "Millet egemenliği doktrini kralın ilâhi hakkı yerine milletin ilâhi hakkını geçirmekten başka bir şey yapmamıştır" diyenler yerden göğe kadar haklıdır (1954: 65).

Duguit, sonuç olarak, ulusun kişi özne olarak tasarlanmasının kuramsal olarak tutarsız ve yanlış olduğu kanaatine varır. Rousseau'nun, ister ulusun iradesi kişinin iradesini de temsil ettiğinden genel irade aynı zamanda bireyin de iradesidir biçimindeki isterse de, egemenlik ulusa aittir çünkü birey, bu egemenliğe tabiyken, yine de özgür kalır biçimindeki akıl yürütmeleri sofizmdir, hiçbir şey kanıtlamaz (2000: 393-394; 1954: 62-65).

içinde iki değişik anlamda kullanılmaktadır. Birinci anlamda 'egemenlik', devleti iktidarının kendisini, yani içeriğini ifade eder. İkinci anlamda ise 'egemenlik' terimi, devlet iktidarının kendisini değil, bu iktidarın en üstün olma, sınırsız olma, bölünmez ve devredilmez olması gibi birtakım niteliklerini belirtir" (Gözler, 2009: 79 ve 81).

Duguit'ye göre, "egemenlik kavramı her şeyi izah etmekten çok uzaktır, teorik olarak kabulü mümkün değildir, pratik olarak ta gide-
rilemez açmazlara çarpmaktadır ve iç kamu hukuku ile bilhassa dev-
letler kamu hukukunun gelişmesine engel olmak gibi vahim sonuçlar
doğurmaktadır" (1954: 56)¹⁶. Egemenlik kuramında, sözleşme kura-
mı doğru kabul edilse bile, ilk olarak, egemenliğin emreden bir irade
gücü olduğu varsayılır ki, bu "devletle uyrukları arasındaki sözleşme
hükümlerinin mecburi karakterde olduğunu kabul etmeye elverişli
değildir. Taraflar eşit olmadıklarına göre, hakiki bir sözleşme, devle-
te yerine getirilmesi mecburi borçlar yükleyen sözleşme imkânsızdır"
(1954: 57).

Egemenlik kuramında, ikinci olarak, Almanların -Hegel'in- sko-
lastik formülüyle, egemenliğin kendi kendini belirten bir irade oldu-
ğu, yani kendi hareket sahasını ve amacını kendi belirleyen bir irade
olduğu, dışarıdan belirlenen bir amaçla sınırlanması mümkün olma-
yan bir irade olduğu, "kendi yetkisinin yetkisini taşıdığı" varsayılır
ki, böyle anlaşılan egemenlik devlete ait olursa devlete üstün hiçbir
kuvvet devletin hareketini sınırlayamaz. Böylece devlet üstün bir hu-
kuk kuralı ile bağlanamayacağından, bunun sonucunda kamu hukuku
olamaz. Duguit, "böyle bir sonuç karşısında ne kadar şiddetle protesto
etsek azdır" kanısındadır (1954: 58).

Egemen gücün tek olduğuna dair diğer varsayım, federal devleti
açıklayamaz. Keza, kuvvetler ayrılığı ile de egemenliğin bölünmezliği
çelişir¹⁷. Son olarak da, egemenliğe atfedilen beşinci nitelik, egemen-
liğin devredilememesi ve zaman aşımına uğramaması, temsile dayalı
modern parlamenter rejimleri açıklayamaz¹⁸.

¹⁶ Bana göre, burada Duguit, iç kamu hukuku ile aynı zamanda sosyal dayanışmayı ve dış kamu hukuku ile de aynı zamanda evrensel barışı anlar. Lenin için de devlet, sınıf sömürüsünü olanaklı kılan baskı aygıtı ve emperyalist savaşların aracıdır (1999).

¹⁷ "Bu kuvvetlerin ayrılması ile egemenliğin bölünmezliği nasıl uzlaştırılabilmiştir? Egemenlik bir ve bölünmez olmakla beraber yürütme kuvveti, yasama kuvveti, yargı kuvveti adlarıyla hepsi de egemen ve bağımsız üç kuvvet mevcut olur? Bu sorguya cevap olarak, bu işte, Hıristiyan dinindeki üçlük (*trinite*) sırrı gibi bir hukukî sır mevcut olduğunu ileri sürmekten başka bir şey söyleyemediler" (Duguit, 1954: 59).

¹⁸ "Bir takım egemenlik teorikleri, J. J. Rousseau'ya uyararak, egemenlik temlik edilemediğine göre temsil de edilemez neticesine varmışlardır. 'Politik temsil süresince egemenlik, asıl hak sahibinden temsilcilere geçmiş sayılır ve böylece bir müddet için egemenlik temlik edilmiş olur; bu ise imkânsızdır" (Duguit, 1954: 59).

Ulusal egemenlik kuramının demokratik bir kuram olduğunun ileri sürülmesine karşı da, “millet egemenliği konusunda söylediklerim ve yazdıklarım dolayısıyla biliyorsunuz” der Duguit, “ben, millet egemenliğinin varlığını bilimsel olarak inkar ederim”:

Fakat, buna rağmen ben demokratım; kendimi pek demokrat biliyorum, hatta umumi toplantılarda şatafatlı bir surette millet egemenliği prensibini ilan edenlerden daha demokratım. *Ben demokratım, çünkü her memlekette, kamu işlerinin yönetiminde bütün vatandaşların eşit pay sahibi olmalarının arzuya şayan, ne kadar mümkünse o kadar arzuya şayan olduğu düşüncesindeyim*; ben hatta kadınlara da seçim hakkı verilmesini inanarak savunanlardanım. Bundan dolayı ateşli bir demokratım diyebilirim. Fakat bu benim gerçeği olduğu gibi görmeme ve bilimsel olarak millet egemenliği kavramının hiç bir gerçeğe uymadığını söylememe engel olmaz. (abç, 1954: 62-63)

Duguit’ye göre, yapay da olsa, egemenlik doktrini, “pratikte hayırlı sonuçlar yaratsa ve modern dünyanın politik olaylarını açıklayabilse, belki savunulabilir ama gerçeklik tam tersinedir. Egemenlik teorisi, her çeşit imkânsızlıklara çarpmakta olduğundan kabul edilemez ve şiddetle reddedilmelidir. Ayrıca, bu teori uğursuz sonuçlara vardığından kesin olarak mahkum edilmelidir” (1954: 62). Duguit’in vardığı sonuç şudur:

1. Emreden kudretin sübjektif hakkı olarak, ancak ve yalnız kendi kendini belirten bir iradenin kuvveti olarak egemenlik mevcut değildir. 2. Egemenlik mevcut olsaydı sahibi bulunamayacaktı. Çünkü egemenlik ne prence, ne bir kişi gibi sayılan millete, ne de kişileştirilen devlete izafe edilemez. Millete bile izafe edilemez, çünkü bu fert çokluğunun iradesiyle azınlığa hükmetmesi demek olur ve bunun niçin öyle olduğunu anlamak mümkün değildir. (1954: 70)

Rousseau’ya göre, insan ancak kayıtsız şartsız genel iradeye, gerçekte çoğunluğun iradesine boyun eğdiğinde özgür olabilir. Duguit, kuvvet-devlet teorisinin, Alman hukukçularının çoğu tarafından öğretilildiğini, hukukçu Gerber tarafından 1880’lerde ortaya atılan bu doktrinin, 20. yüzyıl başında Jellinek tarafından ele alınarak geliştirildiğini ve bu profesörün etkisi altında Alman bilimi tarafından benimsediğini belirttiikten sonra; bu doktrine göre egemenliğin kaynağının ne prens ne ulus ama bizzat devlet olduğunu şöyle açıklar:

Filozofların dediği gibi devlet vazediliyor, yani apriori olarak devletin varlığı ve kişiliği kabul ediliyor ve devlet devlet olduğu için egemenlik sahibidir deniliyor. Millete gelince, bu doktrinde millet devletin ancak bir organıdır, tıpkı parlamento gibi. Millet seçmek için bir organdır, parlamento yasamak için bir organdır. Böyle bir doktrinin ulaştığı neticeler kolayca görülüyor. Eğer millet devletin sadece bir organı ise, devlet milletin görevini ve haklarını istediği gibi düzenler ve sınırlar. (1954: 61)

İnkâr edilemezdi ki, “Rousseau’nun düşünceleri Hegel’e politik felsefesini ilham etmiş¹⁹ ve zamanın *Alman hukukçuları Hegel’in felsefesinden çıkardıkları kuvvet doktrini ile içeride mutlakiyet, dışarıda saldırganlık şeklinde tecelli eden Alman politikacısına ilham vermişlerdi*” (abç, 1954: 66).

Sonuç olarak, Duguit’ye göre, “egemenlik mevcut değildir; mevcut olan egemenliğe olan inançtır. Bu inancın ardında bir şey yoktur, hiçbir zaman da hiçbir şey olmamıştır”. Bu inanç tehlikelidir ve bunun için yıkılmasını tamamlamalıdır. Hükümet edenlerin²⁰ emretme hakları yoktur ama *kamu hizmetlerini yürütme, örgütleme, düzenleme görevleri* vardır. Kamu hizmeti görevi, hükümet edenlerin yetkilerini aynı zamanda hem kurar, hem de sınırlar. “Devlet egemenliği inancını yıkmaya çalışma ödevinde olmamızın sebebi” diye söyler öğrencilerine Duguit, “bu inançla kamu hukukunu kurmanın mutlak surette imkânsız olmasından doğar” (1954: 67).

Duguit’nin hukuki realizmi, yukarıda belirttiğim gibi, Durkheim’dan etkilenmiştir ve sosyal dayanışma kavramına dayanır ve bu çerçevede bir gerçeklik olarak devleti, yok olması gereken bir organizasyon olarak değil, meşru bir otorite olarak görür. Ama insan topluluklarının yaşaması için gerekli olan bu otorite, sözüm ona sübjektif hukuk üzerine kurulamaz, başka deyişle Hegelci formülün aksine ne *hakkın* kaynağıdır ne de *egemendir*. Hukuki bir gerçeklik olarak

¹⁹ Duguit, Alman kamu hukuku düşüncesinin köklerinde yer aldığından ötürü, ironik bir şekilde Rousseau’nun, güzel bir Fransızca ile yazmış ise de Fransız olmadığını, Cenevrelî bir Kalvinist olduğunu, bu durumun politik zihniyetinin anlaşılmasını kolaylaştırdığını vurgulayarak, “bu ulusal egemenlik kuramına dayanan Fransız geleneğinden daha kötücül bir kuvvet-devlet kuramı geliştirdi” diye yazar (1954: 66).

²⁰ Özellikle hükümdar, egemen, yöneten vb. bir kavram kullanılmamıştır. Hükümet de kamu hizmeti organizasyonlarından biridir. Hükümet eden de sadece ve sadece bu örgütlenmede görev alan biridir; diğer herhangi biri gibi.

devletin meşruluğu, yalnız ve yalnız topluluk halinde yaşayan insanlara düşen ödev üzerine kurulabilir. Böylece Duguit, hukuki realizmi içinde metafizik devlet anlayışını ve egemenlik teorisini yıktığında, yerine, *kamu hizmeti organizasyonu olarak devlet görüşünü* koyar: Bütün iradeler bireyseldir, hepsinin değeri aynıdır; irade hiyerarşisi yoktur. Özne bakımından her iradenin değeri aynıdır. İradelerin değeri ancak yöneldikleri maksada göre belirtilebilir, “idare edenlerin iradesi bu sıfatla hiç bir kuvveti haiz değildir; fakat bir kamu hizmetinin teşkilatlanması ve işlemesi maksadına yöneldiği ölçüde değer ve kuvvet kazanır” (1954: 76). Böylece kamu hizmeti kavramı egemenlik kavramının yerine geçmiş bulunmaktadır: *Devlet artık emreden bir egemen kudret değildir; ellerinde tuttıkları kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla ödevli bir takım bireylerdir. Kamu hukukunun temel kavramı kamu hizmeti kavramıdır* (1954: 76).

Nitekim Duguit, kamu hukukunun inceleme nesnesinin daraltılmasına, “münhasıran” da kamu hukuku ile özel hukuk arasında yapılan ayrıma karşı çıkar. Yukarıda aktardığım gibi, kamu hukukunun ampirik olarak devletle ilgili olduğunu kabul eder ama hukuk, kamu hukuku ve özel hukuk diye ayrılmaz; olsa olsa objektif hukuk (*yasa, law*) ve subjektif hukuk (*hak, right*) diye ayrılabilir; kaldı ki, bu ikincisi de yanlıştır (1954: 16). Bu çok önemlidir, çünkü, kamu hukuku ve özel hukuk olarak yapılan ayırım, “aslında Almanlardan gelmiş” ve “bir çoğu gizli amaç güden” bu hukukçuların, “kamu hukukunu özel hukukun zıddı olarak belirtmekte, *devletin kendi taahhütleriyle borçlu tutulamayacağını savunmak için hukuki görünüşte bir dayanak bulmaktan başka bir amaçları olmamıştır*” (abc, 1954: 16-17).

Kapitalizmde kamusal olanla özel olanın ayrılması, devletin egemenlik ideolojisi içinde kurulan fetiş karakterinin bir biçimidir. Bu yüzden Duguit’in bu itirazı, kamu hukukunu devlete karşı düşünebilmek için esaslı bir başlangıç noktasıdır. Duguit’in eleştirdiği, bugün de Türkiye kamu hukuku kürsülerinde kabul gören yaklaşım ise, kamu hukukunu devletle, özel hukuku ise kişilerle ilişkilendirerek, “kamu hukuku, devletle, özel hukuk ise kişi ile ilgili hukuk kural ve kurumlarını inceleyen ve açıklamaya çalışan hukuk dallarıdır” diyerek disiplinleri ayırır (Zabunoğlu, 1973: 28).

Bu, Jellinek’ten kaynaklanan yaklaşım, köklerini Roma’ya götürecek, kamu hukuku ile özel hukukun içeriğinin üç nedenle ayrıştığını

ileri sürer. İlk olarak, kamu hukukunun geçerli ilkesi, kamu yararı ile sınırlı egemenliktir, özel hukukta ise irade özgürlüğü ve sözleşme serbestliği ilkeleri egemendir (1978: 28). İkinci olarak, iki hukuk alanındaki hak sahipleri de ayrıdır. Kamu hukuku alanında hak sahibi genellikle, en üstün iradeye ve kudrete yani egemenliğe sahip olan, Devlet ile, Devlet kudretinin belirli parçacıklarını kullanmaya yetkili kılınan diğer kamu hukuku tüzel kişileridir. Ayrıca, her iki hukuk alanında hak sahibi olanların buldukları durumun ortaya koyduğu düzeyin de ayrı olduğu kabul edilmektedir:

Gerçekten, genellikle özel hukukta hak sahipleri, hukuk bakımından eşit iradelere sahip gerçek ya da tüzel kişilerdir; bunların iradelerinin genellikle, bir altlık-üstlük ilkesi içinde görülmesine imkân yoktur: Bunların iradelerinin genellikle hukuk bakımından eşit olduğu kabul edilir.

Kamu hukukunda ise, üstün Devlet kudretine sahip yani egemen olan Devlet karşısında bireylerin hak sahibi olarak görülmelerinin sınırlılığı bir yana, bireylerin iradeleri ile Devlet'in iradesinin aynı hukuksal düzeyde bulunmadığı, Devlet kudretine sahip iradenin emir ve komuta etmek durumunda ve yerinde bulunduğu, hatta bu yetkiye sahip olma bakımından Devlet'in bir nevi tekel durumundan yararlandığı, bireylerin ise genellikle Devlet iradesinin emirlere uymak, onun gereğini yapmak durumunda ve zorunda oldukları kabul edilmektedir; bunun doğal sonucu ise, Kamu Hukuku alanında birey iradelerinin, hukuki bakımdan, Devlet'inkine bakarak daha alt bir düzeyde bulunduğu kabulüdür. (1973: 29)

Duguit'nin sözünü ettiği gizli amacın *hukuki politik ideoloji içinde* iyi bir temsili olduğundan ötürü tümüyle aktardığım bu uzun pasaj, hukuktaki kamu ve özel ayrılığının kişilerin özel çıkarlarını devlete karşı savunmak için değil, aksine devleti egemenlik kuramı içindeki fetiş karakteriyle hukuki kişilik sahibi olarak düşünmek için geliştirildiğini açıkça gösterir. Bu aynı konum Kelsen'in saf hukuk kuramında da, devlet hukuk tüzel kişisi sayılarak temsil ve tekrar edilir (2000: 429-450). Bunun sonucu ve üçüncü olarak, her iki hukuk alanındaki çıkarlar farklıdır; kamu hukukunda "doğrudan doğruya sosyal ve genel menfaatlerin düzenlenmesi ile karşılaşıldığı halde, özel hukukta özel ve kişisel yararların düzenlenmesi söz konusu" dur (1973: 29).

*Kamu Hukuku Dersleri'*nde Duguit, gündelik hukuk pratikleri içinde objektif hukukun kural, subjektif hukukun yetki olarak da düşünülebileceğini açıkladıktan sonra; ancak devletin koyduğu kuralın hukuk kuralı olarak kabul edilebileceğine dair, Feydel'in "Devletin üstünde bir hukuk olmadığı, Devletle paralel bir hukuk olmadığı, hukukun Devlet tarafından tedvin edildiği prensibi söz götürmez" diye ifade ettiği Alman görüşünü sert bir üslupla eleştirir:

Şiddetle protesto eder ve Devletsiz ve Devletin üstünde de hukuk olduğunu beyan eylerim. Hukuk kuralının ancak Devlet tarafından ihdas edilebileceği ve Devletin mutlak kudreti olduğu pratikte kabul edilemez. Pozitif kanunların dışında ve üstünde de hukuk kuralları vardır.(1954: 18)

Duguit, objektif hukukla, bir ülkede pozitif olarak vazedilmiş kanunların ötesinde bir normdan ve bir yapıcı kuraldan oluşan hukuk kurallarını kast eder. Örneğin, medeni hukuk profesörleri dehşete düşseler de, Napolyon'un vazettiği Medeni Kanun 2281 maddesine rağmen, gerçekte üç norm içerir: İlki, özel mülkiyete saygı emreden kural, ikincisi, sözleşmelerin geçerli olduğunu belirten kural ve üçüncüsü ise, haksız fiil sorumluluğundan doğan kurallardır. Gerisi, bu normların somut durumlara uygulanması için geliştirilmiş, devlet ajanlarına ve özel olarak yargıçlara hitap eden yapıcı hükümlerdir. Subjektif hukuk (hukuk düzeninin sağladığı hak) kavramı ise, irade temelli metafizik bir görüştür. Subjektif hukuk yoktur, objektif hukukunun yarattığı objektif ve subjektif durumlar vardır (1954: 25-27).

Duguit'nin realist hukuk görüşü içinde, subjektif hukuk/*hak*, irade temelli metafizik bir yaklaşım yerine, birlikte yaşayan insanların birlikte yaşama koşullarının yarattığı objektif bir duruma dönüşmüş olur. Bu durumda, Kapani'nin belirlediği kapsamda *kamu hürriyetlerinden* söz ettiği de söylenemez. Kapani'ye göre, kamu hürriyetleri, "insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş" kısmını ifade eder (1993: 14). Bu biçimiyle de objektif hukukun bir parçasıdır. Duguit'ye göre ise;

Hukuk yalnız fertleri değil, Devleti de bağlamalıdır; yalnız Devletin şu veya bu organını değil, Devletin kendisini de bağlamalıdır, yoksa kamu hukuku ortadan kalkar ve keyfilikle, istibdatla karşılaşılır. Bundan dolayı, düzgüsel (normatif) kanunlar,

fertilere, Devlete ve ajanlarına hitap eder, ancak yapıcı kanunlar yalnız kamusal ajanlara hitap eder.(1954: 27)

Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri'*nde, devlet hakkındaki ve devlet merkezli metafizik görüşleri eleştirdikten sonra, liberal ve sosyalist görüşleri de tartışarak öğrencilerine, bu görüşlerden birini benimseyebileceklerini “elverir ki Devletten ayrı olarak, Devletin üstünde ve Devlet üzerinde de hüküm süren bir objektif hukukun varlığını kabul ediniz” sözleriyle aktarır (1954: 20).

Duguit, bu görüşüyle, bir yandan, liberal gelenek içinde, doğal hukuk yaklaşımını yeniden üretmiş *gibi*, öte yandan ise, Marksist eleştiri içinde, Poulantzas'ın hukuki politik ideoloji diye andığı konuma çekilmiş *gibi* görünür. Gerçekten de, Duguit, pozitif hukukun kaynağını ya da nedenini açıklayamadığı her an, doğal hukuk kuramcılarına benzer bir aşkınlık içinde pozitif hukuktan söz ediyor sayılabilir (Öktem, 1995: 261). Bana göre ise tam da buradan, tarihsel materyalist çözümlemenin *adalet* fikrinin maddeci edinimine bir köprü kurulabilir.

Poulantzas'a göre, en tipik örneğini Kelsen'in saf hukuk kuramında bulan hukuki politik ideoloji, kapitalist toplumların ideolojik topluluğuna hakimdir ve diğer ideolojik söylem biçimlerine de nüfuz eder (Jessop, 2008: 95). Gerçekten de, kapitalist devletin “işleyişi için gerekli ulus-halk matrisinin yanı sıra sermaye birikimi için geçerli ideolojik bireyleşme matrisini” (2008: 95) hukuki politik ideolojinin gerçekleştirdiği söylenebilir. Sadece Jellinek ve Kelsen için değil, genel olarak hukuk alanında bu niteleme birebir karşılık kazanır.

Benzer şekilde, duraksamaksızın, Duguit'nin, Durkheim örneğindeki gibi kapitalist üretim tarzını ve genel olarak sınıf mücadelesini çözümlemesine konu etmeyerek hukuki politik ideoloji içinde kaldığı da kolaylıkla ileri sürülebilir. Bana göre ise bu durumda dahi, Duguit'nin geliştirdiği kamu hukuku kuramı, *hukuki politik ideolojinin ana akımından, başka deyişle egemenlik kuramı olarak güç ideolojisinden tümüyle koparak, kamu hukuku disiplini içinde çok önemli bir alternatif yol açmayı sürdürür*. Bu yolun, devlete karşı kamu hukukunu düşünürken, devletin baskı aygıtı ile kamu hizmeti örgütlenmesi aygıtını sert biçimde ayıran *Devlet ve Devrim'*deki (1999) argümana bağlanabilmesi, bu yüzden çok da şaşırtıcı değildir²¹. Bu makaleye, *başlangıç noktası* oluşturan da bu-

²¹ Bunun vurgulanmasının nedeni, Duguit'nin Bolşevikliğe hiçbir sempati besleme-

dur. Duguit'nin maddeci gözlemleri üzerine kurduğu devlet görüşü, *devletin sönmülmesi* tezi üzerine kurulan tarihsel materyalist devlet görüşü için bir dizi geçiş programı talebi bakımından olanaklar yaratmakla kalmaz, bizzat hukukun kendisini de devlete karşı bir mücadele alanı olarak yeniden düşünmeyi kışkırtır²².

4. Devlete Karşı Komünist Hipotez

Komünizmin ne olduğu üzerine elbette genel bir uzlaşma yoktur ve bu tür kavramlar için olmasını beklemek de hayal olur. *Komünist Manifesto*'nun yayınlanmasından beri, geride bıraktığımız 165 yıl içinde, Marksizmden köklendiğini ileri süren akımlar arasında da, önemli yaklaşım farklılıkları oluşmuştur. Komünist hipotezden, Alan Badiou'nun kast ettiği anlamda soyut bir Komünist İdea'nın (Badiou, 2011) anlaşılması gerektiğini, özel çıkara ve kara dayalı kapitalist düzeni değiştirme olasılığında söz edilmekte ise de, bu olasılığın demokrasi ve komünizm karşıtlığı içinde kurulmadığını vurgulamak gerekir. Aksine, komünizm, gerçek demokrasiye yönelen bir harekettir (Mısır, 2001).

Sorunun somutluğu içinde görünebilmesini, önceki bölümlerde Duguit'den öğrendiklerimizin özeti sağlayabilir: Duguit'ye göre, varlığı iddia edilen egemen kuvvet yoktur, kamusal ajanın iradesi, bütün başka iradeler gibi, bir insan iradesidir (1954: 43). Bu kamusal ajanın iradesinin yetkilendirilmesinin/ hukukça yetki sahibi kılınmasının yegane nedeni kamu hizmeti işlevini yerine getirmesidir. Kamu hizmetleri, toplumsal yaşam için, sürekli gerçekleşmesi gerekli olan faaliyetlerdir. Böylece idare edenlerin görevleri, kamu hizmetlerinin işlemlerini sürekli olarak sağlama borcuyla özetlenebilir (1954: 75).

mesidir: "Ulusal egemenlik dogmasına inanç bugün artık düşüşe geçmiştir. Belki de günümüzün gençleri, onun bütünüyle ortadan kalktığını görecekler. Ama onun yerini bir başkasının almayacağını umma cesareti gösteremiyorum. Belki de, herhangi bir Bolşevik din, kuşkusuz ulusal egemenlik dogmasından daha az verimli ve daha az insani bir biçimde, bu yeri dolduracaktır" (2000: 395).

²² Burada sözünü ettiğim tarihsel materyalist görüş, Marx'ın eserlerinde ve özel olarak da Lenin'in *Devlet ve Devrim*'inde (1999) temsil edilen *devletin sönmülmesi* tezidir. Lenin başka bir çok eserinde de bu tezi savunmuş ve Ekim Devrimi'nden sonra, geçiş devleti içinde kimi kamusal organizasyonlardan vazgeçmek gerekmediği yaklaşımını savunsa da *devletin sönmülmesi* görüşünden hiç kopmamıştır. Eleştirel olduğu kadar haktanır, nesnel bir değerlendirme için bkz. Libman (1990: 241-268; 1992: 13-101)

Bütün iradeler bireyseldir ve iradeler arasında hiyerarşi yoktur. Özne bakımından her iradenin değeri aynıdır. İradelerin değeri ancak yöneldikleri amaca göre belirtilebilir. İdare edenin iradesi bu sıfatla hiçbir güce sahip değildir; fakat bir kamu hizmetinin örgütlenmesi ve işlenmesi amacına yöneldiği ölçüde değer ve kuvvet kazanır. Böylece kamu hizmeti kavramı egemenlik kavramının yerine geçmiş bulunmaktadır. *Devlet artık egemen bir güç değildir; ellerinde tuttıkları kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla ödevli bir takım bireylerdir. Sonuç olarak, kamu hizmeti kavramı egemenliğin yerine geçtiği için kamu hukukunun temel kavramı olmaktadır.* (1954: 76)

Kararcı Alman düşüncesinin aşkın devletçiliğinden Duguit'nin yalın kamu hizmeti merkezli kamu hukuku teorisine döndüğümüzde, kamu hizmetinin hangi perspektif/ ilke içinde tanımlanabileceği sorunu belirir ve bu sorun, dikkatimizi Marksist kuramdaki -gücün toplumsal edinimine odaklanan ve çoğu devleti doğallaştırmaya varan- sofistike hukuk tartışmalarının yerine, Duguit'nin kuramındaki toplumun kuruluşu için gereken yalın ilkeye çevirmemizi doğurur. Bir pozitivist ve Durkheim izleyicisi olarak Duguit, kamu hizmetinin temel ilkesinin "sosyal dayanışma" olduğunu düşünmüştür. Kamu hizmetinin sınırlarını sosyal dayanışma belirler; bu yüzden, kararcı Alman düşüncesinde aşkın devlete itaatin temel gerekçesi olan "huzur, güven ve düzeni" sağlamak da Duguitci perspektiften kamu hizmetlerinden sayılır.

Burjuva toplumunda iş bölümünün ve bir tür dayanışmanın var olduğu tartışma dışıdır. Ancak bu, kapitalist toplum ve kapitalist devletin, sınıflar mücadelesi içinde şekillendiği gerçeğini değiştirmez. Bu perspektiften bakıldığında; kamu hizmetinin temel ilkesi, sosyal dayanışma olarak belirlendiğinde de Duguitci yaklaşım içinde bile kamu hizmetinin gerçek içeriğine ulaşmak, bu gerçek içerik Duguit'ye göre de, "iradelerin eşitliğini" esas aldığından ötürü mümkün olmaz. Çünkü, "huzur, güven ve adalet" esasen özel mülkiyetin korunmasına ve Duguit'nin kamu hizmeti dışında hiçbir şeye dayanamayacağı kanaatine vardığı kamusal ajanlar topluluğu olarak devletin bir sınıf hakimiyetini tesis etmesine yönelir. Somutta kapitalist devlette kamu hizmetleri, Duguitci anlamda bile iradelerin eşitliğini sağlayamaz. Kapitalist devletin gördüğü entegrasyon işlevi kapsamında yürür (Mandel, 2008).

Ama bu Duguit'den, *kamusal ajanların üstün bir iradeye dayanmadığını ve dayanamayacağını, yetkilerini de kamu hizmetinden aldıkları önermesini devraltmamızın önünde engel değildir. Şu halde, kamu hizmetinin başka bir temel ilke ile tanımlanması gerekir. Bu makalede kamu hizmetinin temel ilkesinin, komünizm olduğu ileri sürülecektir.*

Elbette şu kayıtlarla: Bugün bir çorak tarlaya dönüştüğü ileri sürülen komünizmin büyük mirası, devletler tarihsel olarak aşılmadıkça “gerçek demokrasi” olanak hanesine yazılamayacağından, bize demokrasiyi devlet karşısında düşünme olanağı sağlayan büyük devrimci gelenek olmaksızın yeniden “insanlığın tarihsel özgürleşmesi”ne hizmet eden verimli bir fideliğe yataklık edemez. Bu devrimci demokratik hareket, Guérin'in (1986) gösterdiği gibi salt burjuvaziye ait değildir; 1789'da “toprağın eşit parçalar biçiminde dağıtılmasını, büyük toprakların sınırlandırılmasını ve bütün burjuvaların çalıştırılmasını isteyen” Claude'in üyesi olduğu *cercle social*'da (toplumsal dernek) başlayan, ortalarında başlıca temsilcileri “Enragé”lerin²³ sözcüleri Jacques Roux ve Théophile Leclerc olan ve Babeuf komplosu ile geçici olarak yenik düşecek olan bu hareket, Babeuf'ün dostu olan Buonarroti'nin 1830 Devrimi'nden sonra Fransa'ya yeniden soktuğu komünist düşüncüyü filizlendirmiştir (Marx, 1976a: 183). Bu kapitalist çağın köktenci eleştirisi olan fikrin manifestosu, *Komünist Manifesto*, daha sonra Karl Marx ve Friedrich Engels tarafından yazılacaktır.

Marx'a göre devrimci hareket, kuramsal olduğu kadar gerçek temelini de *özel mülkiyetin* gelişmesinde bulur ve “özel mülkiyet fikrini ortadan kaldırmak için komünizm fikri oldukça yeterliyse” de “gerçek özel mülkiyetin ortadan kaldırılması gerçek komünist eylem gereksinir” (Marx, 1993a:172 ve 193). Tarih, yol gösterecektir ve Marx, 1844 yılında, bu hareket, teoride daha şimdiden kendini gerçekleştirdi diye yazar. Fiili bir gerçeklik olarak da komünizm, sürünceme içinde, engeli, dolambaçlı ve sarp²⁴ bir süreçten geçerek kendi kuruluşunu ger-

²³ “Öfkeli” ya da “kudurmuşlar”; Devrim'e katılan sansculotte'ların (yoksul sıradan halk) devrimci kanadına verilen addı ve kadınlar da büyük çoğunlukla bu grubu destekliyorlardı. Bkz. Guérin (1986: 139)

²⁴ Marx'ın ilgili cümlesinin İngilizcesi şöyledir: “History will lead to it; and this movement, which in theory we already know to be a self-transcending movement, will constitute in actual fact a very rough and protracted process” (2010). Kenan Somer, bu cümledeki “very rough and protracted” sıfatlarını yerleşik -sıklıkla başvurulan- çevirisinde, “çok zor ve çok yaygın” (Marx, 1993a: 193) diye; aynı bölümün Cornu'nun makalesindeki aktarımını ise “uzun ve güç” diye karşılamış

çekleştirecektir. Buna rağmen, komünist hareketin hedefleriyle birlikte sınırlı karakterinin ve bu hareketin ötesinin bilincinin daha başlangıçta kazanılmış olması, gerçek bir ilerleme olarak göz önüne alınmalıdır (1993a: 193; Cornu, 1993a: 285).

Marx ve Engels'te komünizm kavramının iki farklı kullanımı vardır. Birinci kullanımda komünizmi hedefleyen hareket, başka deyişle, işçi sınıfı hareketinin devrimci bir bölümü içerilir; ikinci kullanımda ise bu hareketin toplumsal hedefi kast edilir. İkinci kullanım söz konusu olduğunda, Marx, çeşitli vesilelerle, "gelecekteki mutfaklar için tarifler" yazma konusunda hiçbir niyeti olmadığını belirtmiştir (Bottomore, 1993: 340). Bu nedenle, genel belirlemeler dışında komünizmin bir hareket olmaksızın anlaşılması güçtür; dolayısıyla bu iki kullanım Marx'ta ayrılmış değildir, diyalektik birlik içindedir; komünizm hedefinden ayrı düşünülemeyecek olan harektir.

Bensaïd'in belirttiği üzere, yirmi yaşını henüz doldurmuş olan Engels, "Toplumsal Reformun Kıtada Gösterdiği İlerlemeler" üzerine 1843 tarihli bir makalesinde komünizmi "modern uygarlığın genel koşullarından kaçınılmaz olarak çıkarılması gereken zorunlu bir sonuç" olarak, kısaca işçilerin "İhtilal-i Kebirin capcanlı kaynaklarına ve incelemesine geri dönüp Babeuf'un komünizmine hemen dört elle sarıldıkları" 1830 Devriminin ürünü mantıksal bir komünizm olarak görür (Bensaïd, 2010: 64).

Buna karşılık, bu komünizm *Fransız-Alman Yıllıkları'* nın başında bulunan mektuplarda, Marx'a göre henüz "dogmatik bir soyutlama" dan, "hümanizm ilkesinin tuhaf [orijinal] bir dışavurumu"ndan başka bir şey değildir (2010: 64; Bottigelli, 1993a: 53). Marx'ın burada eleştirdiği komünizm, sadece toplumsal bir eşitsizliğe son vermek (1993a: 54) isteyen,

oluşum halindeki proletaryanın kendisini "kurtuluşunun doktrinerlerinin kollarına", "sosyalist sektlere" ve "sınıf ilişkilerinin hayali ilgası" olarak "evrensel kardeşliğin milenyumunu" üzerine "hümanistler olarak saçma sapan laflar eden" kafası karışık bir takım zihinlere bırakmıştı. (Bensaïd, 2010: 64)

(Cornu, 1993a: 285). Ahmet Fethi de çok benzer şekilde, "çok sert ve uzun" demiş (Marx, 2004: 64). Ayrıca bir Murat Belge çevirisi de benzer şekildedir.

Marx'ın "komünizmi açıkça tuttuğu" ilk metin 1844 *Elyazmaları*'dır (Bottigelli, 1993a: 53). 1844 *Elyazmaları*'nda Marx da, "Komünizm olumluyu, yadsımanın yadsınması olarak koyar, öyleyse komünizm insanın kurtuluş ve kendini onarımının gerçek uğrağı, tarihin gelecekteki gelişmesi için zorunlu²⁵ uğraktır" diye yazar (1993a: 184). Bu metinde Marx, komünizmin, özel mülkiyetin, insani kendine yabancılaşmanın olumlu ortadan kaldırılışı, "sonuç olarak din, aile, devlet vb. dışı insanın, kendi insanal, yani toplumsal varlığına dönüşü anlamına" geldiğini yazar (1993a: 172-173; Bottigelli, 1993a: 54; Bottomore, 1993: 340). Komünizm, sadece devlet ya da dinden kurtuluş değil, insanın gerçek kurtuluşu olacaktır (Bottigelli, 1993a: 55).

Demek ki 1848, ya da başka deyişle Marx ve Engels öncesinde bir hayaleti andıran ve sarıh bir programı olmayan bu kaba komünizm, Bensaïd'in deyişiyle "eşitlikçi sektlerin ya da İkaruşçu hülyaların 'kötü yontulmuş' biçimlerine bürünmüş bir halde zamanın ruhunun yakasını bırakmamaktadır" (2010: 64). Marx, 1844 *Elyazmaları*'nda bu kaba komünizmin "devletin ortadan kaldırılması ile birlikte" olmasını olumlar, ancak özel mülkiyetle kurduğu ilişki içinde onu, "kendini olumlu ortaklık olarak koymak isteyen özel mülkiyet alçaklığının büründüğü bir biçimden başka bir şey değildi" diye niteler (1993a: 171). Bu erken metin, yabancılaşma üzerine uzun ve bitmeyen tartışmalara konu edildiyse de, esas önemli yanı, henüz tarihsel materyalizmi tam olarak olgunlaşmamış olan Marx'ın bile, komünizmi somut, yaşayan ve ezilen insanların, proletaryanın bir kurtuluş hedefi/programı ve ona yönelen bir hareketi olarak birlikte düşündüğünü açıkça göstermesidir. Aksi, insan toplumunun ereksel biçimi olarak komünizmi ilan etmek olurdu ki, bu tümüyle metafiziktir. Komünizm sorunu, Marx ve Engels tarafından *Komünist Manifesto*'da, bu tür bir metafizikten uzakta, mülkiyet sorunu olarak konulur. Elbette yine de komünistlerin bir hareketi olarak:

²⁵ Buradaki zorunlu kavramının, ilerlemeci bir perspektif içinden, kapitalizmden sonra komünizmin zorunlu olduğunu işaret etmediği, Marx tarafından sadece ve sadece tarihin gelişmesi için zorunlu uğrak olarak komünizmden söz edildiğini vurgulayalım. Tarihin gelişmesi zorunlu değildir elbette, insanlık tarih öncesinde kalarak, apocalypse'ini, kıyametini, kendisinin ve gezegeninin yok oluşunu da yaratabilir: "Komünizm yakın geleceğin dinamik ilkesi ve gerekli biçimidir ama komünizm olarak komünizm, insan gelişiminin ereğı, insan toplumunun biçimi değildir" (Marx, 1993: 184).

Kısacası Komünistler her yerde mevcut toplumsal ve siyasal düzene karşı her devrimci hareketi desteklerler. Bütün bu hareketlerde ne ölçüde gelişmiş olduklarına bakmaksızın mülkiyet sorunu hareketin temel sorunu olarak öne çıkarırlar. (2008: 51)

*Komünist Manifesto'*nun "Proleterler ve Komünistler" başlıklı İkinci Bölümünde, "Komünistlerin teorisi tek bir ifade ile özetlenebilir: özel mülkiyete son verilmesi" diye yazarlar Marx ve Engels, ama bu, "Komünizmin ayırt edici özelliği, genel olarak mülkiyete son verilmesi değil, burjuva mülkiyetine son verilmesidir" (2008: 33-34). Aksine komünizmde kullanım değerine göre gerçekleşen bireysel mülkiyet genelleşir. Komünizm, kapitalizmin özel mülkiyeti karşısına bireysel mülkiyeti diker. Bu bölümün sonundaki taleplerin büyük çoğunluğu da mülkiyetle ilgilidir.

Marx, Engels'le birlikte, *Komünist Manifesto'*da somut taleplerle birlikte özel mülkiyetin aşılması olarak açıkladığı komünizmi bir hareket olarak da daha önce yazdıkları *Alman İdeolojisi'*nde maddileştirerek; kapitalist toplumun 'katlanılmaz', yani kendisine karşı devrim yapılan bir güç haline gelmesi için yabancılaştırmanın insanlığın büyük kitlesini "mülksüz" kılması ve bunu üstelik varolan bir zenginlik ve kültür dünyasına karşı yapması gerektiğini, her iki öncülün de üretici güçlerde büyük bir artışı, üretici güçlerin yüksek derecede bir gelişmesini şart koştuğunu, daha bugünden yerel değil dünya tarihsel varlıkları içindeki insanların gerçek tecrübede varoluşlarını gerektiren üretici güçlerin bu gelişmesinin mutlak olarak gerekli bir öncül olduğunu, çünkü bu olmazsa yalnızca yoksulluk ve kıtlığın genelleştirilmesinden başka bir şey yapılmış olmayacağını ve kıtlıkla birlikte ihtiyaçlar uğruna mücadelenin yeniden başlayarak tüm o 'eski pisliğin' canlandırılmış olacağını (1999: 61), yazar:

Çünkü, insanlar arasında evrensel bir ilişki ancak üretici güçlerin bir evrensel gelişmesiyle kurulmuş olur. Bu evrensel ilişki, bir yandan bütün ülkelerde eş zamanlı olarak 'mülksüz' kitleyi (evrensel rekabeti) doğurarak, her ülkeyi ötekilerin devrimlerine bağımlı hale getirir ve sonunda yerel bireylerin yerine dünya- tarihsel, tecrübede evrensel bireyleri geçirir. Bu olmaksızın 1) komünizm ancak yerel bir fenomen olabilir; 2) ilişki güçlerinin kendileri evrensel, dolayısıyla katlanılmaz güçler olarak gelişmez; boş inançlarla kuşatılmış güdük koşullar olarak kalır ve 3) ilişkilerin her genişle-

yişi yerel komünizmi ortadan kaldırır. Ampirik olarak komünizm ancak hakim halkların “hep birlikte” ve eş zamanlı eylemi olarak mümkündür, bu da üretici güçlerin evrensel bir gelişmesini ve bunların kuşattığı dünya ilişkilerini şart koşar. (1999: 62)

*Alman İdeolojisi’nde Marx ve Engels, komünizmin kapitalizmi yıkma koşullarını betimlerken, onu hem bir kurtuluş hedefi hem bir hareket olarak görmeye devam ederler. Bir kurtuluş hedefi ya da varılacak yer olarak “komünizmin gelişme sürecinin temel özellikleri” (Kürkçü, 2009: 34) Marx ve Engels tarafından, “kapitalist toplum ile komünist toplum arasında birinden ötekine devrimci dönüşüm dönemi yer al”dığı, “buna da bir siyasal geçiş dönemi tekabül et”tiği, bu geçiş döneminde devletin “proletaryanın devrimci diktatörlüğünden²⁶ başka bir şey olamayacağı” (1989: 41) biçiminde belirlenir. Engels, *Anti-Dühring’te*, komünist hareketi kuran proletaryanın devlet iktidarını ele geçireceğini ve öncelikle üretim araçlarını kamu mülkiyetine devredeceğini yazar:*

Ama böylelikle proletarya olarak kendisini ortadan kaldırır, bütün sınıfları ve sınıf ayrımlarını ortadan kaldırır ve *devlet olarak devleti ortadan kaldırır...* Devletin onun aracılığıyla hakikaten tüm toplumun temsilcisi olarak öne çıktığı ilk eylemi -toplum adına üretim araçlarının mülkiyetine el koymak- aynı zamanda onun devlet olarak son eylemidir de. (abç, 1977: 400)

Bu eylemle komünist toplumun ilk evresine, Lenin’in *Devlet ve Devrim’de* (1999) formüle etmesinden sonra (Bottomore, 1993: 341) daha çok, sosyalizm olarak adlandırılan evresine, “uzun ve sancılı bir doğumdan sonra kapitalist toplumdaki çıkıp geldiği şekli ile” komünizme geçilir; bu evrede, “işçi topluma sunmuş olduğu aynı emek miktarını ondan başka bir biçimde geri alır”, “eşit hak burada hâlâ -ilke olarak- burjuva haktır”, “komünist toplumun ikinci evresinde, bireylerin işbölümüne kölece boyun eğmesinin ve onunla birlikte kafa ve kol emeği arasındaki çelişkinin ortadan kalkmasından sonra, emek yalnızca yaşama aracı değil, yaşamının birincil ihtiyacı haline gelmesinden sonra, ancak o zaman burjuva hukukunun dar ufukları tümüyle aşılmış olacak ve toplum bayraklarının üzerine şunu yazabilecektir:

²⁶ Buradaki diktatörlük sözcüğünün, çağımızda edindiği anlamdan farklı olarak yazıldığı dönemde normatif olmayan nötr bir içeriği karşıladığına dair tarihsel bir çözümleme için bkz. Draper (1990: 18-31)

‘Herkesten yeteneğine göre herkese ihtiyacına göre!’” (Marx ve Engels, 1989: 30-31; Kürkçü, 2009: 35). Kürkçü’nün açıkça belirttiği üzere;

Kapitalizmin tahlili ve eleştirisi üzerine kurulu bu tanımdan yola çıkılıp “reel sosyalizm”lerin incelenmesinin ulaştırabileceği tek yargı, *bunların komünist toplumlar olmadıklarıdır*. Çünkü birinci olarak, bu toplumların hiçbirinde, birer devrimle işçi devletleri kurulduğunda “evrensel olarak gelişmiş” bir üretici güçler kitlesi bulunmuyordu. İkincisi, bu ülkelerin hiçbirinde proleterya “sönen bir devlet”i yönetmedi. Üçüncüsü, bu ülkelerin hiçbirinde, üreticiler kendi emeklerinin koşullarına egemen olmadılar. Nihayet dördüncüsü bu ülkelerin tümünde de kurulduğu kadarıyla komünizmin ilk evresi kısmi kaldı. (abç, 2009: 35)

Halbuki Lenin, *Devlet ve Devrim*’de burjuva devlet makinesinin parçalanmasını, bu parçalanmış makinenin yerine ancak “daha tam bir demokrasi”nin geçebileceğini öngörür: Düzenli ordunun lağvı, görevlilerin seçimle gelmesi ve geri çağrılabilir olması. Burada devlet artık, “bir azınlığın özel baskı aygıtı” olmaktan çıkacak, büyük çoğunluğun kamusal öz yönetim ve öz denetim sürecine dönüşecektir. Burada artık özel bir aygıtı gerek kalmayacaktır. Böylece devlet sönmeye başlayacaktır. Bu yeni türden devlette parlamentarizmde son bulacaktır.

Lenin’in kitabını yazdığı dönemin genel koşulları, daha sonra Marksist “siyaset bilimi”nin inceleme konusu yaptığı sınıf iktidarının siyasal düzeyi, devletin görelî özerkliği, kapitalist devletin biçimleri ve bunların birbirlerine geçişi, devletin altyapısal ve üstyapısal işlevleri vb. (Carnoy, 1984) üzerinde uğraşılmasını neredeyse gereksiz kılar. Bugün, Ekim Devrimi’nin kapitalizmin son bulmasına yol açmadığına bakarak Lenin’in bu perspektiflerinin tarih tarafından yanlışlandığı ileri sürülebilir (Gözler, 2009: 37). Ancak bu tezin, “emperyalist savaşın devrimci bir bunalımın içine sürüklediği bütün Avrupa’da kapitalizmin son bulmamış olmasının, bu devrimin imkân ve şartlarının İkinci Enternasyonale bağlı proleter kitle partilerince idrak edilmemiş olmasıyla da çok yakın bir ilgisi olduğu” göz ardı edilerek (Kürkçü, 2009: 30) hemen kabul edilmesi pek de gerçekçi değildir (Bensaïd, 2010: 65).

Tersinden de bu, bugün komünizm sözcüğünün ısrarla, Çin Halk Cumhuriyeti gibi liberal otoriter bir devletle, Ekim Devrimi mirasının da çoğunlukla davalar, temizlik hareketleri, toplu sürgünlerle ilişkilendirildiği (Koestler, 1999; Curtois ve diğerleri, 2000) gerçeğini değış-

tirmez. Hatta, Bensaïd gibi, bütün bunların “Sovyet toplumunda ve devletinde otuzlu yıllardaki alt üst oluşlar tarafından da doğrulanan bürokratik karşı devrimin ürünü olup olmadığı” sorulsa bile (Bensaïd, 2010: 65-66). Yine de bu komünizm sözcüğünün, her halükarda “utanmaz arlanmaz kapitalizmin zorunlu ve mümkün ötekisini adlandırmak açısından en fazla tarihsel anlam” içeren sözcük olduğu gerçeğini değiştirmez. Kürkçü’nün belirttiği üzere,

Toplumun üzerinde durmaksızın büyüyen bürokratik aygıtlarıyla gelişmenin kösteği halini alarak bunalıma giren bu devletlerin kendi kurdukları “milli komünizm”lerinin içsel çelişmelerinin altında kalarak çökerken, hem egemenliklerini ve onun aygıtlarını ellerinde tutmak, hem de ekonomik çöküntüden kurtulmak gibi imkânsız bir hedefe yönelmiş olan bürokrasilerin, “her ne pahasına olursa olsun” üretim artışı sağlayarak, işçi kitlelerinin huzursuzluklarını yatıştırma istekleri, onları tekeli burjuvazilere bırakılmış özgürlükleri savunmaya, beri yandan da kapitalist çalışma ve üretim yöntemlerini sisteme eklemlemeye yöneltince, “kutsal ittifak” komünizmin sona erdiğini söylemekte haklı olabilirdi- tek bir koşulla, *bu rejimlerin eskiden komünist olmuş olmaları koşuluyla*. (2010: 35)

Tarihsel deneyim, yeryüzünde kurulmuş, bütün “kısmi komünizm”lerin bir dünya sistemi haline gelmedikçe “eski eşitsizlikleri ve sömürü ilişkisini” yeniden ürettiğini kanıtladı. Böylelikle 20. yüzyıl sona ererken Marksist komünizm teorisinin olumlu ve olumsuz yönleriyle doğrulandığı ileri sürülebilir: Olumlu doğrulanma, kapitalizmin “büyük çoğunluğu kendisine karşı bir devrim yapmaya sürükleyen” sömürsünün ve yabancılaştırıcı doğasının kendisini olduğu gibi korumaya devam etmesi; olumsuz doğrulanma ise, yerel ve kısmi bir komünizmin, komünizm olmamasıdır.

Ancak bu sorunun yanlışlanan deneyimler içinde de çözülemediği açıktır. Şu halde, *komünizmi kapitalizmin alternatifi bir üretim tarzı olarak değil, kapitalizmi aşmaya yönelik hareketler/talepler/değerler toplamı olarak görmek, ilkel kaba komünizmin şartlanmaları ötesinde, onu devletin üzerindeki temel norm, hatta bir dünya anayasası olarak ilan etmek, gerekir*. Bensaïd’in belirttiği üzere,

Kendi sınırlarını, artık ancak hem türü hem de gezegeni tehdit eden artan bir ölçsüzlük ve akılsızlık pahasına daha ileri itebi-

len bir kapitalizmin toplumsal, iktisadi, ekolojik ve ahlaki krizi, Benjamin'in iki savaş arası tehlikelerin tırmanışı karşısında ileri sürdüğü "radikal bir komünizmin güncelliğini" yeniden gündeme getirir. (2010: 69)

Radikal bir komünizmin güncelliğinin yeniden gündeme gelmesi de, bu komünizmin kamu hizmetinin temel ilkesi olarak tanımlanması demektir. Elbette bu, bir tür devletin sönmülmesi mücadelesine bağlanmadıkça, kapitalist devletin tahakkümü sorununu çözemez ama komünizmin kapitalizmi aşmaya yönelik hareketlerin bir temel normu olarak yeniden güncelleştiği her an, her kamusal ajan, asker, polis, yargıç bu normla bağlanmış olacağından, devletin normatif düzeyde aşılacağı bu komünizm anı, kapitalizme ve kapitalist devlete karşı düz çizgisel evrimci konumlanmayı değil, her eşikte yeniden parlayan, sıçramaları, devrimci inkarları/ konumlanmayı doğurur.

Sözü edilen soyut felsefi "öz"ler ya da Badiou'nun Komünizm İdea'sı (2011) değil, kuramsal olduğu kadar hatta daha fazla güncel sorunlardır: Duguitci perspektiften bakıldığında, pozitif hukuk, kamu hizmetine bağlanır. Kamu hizmeti de burada sunulan perspektiften komünist hipoteze bağlandığında; barınmak için konutu olmayan birinin, bu konutu işgal etmesi örnek olayı, elbette indirgenmiş bir biçimiyle, tüm sorunu pratik ve kuramsal olarak da önümüze koyar. Mevcut hukukunun ve hukuksal biçimlerin üretim ilişkileri üzerinde yükseldiği ve meta mübadelesinden doğduğu (Paşukanis, 2002) ve komünizmin salt bir program olarak alındığında hukukun da aşılmasını gereksindiği *doğrularına* dayanarak, Duguitci egemen kuvvet ile kamu hizmeti karşıtlığının Marksist kuramla telif edilemeyeceği, bunun bir totoloji olacağı yönündeki eleştiriler, diyalektiğin kaos öncesi dönemine ait, komünizmin de kaba komünizm dönemine ait sayılmalıdır. Bensaïd'in vurguladığı üzere, öncelikle,

Komünizm, ne saf bir fikir ne de bir doktriner toplum modelidir. O ne bir devlet rejiminin ne de bir üretim tarzının adıdır. O, kurulu düzeni mütemadiyen aşan/ortadan kaldıran hareketin adıdır. Ama o aynı zamanda bu hareketin içinde beliriveren, onu yönlendiren ve ilkesiz politikaların, arkası gelmeyen eylemlerin, günü gününe doğaçlamaların tersine neyin amaca yaklaşıp neyin ondan uzaklaştığını belirlemeye imkân tanıyan amaçtır da. Bu niteliğiyle o amacın ve yolun bilimsel bir bilgisi değil, düzenleyici bir stratejik hipotezdir. O,

birbirlerinden ayrılmaz biçimde alt edilmesi mümkün olmayan bir başka adalet, eşitlik ve dayanışma düşünüsü; kapitalizm çağında mevcut düzeni devirmeyi hedefleyen sürekli hareketi ve bu hareketi, daha beterine en kestirme yol olacak ehveni şerlerle uzlaşmalardan uzakta, mülkiyet ve iktidar ilişkilerinde köklü bir değişime doğru yönlendiren hipotezi adlandırır. (abc, 2010: 69)

Komünizm, bir hareket ve bir temel normdur; kamu hizmetinin temel normu. Bu perspektiften bakıldığında, örneğin Bob Jessop, “yapısına kazanmış stratejik seçiciliğiyle devlet aygıtı boyunca kurumsal olarak dolayımlanan devlet iktidarı, aslında hakim olan güçler dengesini yansıtmaktadır” (2009: 82) dediğinde, aslında Kautsky’nin *Proletarya Diktatörlüğü*’nü (2007) *iyimser biçimde* tekrar etmiş olur ve verilebilecek yalın cevap, yukarıda aktardığımız konut işgalcisi somut insanın burjuva hukuku karşısında -polis gücü ile yaka paça çıkarılırken edindiği- konumdan dünyaya bakıldığında, ortada bir güçler dengesinin bulunmadığıdır. Kuramsal olarak ifade edersek, bu türden bir çözümleme, devletin doğallaştırılması, egemenlik ideolojisinin yeniden üretilmesidir. Bu yaklaşım, devleti anlamaya hizmet etmez, en muhalif konumunda bile güçler dengesi olan devlet içinde bir güç olmaya, son tahlilde ise, ona itaat etmeye çağırır (Bonefeld, 2007: 269).

5. Devlete Karşı Kamu Hukuku:

Komünist hipotez basitçe bir devrimci siyaset çağrısı değildir; siyaset çağrılarının devrimci deneyim içinde temel norma yönelen sıçrayışlarla aşılmasıdır. Siyaset çağrıları ister burjuva devriminin parlak dönemlerinden kalan Machiavellici biçimleriyle, isterse de burjuva uygarlığının çürümesini gösteren Schmittçi biçimleriyle yapılsın, ister sağdan isterse de soldan gelsin esasen devlete katılmaya çağırır ve *temel norma* göre işgalci değil, *barınma hakkı sahibi* -daha açık deyişle, barınma hakkı doğrultusunda boş evi işgal etme, bireysel mülkiyetine alma yetkisine sahipken- evinden atılan bir yurttaş olarak anmamız gereken somut insana itaatten ötesini vadetmez. Bu anlamda komünist hipotez, her insan için *gerçek bireysel mülkiyetin* derhal gerçek/yasal kılınmasına yönelir.

Kuramsal olarak ifade edilirse, devletle komünist hipotez üzerinden yüzleşmeyen, devletin sönümlenmesini *derhal* hedeflemeyen her siyaset çağrısı, programında ne yazarsa yazsın, esasen bir özyönetime

değil, toplum olarak yaşamının yalın haline değil, açıkça bir “siyasal birliğe”, yeni bir “türdeşleştirmeye ve dışlamaya”, en iyi ihtimalle yeni bir “toplumsal sözleşmeye” çağrıdır. Bu da, niyetlerden bağımsız olarak, egemenlik ideolojisinin yeniden üretilmesi demektir.

Komünist hipoteze bağlanan kamu hizmeti perspektifi ise, yüzünü devletin *derhal* aşılmasına döner, artık evinde oturan bu somut insanın evinden çıkmasına karar veren yargıcın ve bu kararı uygulayan polislin hak ihlali yapan -bireysel mülkiyetini gerçekleştiren yurttaş karşısında- *yetkisiz* kamusal ajanlar olduğunu söyler. Burada sözün hükmü olmadığı, kapitalist devletin en demokratik olanında bile işleyen, hukuk değil güç ideolojisine bağlı yasa adlı metinler olduğu için, elbette bu yasa adlı metinler değişmeden somut insan için somut bir kazanımdan söz edilemez. Ama somut insanın mücadeleleri yönünden daha büyük bir kazanım bizi bekler: Somut insanın somut çıkarları için devleti ve kamu hukukunu yalın bir şekilde düşünmenin koşullarına ulaşmış oluruz.

Bu yalın düşünmeden çıkan sonuç, *kamu hukukunun devlete karşı konumlanmış olmasıdır*. Komünist hipotezden bakıldığında kamu hizmeti temeline dayanan kamu hukuku devlete değil aşılmasına/ sönmemesine, daha doğru deyişle harekete/ temel norma bağlanır; bu, hukukun mevcut haliyle aşılması ama paylaşımın ve eşitliğin komününün halkı, nicel büyüme yarışından nitel olarak farklı bir ekolojik gelişme, özgün bileşimi her kadını ve her erkeği tekilliği türün zenginleşmesine katkıda bulunan eşsiz bir varlık haline getiren ihtiyaçların gelişmesi ve farklılaşması, iktidarın paylaşılması, bencil hesabın ve genelleşmiş rekabetin karşısına çıkarılabilecek dayanışma, insanlığın doğal ve kültürel ortak mallarının savunulması, genelleşmiş başkalarının sırtından geçinmeye ve dünyanın özelleştirilmesine karşı hizmetlerden temel ihtiyaç maddelerine kadar bir bedelsizlik (metalaştırmadan arındırma) alanının genişletilmesi, özcesi komünist hipotezden doğan talepler doğrultusunda iradelerin eşitlenmesi demektir (Bensaïd, 2010: 66-68).

Komünist hipoteze bağlanmış kamu hukuku perspektifinin, iradelerin eşitlenmesinin kabulü ile doğan sonuçlarından biri, her düzeyde özyönetimi *derhal* çağırmasıdır. Kamu hukuku kuramlarında, genellikle kaynağı önemsenmeyen -ya da başka bir yasa sayılan- yasalar ve bu yasaların yarattığı statüler vardır. Duguitci perspektifin, *yetkisiz* kamusal ajanlara karşı -bu ajan bir bireysel iradeden başka bir şey sayılmamakla birlikte- bu yasal statüler dışında bir önlem önermediği, güç

ideolojisi, başka deyişle egemenlik ideolojisi karşısında sessiz kaldığı görülmektedir. Halbuki, komünist hipotezden bakıldığında, *yetkisiz* bir ajan derhal geri çağırılmış, görevinden alınmış sayılacaktır.

Bu geri çağırma, komünist hipotezden kamu hukukunun özyönetime bağlandığını, öncelikle kamu hizmetinin kapsamı bakımından gösterir: Komünist hipoteze göre, silahlı ajanların hepsi toplumun üzerinde toplumu baskı altına almak üzere oluşturulmuş, kapitalist devlette egemen burjuvazinin hizmetindeki bekçiler değilse, yansız bir şekilde güvenlik görevlerine irca edilmelidir. Bu çerçevede, ordu, polis vb.nin *her eylemleriyle* kamu hizmeti yürüttüğü söylenemeyeceğinden, komünist hipoteze bağlanan kamu hukukunda bu ajanların hepsi *öncelikle eylemde yetkisizdir* ve ayrıca *somut bir kamu hizmeti için yetkilendirilmedikleri sürece*, kendi kendilerine silahlanmış bireylerden ibarettir. Silahlarını halka ya da diğer bireylere doğrulttukları *her an*, komünist hipoteze bağlanan kamu hukuku için ancak ceza hukukunun konusu olabilirler, *yetkilendirildiklerini kanıtlamaları gerekir*; toplumsal özyönetim, açıkça bunları geri çağırır. Bu uç görünen örnek salt bir varsayım değil, bir olanaktır ve parlamentonun yasama yetkisi yönünden de, yargı yetkisi yönünden de yürütme yetkisi yönünden de uygulanabilir. Dolayısıyla komünist hipoteze bağlanan kamu hukukunun ilkesi, “pozitif hukuktan” değil, *bir hareket olarak komünizmin evrensel sınırlarını işaret ettiği* “kamunun hakkından” doğar. Kapitalist yasallık altında dahi yargıca düşen de, *normlar hiyerarşisi içinde* bu ilkeyi uygulamaktır.

Bu çatışmada komünist hipoteze dayanan kamu hukuku, egemenlerin yasallığının karşısına çıkarılabilecek bir meşruluğun ortaya çıkışı lehine ileri atılır: “‘Kurtuluşun nihayet bulan siyasi biçimi’ olarak, devlet iktidarının ‘ilgası’ olarak, sosyal Cumhuriyetin gerçekleştirilmesi olarak Komün bu yeni meşruluğun ortaya çıkışını örnekler” (2010: 68). Onun deneyimini devrimci krizlerde beliren ve siyaseti profesyonellikten arındırmaya, toplumsal işbölümünü dönüşüme uğratmaya, ayrı bürokratik yapı olarak devletin sönmelenmesinin koşullarını yaratmaya yönelik halk öz örgütlenme ve özyönetim biçimlerinin esin kaynağına dönüştürür.

Lenin *Devlet ve Devrim*’de; toplumun bütün üyeleri, ya da en azından geniş bir çoğunluk devleti kendileri yönetmeyi öğrendiklerinde, bu işi kendi ellerine aldıklarında, sayıları önemsiz kapitalist azınlık üzerinde denetimi örgütlediklerinde, herhangi bir hükümet biçimine

duyulan ihtiyacın da ortadan kalkmaya başlayacağını, demokrasi ne kadar tam olursa, onu gereksiz kılan anın da o kadar yaklaşıacağını; zor aygıtı silahlı işçilerden oluşan, artık 'kelimenin alelade anlamında devlet olmayan devlet' daha çok demokratikleştikçe, her türden devlet biçiminin hızla sönmeğe başlayacağını yazar (1999: 120 -121).

Tarihsel deneyim ise, devletin sönümlenmesinin zamana yayılacağını, bunun devrimci bir kesinti anının mutlak sonucu olamayacağını açıkça göstermiştir. Bu devlet aygıtının devrimle ortadan kaldırılmadan devletin sönümlenmeye başlayabileceğine dair Kautskyski inançla karıştırılmamalıdır. Ancak yaşanan tarihsel deneyim, komünist hipoteze bağlanan Duguitci bir kamu hukuku perspektifinin devrime yaptığı çağrının, siyaset çağrılarında neden daha önemli olduğunu gösterir.

"Kapitalizmden komünizme geçiş elbette muazzam bir politik biçimler bolluk ve çeşitliliği gösterecekse" (1999: 47) ve eğer kapitalizmden komünizmin alt aşamasına geçiş *feodalizmden kapitalizme geçiş gibi uzun bir devrimler dönemini kapsayacaksa*, "insanların kapitalizmin" bir siyasal biçiminin "devrilmesiyle birdenbire, hiçbir hukuk kuralı olmaksızın toplum için çalışmayı öğreneceklerine inanmamak gerekir, ve bunun da ötesinde *böyle* bir değişim için ekonomik ön koşullar, kapitalizmin ortadan kaldırılmasıyla *hemen hazır olmaz*" (1999: 113). Bu nedenden içinde bulunduğumuz, sermayenin kriz ve geçiş çağında, hukuk bir mücadele alanı olarak kalır ve komünizme geçişin mihenk taşı olarak, egemenlik kuramını değil komünist hipoteze dayanan kamu hizmetini temel alacak bir kamu hukuku bu mücadelede önemli bir işlev görebilir. İster kapitalizm koşullarında, onu aşmaya yönelik, "kamunun ve toprak ananın hakkı" mücadeleleri açısından, isterse de, eğer ütopyaya düşmeyeceksek, kapitalist devletin zor aygıtı paramparça edildiğinde açığa çıkacak şimdiden öngöremediğimiz ancak, tarihte sovyetler, işçi konseyleri, komün gibi benzeri biçimleri görülen ve belki de *bu biçimlerle parlamenter biçimlerin özgül bir çoğulcu oryantasyonuyla şekillenecek kamu hizmeti örgütlenmeleri* açısından.

Burada, burjuva demokrasinin de içerdiği demokrasinin tarihsel biçim ve kurumlarının -her kuşaktan temel insan hak ve hürriyetleri, toprak ana hakları ile bunların, laiklik, kuvvetler ayrılığı, seçim ve temsil ilkesi, geri çağırma, kamu hizmetlerini yürüten ajanların her eyleminin yargısal denetime açıklığı vb. maddi garantilerinin- her türden özyönetim tasavvurlarının mekânsal, toplumsal ve zamansal ya-

yılımında vazgeçilmez temel değerler olarak varlığını sürdüreceği, komünist hipoteze bağlanan kamu hukuku için tartışılmazdır. Üstelik bu tasavvur; sadece insan türünün değil dünyanın yaşam sunduğu diğer tüm canlı türlerinin ve cansız doğanın da kozmopolitliğini demokratik bir değer olarak, ancak aşkın bir ilke olarak değil, kendi mekânında ve zamanında gerçekleşen değerlerin içerimi olan bir ilke olarak, komünist hipoteze bağlanan kamu hukukunda yaşar.

Böylece günümüzde pozitif hukukta geçerli olan her kural, bu hukuk görüşü içinde, gerçekliğini ve gücünü ancak kamu hizmeti varsayımından alabileceğine göre, toplumun özyönetimine geri döner. Bu ilke, kapitalizme karşı gelişen yeni mücadeleler içinde şimdiden karşılık bulmak üzeredir: Bir yere kurulacak enerji santralinin ya da barajın, çimento fabrikasının kararını, emek-değer yasasına göre toplumsal zenginliği hesaplayan ekonomi-politik biliminin de burjuva rasyonalitesine dayanan egemen bir devletin parlamentosunun da veremeyeceğine, yöre halkının vermesi gerektiğine dair mücadeleler; Brezilya’da topraksız köylülerin toprak işgalleri ile mülkiyet ilişkilerini fiilen komünal mülkiyet şeklinde düzenlemelerinin hukuken tanınmak zorunda kalması; Arjantin’de ve Venezuela’da işçiler tarafından el konulan fabrikalar üzerinde süren sonlanmamış mücadeleler; Venezuela’da zorunlu ihtiyaçlar için yapılan hırsızlığın suç sayılmaması yönündeki Yüksek Mahkeme kararları ve ardından gelen yasal düzenlemeler; bu sorunu tarihsel ve toplumsal bağlamı içinde yeniden düşünmeyi kıskırtan en bilinen örneklerdendir.

6. Siyaset Kaderimiz Değildir

Sorun bu somutluğuyla karşımıza çıktığında, bu makalenin de aynı somutlukta devamı getirilmek üzere sonuna gelmiş oluruz. Hukuk, toplumsal varoluşun bir gerekliliğidir, üstyapı kurumu değil, toplumsal özgürlüğün gerçekleşme yordamıdır. Siyaset ise, hukuku sömürgeleştirerek edindiği alt yapısal işlevlerinden arındırıldığında kelimenin tam anlamıyla bir üstyapı kurumudur. Egemenlik ideolojisi ve bu ideolojiyi bir güç ideolojisi olarak yeniden ve yeniden üreten egemenlik kuramları yüzyıllar boyu siyasetin içeriğini kurmuştur ve siyaset, Machiavelli’den beri kapitalist devletin hizmetinde bir dolayımıdır. Somut insanın hizmetine girmek isteyen bir “siyaset” ise, öncelikle kapitalist devlet karşısında konumlanmak, siyasetin siyaset

olarak aşılmasını hedeflemek ve her somut eşikte aşağıdan mücadelelerin gerçek ufkuna, komünist hipoteze bağlanan kamu hizmeti ilkesine, devlete karşı kamu hukukuna, bireysel mülkiyetin gerçekleşmesine bağlanmak durumundadır. Ancak bu tür bir siyaset, egemenlik ideolojisini tümüyle reddedebilir; ve ancak böylece, tarihsel materyalizmin egemenlik kuramına getirdiği eleştiri, onun aşılmasına varır: Devlete mahkum olmadığımız gibi “siyaset” kaderimiz değildir²⁷. Toplum halinde yaşamının yalın hali, komünist hipoteze dayanan kamu hizmeti ilkesinin kurduğu “kamu hukuku”dur; eğer insanlık onu isterse, bireysel mülkiyetin eksiksiz gerçekleşmesi olarak toplumsal özyönetimdir.

KAYNAKLAR

- Akbay, Muvaffak (1951) Umumi Amme Hukuku Dersleri, AÜSBF Yayını.
- Akın, İlhan (1980) Kamu Hukuku, İstanbul: İÜHF Yayını.
- Aron, Raymond (1986) Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, çev. Korkmaz Alemdar, Ankara: T. İş Bankası Kültür Yayınları.
- Avineri, Shlomo (1972) Hegel's Theory of The Modern State, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bensaïd, Daniel (2010) “Komünizmin Güçleri”, çev. Osman S. Binatlı, Yeni Yol (36): 64-69.
- Bobbio, Norberto (2000) “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, Devlet Kuramı içinde Cemal Bali Akal (der), çev. Bige Açımuz, Ankara, Dost: 459-469.
- Bodin, Jean (1992) On Sovereignty, Four chapters from *The Six Books of Commonwealth*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Boétie, Etienne de la (1995) Gönüllü Kulluk Üzerine Söylev, çev. Mehmet Ali Ağaoğulları, Ankara: İmge.
- Bonefeld, Werner (2007) “Devlet ve Sermaye: Politığın Eleştirisi Üzerine”, Küreselleşme Çağında Para ve Sınıf Mücadelesi içinde Werner Bonefeld ve John Holloway (der), çev. Cumhur Atay, İstanbul, Otonom: 255-284.
- Bottomore, Tom (1993) “Komünizm”, Marksist Düşünce Sözlüğü içinde, Tom Bottomore (der), çev. Levent Köker, İletişim, İstanbul: 340-342.
- Bottigelli, Emile (1993a) “1844 El Yazmaları'na Sunuş”, 1844 El Yazmaları içinde, Karl Marx, çev. Kenan Somer, Ankara, Sol: 13-77.

²⁷ Carl Schmitt'in *Siyasal Kavramı*'na (2006) yazdığı Önsöz'de Aykut Çelebi, “siyaset, kaderimizdir” diyerek, siyasetin kaderimiz olmadığı sonucunun, menfi de olsa, kaynaklarından biri olmuştur. Bkz. Çelebi (2006).

- _____ (1993b) "Ekonomi Politikinin Eleştirisine Katkı'ya Sunuş", *Ekonomi Politikinin Eleştirisine Katkı içinde*, Karl Marx, çev. Sevim Belli, Ankara, Sol: 7-18.
- _____ (1997) *Bilimsel Sosyalizmin Doğuşu*, çev. Kenan Somer, Ankara: Bilim ve Sosyalizm.
- Callinicos, Alex (2004) *Toplum Kuramı: Tarihsel Bir Bakış*, çev. Yasemin Tezgiden, İstanbul: İletişim.
- Camilleri, Joseph A. ve Jim Falk (1992) *The End of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Carnoy, Martin (1984) *The State and Political Theory*, Princeton: Princeton University Press.
- Cohen, Gerard A. (1998) *Karl Marx'ın Tarih Teorisi: Bir Savunma*, çev. Ahmet Fethi, İstanbul: Toplumsal Dönüşüm.
- Conley, Tom (2002) "The State of Globalization and the Globalization of State", *Australian Journal of International Affairs* (56)3: 447-471.
- Cornu, Auguste (1993a) "Ekonomi Politik ve Felsefe El Yazmaları", 1844 El Yazmaları içinde, Karl Marx, çev. Kenan Somer, Ankara, Sol: 241-337.
- _____ (1993b) "Marx ve Engels'in 1848 Devrimine Kadarki İdeolojik Evrimleri", 1844 El Yazmaları içinde, Karl Marx, çev. Kenan Somer, Ankara, Sol: 338-351.
- Courtois, Stephane ve diğerleri (2000) *Komünizmin Kara Kitabı*, çev. Bülent Tanatar ve diğerleri, İstanbul: Doğan.
- Çelebi, Aykut (2006) "'Siyaset Kaderimizdir': Carl Schmitt ve Siyasal Kavramı", *Siyasal Kavramı içinde*, Carl Schmitt, çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis.
- Danelski, David J. (1992) "Kamu Hukukunun Alanı", *Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar içinde*, Mehmet Turhan (der), Ankara, Gündoğan: 9-30.
- Daver, Bülent (1972) *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara: Sevinç.
- Duguít, Leon (1954) *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.
- _____ (2000) "Egemenlik ve Özgürlük", *Devlet Kuramı içinde* Cemal Bali Akal (der), çev. Didem Köse, Sedef Koç, Ankara, Dost: 379-395.
- Dumont, Louis (2000) "Devlet Kuramı", *Devlet Kuramı içinde*, Cemal Bali Akal (der), çev. Hülya Tufan, Ankara, Dost: 141-174.
- Engels, Friedrich (1977) *Anti-Dühring*, çev. Kenan Somer, Ankara: Sol.
- Eroğul, Cem (2012) *Anatüze Giriş*, Ankara: İmaj.
- Gelber, Harry G. (1997) *Sovereignty Through Interdependence*, Boston: Kluwer Law International.
- Gözler, Kemal (2009) *Devletin Genel Teorisi*, Bursa: Ekin.
- Guérin, Daniel (1986) *Fransa'da Sınıf Mücadelesi*, çev. Yavuz Alogan, İstanbul: Yazın.
- Habermas, Jürgen (1998) "Beyond the Nation-State?" *Peace Review Palo Alto*, Jun, (10/2): 235-240.
- _____ (2008) "Ulus-Sonrası Konumlanma", *Küresel Dönüşümler Büyük Küreselleşme Tartışması içinde* Held, David ve Anthony McGrew (der), çev. Mehmet Celil

- Çelebi, Ankara, Phoenix: 643-649.
- Hakymez, Yusuf Ş. (2004) Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Ankara: Seçkin.
- Hegel, G. F. W. (2001) Philosophy of Right, İng.çev. S.M. Dyde, Kitchener: Batoche.
- Held, David (2008) "Uluslararası Hukukun Değişen Yapısı: Egemenlik Dönüştü mü?", Küresel Dönüşümler Büyük Küreselleşme Tartışması içinde Held, David ve Anthony McGrew (der), çev. Cemil Boyraz, Ankara, Phoenix: 196-214.
- Hobbes, Thomas (2004) Leviathan, çev. Semih Lim, İstanbul: YKY.
- _____ (2007) De Cive, çev. Deniz Zarakolu, İstanbul: Belge.
- Hoffman, John (1998) Sovereignty, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Kapani, Münci (1993) Kamu Hürriyetleri, Ankara: Yetkin.
- Kelsen, Hans (2000) "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", Devlet Kuramı içinde Cemal Bali Akal (der ve çev.), Ankara, Dost: 425-456.
- _____ (2006) "Saf Hukuk Kuramı Nedir?", HFSA (15): 56-63.
- Keohane, Robert O. (2008) "Uluslararası Toplumda Egemenlik", Küresel Dönüşümler Büyük Küreselleşme Tartışması içinde Held, David ve Anthony McGrew (der), çev. Cemil Boyraz, Ankara, Phoenix: 178-195.
- Koestler, Arthur (1999) Gün Ortasında Karanlık, çev. Pınar Kür, İstanbul: İletişim.
- Kürkçü, Ertuğrul (2009) "Komünist Manifesto: Teorinin Pratiği, Pratiğin Teorisi", Yaşayan Marksizm (1): 21-40.
- Laski, Harold (1999) Studies in The Problem of Sovereignty, Kitchener: Batoche.
- Lenin, Vladimir İ. (1999) Devlet ve Devrim, çev. Süheyla Kaya ve İsmail Yarkin, İstanbul: İnter.
- Liebman, Marcel (1990) Lenin Döneminde Leninizm I: Muhalefet Yılları, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Belge.
- _____ (1992) Lenin Döneminde Leninizm II: İktidar Yılları, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Belge.
- Machiavelli, Nicolo (1997) Hükümdar, çev. Anita Tatlıer, İstanbul: Göçebe.
- _____ (2009) Söylevler, çev. Alev Tolga, İstanbul: Say.
- Mandel, Ernest (2008) Geç Kapitalizm, çev. Candan Badem, İstanbul: Versus.
- Marsden, George M. (1994) The Soul of The American University: From Protestant Establishment to Established Nonbelief, Cambridge: Cambridge University Press.
- Marx, Karl (1993) Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı, çev. Sevim Belli, Ankara: Sol.
- _____ (1993a) 1844 El Yazmaları, çev. Kenan Somer, Ankara: Sol.
- _____ (2004) Siyasal Yazılar, çev. Ahmet Fethi, İstanbul: Hil.
- Marx, Karl ve Friederich Engels (1976) Kutsal Aile, çev. Kenan Somer, Ankara: Sol.
- _____ (1976a) Seçme Yapıtlar Cilt 1, çev. Sevim Belli vd., Ankara: Sol.
- _____ (1989) Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi, çev. M. Kabagil, Ankara: Sol.
- _____ (1999) Alman İdeolojisi, çev. Sevim Belli, Ankara: Sol.

- _____ (2008) Komünist Manifesto, çev. Nail Satlıgan, İstanbul: Yordam.
- Menemencioglu, Etem (1939) Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri, T.C. Maarif Vekaleti Siyasal Bilgiler Okulu Yayını.
- Mısır, Mustafa B. (2003) "Paris Komünü: Gerçek Demokrasi Olanakları", Praksis (10): 105-122.
- Okandan, Recai G. (1976) Umumi Amme Hukuku, İÜHF Yayınları: İstanbul.
- Özbudun, Ergun (2000) Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin.
- Paşukanis, Evgeny B. (2002) Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, çev. Onur Karahanogulları, İstanbul: İletişim.
- _____ (2010) "Leon Duguit", <http://tinyurl.com/yhmv8nw>, indirilme tarihi: 10.02.2010.
- Poulantzas, Nicos (1976) Political Power and Social Classes, London: New Left Review Books.
- Rawls, John (2007) Siyasi Liberalizm, çev. Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Rosenau, James N.(1998) "States and Sovereignty in a Globalizing World", Understanding Globalisation: The Nation-State, Democracy And Economic Policies in The New Epoch: Essays içinde John Eatwell (der), Stockholm, Almqvist&Wiksell: 31-55.
- Rousseau, Jean J. (2006) Toplum Sözleşmesi, çev. M. Tahsin Yalın, İstanbul: Kalkedon.
- Schmitt, Carl (2006) Siyasal Kavramı, çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis.
- Skinner, Quentin (1965) "Hobbes on Sovereignty: An Unknown Discussion", Political Studies (XIII): 213-218.
- _____ (2000) Machiavelli: A Very Short Introduction, Oxford: Oxford University Press.
- Teziç, Erdoğan (1998) Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta.
- Tolan, Barlas (1981) Çağdaş Toplumun Bunalımı: Anomi ve Yabancılaşma, Ankara: AİTİA Yayınları.
- Topçuoğlu, Hamide (1969) Hukuk Sosyolojisi, Cilt:1, AÜHF Yayını.
- Türközer, Bahir G. (2006) "Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir", TBB Dergisi (62): 84-100.
- Zabunoğlu, Yahya K. (1963) Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ankara: Ajans-Türk.
- _____ (1973) Kamu Hukukuna Giriş, Ankara: Sevinç.

SOYKIRIM VE SOYKIRIMA İLİŞKİN ULUSLARARASI MEKANİZMALAR

GENOCIDE AND INTERNATIONAL MECHANISMS FOR GENOCIDE

Arzu BEŞİRİ

Özet: Devletler tarafından yasaklanmış fiillerin müeyyidesi konmamış veya bu fiillerden dolayı yargılama yapılabilmesi devletlerin rızasına bırakılmış ise bunun uluslararası suç kapsamına girdiğinden söz edilemez ve bu fiilleri işleyen kişiler uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanamaz. Bu çalışmada şimdiye kadar soykırım suçuyla ilgili olarak, yapılan ulusal ve uluslararası çalışmalar incelenerek, bu suçtan dolayı yargılama yapılırken nelere dikkat edildiği ve sonuçları ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Soykırım suçu, mahkeme, yargılama, uluslararası ceza mahkemesi

Abstract: The acts prohibited by the states sanction left untreated or if the consent of the states that can be made of an act of international criminal proceedings can not be mentioned, and these actions fall under the jurisdiction of perpetrators of international criminal courts. In this study on charges of genocide as ever, by examining the national and international studies which look for when judging the offense and the results have been revealed.

Keywords: The crime of genocide, court, judgement, international crime court

I. Soykırım Suçu Kavramı

Soykırım, uluslararası kriterler bakımından teknik olarak değerlendirilen ve uluslararası insancıl hukuk kuralları içinde, en ağır ihlallerin başında gelen önemli ve nitelikli bir suçtur.¹ Soykırım; ırka, dine, siyasi görüşe veya etnik kökene bağlı özelliklere dayanan bir grubun bilerek ve isteyerek, düzenli bir biçimde ortadan kaldırılmasıdır. Baş-

¹ Cengiz Başak, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi Ankara, 2003, s. 71. "Genellikle soykırım suçunun vahametine işaret etmek amacıyla, uluslararası literatürde "crimes of crimes" (suçların suçu) ibaresi kullanılmaktadır." Başak, s.71, dipnot 4.

ka bir tanıma göre soykırım, bir ulusun kültürel bağlarından koparılması ve yaşam alanlarının yok edilmesi amaçlanarak anavatanından koparılmasıdır.² Soykırım suçu, uluslararası ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren en ağır ve en vahşi suçtur.

Soykırım kelimesi “genocide” kelimesinin karşılığı olarak Türkçede yer almıştır. Genocide terimi ilk defa Lemkin tarafından kullanılmıştır.³ Soykırım kavramının oluşmasına ve semantik bir anlam kazanmasını sağlayan olay Hitler’in, Yahudilerin ırk olarak kötü ve zararlı oldukları inancıyla toptan imhalarını amaçlayan ve bu doğrultuda soğukkanlı bir plan çerçevesinde imhalarını öngören yok etme politikasıdır.⁴ Nazilerin yaptığı katliamlara bir Polonya Yahudi’si olarak şahit olmuş ve soykırım kavramını geliştirmiştir. Lemkin, Yunançada aile, ırk, kabile anlamına gelen “genos” sözcüğü ile Latince katletmek anlamına gelen “cide” (occidere veya cideo) sözcüğünü birleştirerek “genocide” terimini oluşturmuştur. Lemkin 1944 yılında yayınlanan “İşgal Altındaki Avrupa’da Mihver Yönetimi” adlı eserinde, Alman işgali altındaki özellikle Yahudilere ve Çingenelere yapılan Nazi uygulamalarını kapsamlı bir biçimde inceleyerek, analizlerini soykırım başlığı altında formüleştirmiştir. Lemkin’e göre soykırım, bir ulusun üyelerini öldürerek yok etmekten öte tasarlanmış bir plana dayandırılarak çeşitli eylemlerle hedef seçilen ulusun temelini esastan yok edilmesidir.⁵ Böyle bir planın gerekçeleri, bireysel olmalarından ötürü değil, ulusal bir grubun üyeleri olmalarından dolayı, bireylere karşı gerçekleştirilen, bir grup olarak onurunun, sağlığının, özgürlüğünün yok edilmesi ve grubun ekonomik varlığının, dininin, ulusal duygularının, dilinin, kültürünün, politik ve sosyal kurumlarının parçalanması olabilecektir. Lemkin’in soykırım tanımı kültürel soykırımı da içermektedir. Lemkin’in tanımı oldukça geniş ve birçok soykırım tanımını birleştirmesinden dolayı doktrinde eleştirilmiştir.⁶

² Batuhan Duran, *Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanununda Düzenlenişi*, Yüksek Lisans Tezi, T.C., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 3, Bilgi için bkz. www.yok.gov.tr

³ Başak, s. 71.

⁴ Halil Murat Berberer, *Soykırım Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2007, s. 3, Bilgi için bkz. www.yok.gov.tr

⁵ Duran, s. 3.

⁶ Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (T.C.K. m. 76)”, T.B.B.D., Mayıs - Haziran 2007, S. 70, s.76.

Ayrıca, ekonomik, politik ve kültürel gruplar suçun koruma alanına dahil değildir.⁷ Fakat unutulmaması gereken nokta korunan dört grubun da sabit özelliklere sahip olduğu, ekonomik, politik ve kültürel gruplar gibi değişken olmadığıdır. Lemkin tarafından ortaya atılan “genocide” kelimesi ile anlamını kazanan soykırım kavramı; toplu öldürme, katliam, öldürme fiillerinden farklı bir durumu ortaya koymak üzere, hukuksal olarak tanınan ve belli özellikleri olan bir takım insan topluluklarının, bir plan çerçevesinde ve özel bir kastla yok edilmeleri anlamına gelir.⁸

Soykırım, bir grup insanın tamamını veya bir kısmını yok etmeyi amaçlayan birtakım eylemlerin her biridir, bu yok etme maksadı soykırımı diğer insanlığa karşı suçlardan ayırır.⁹ Özellikle toplu ölümler (katliamlar) sonucu meydana gelen insanlığa karşı suçları özelliklerini, tasarlanıp tasarlanmadığını incelemeyen, en baştan soykırım olarak nitelenmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.¹⁰

1944 yılındaki kullanımdan sonra, 1948 Soykırım Sözleşmesi’ne kadar soykırım teriminin sınırlı olarak kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim Nürnberg yargılamaları esnasında, savcı tarafından iddianamede kullanılmasına karşın, ne Nürnberg ve Tokyo mahkemelerini kuran Statülerde, ne de mahkeme kararlarında soykırım kelimesi kullanılmıştır. Soykırım suçu, 20. yüzyılın başlarında, müstakil bir suç yerine, insanlığa karşı suçun bir alt sınıflandırması olarak algılanmıştır.¹¹

Lemkin’in soykırımla ilgili çalışmaları sayesinde soykırım terimi Birleşmiş Milletler’in (B.M.) belgelerinde yerini almıştır. İlk defa, 1946 yılında, B.M. Genel Kurul toplantısında “genocide” uluslararası bir suç olarak tanımlanmış¹² ve bugüne kadar değişik uluslararası sözleşmelerde ve iç hukuklarda kullanılmıştır.¹³ Soykırım hususundaki ilk önemli düzenleme, 206 sayılı B.M. Genel Kurul kararı doğrultusunda,

⁷ Güller, Nimet / Zafer, Hamide, *Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı*, GSI, Bonn, 2006, s. 76.

⁸ Berberer, s. 4.

⁹ Bilgi için bkz. <http://www.emelvakfi.org/surgun/?p=65> (Çevrimiçi 18.10.2009).

¹⁰ Berberer, s. 8, 9.

¹¹ Değirmenci, s. 51.

¹² Burada dikkat edilmesi gereken husus bu sözcüğün ilk defa bir belgede tanımlanmasıdır, yoksa soykırım sözcüğü uluslararası bir sözleşmede 1948 yılında (Soykırım Sözleşmesi) kullanılmıştır.

¹³ Güller / Zafer, s. 75.

1948 yılında Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi)'nin kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır.¹⁴ Bu sözleşme ile ağır ve insanlık onurunu zedeleyici bu suçun barış ya da savaş zamanında bir daha işlenmemesi için devletler işbirliğine çağırılmıştır.¹⁵ Soykırımın savaş zamanında işlenmesi suçun niteliğini değiştirmez. Devletler hukukuna göre, soykırım yasağı temel bir prensiptir. Devletler, bu yasağa karşı herhangi bir sözleşme imzalayamazlar. Böyle bir sözleşme yok hükmündedir.¹⁶ Hukuki bir inancı yansıtan teamüle göre de böyledir. Teamül, devletlerin milletlerarası hayatı ilgilendiren belli konulardaki hukuki inançlarına dayanan uygulama ve örflerinden doğar. Bir başka ifade ile, devletlerin uzun zamandan beri hukuk olduğu inancı ile riayet ettikleri uygulama örfleri milletlerarası teamülü oluşturur. Teamülün esasını teşkil eden uygulama, tutarlı ve tekdüze olduğunda, devletlerin genel katılımı sağlandığında ve uygulamaya riayet edilmesini gerekli kılan bir hukuk kuralının varlığında teamül kural olur.¹⁷ Bazı kuralların teamülün parçası olup olmadığının anlaşılması için ulusal veya uluslararası içtihatlar göz önünde bulundurulabilir.¹⁸ Uluslararası ceza hukuku büyük ölçüde teamüllerden doğmuştur.¹⁹ Artık soykırım uluslararası bir suçtur. Ve bu suçu işleyenler cezasız bırakılmamaktadır.

Soykırım, 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, Roma Statüsü'nün 6. maddesinde, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 4. maddesinde ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2. maddesinde aynı şekilde tanımlanmıştır. Tanımlardaki tek fark, birinde Sözleşme derken, diğerlerinde Statü teriminin kullanılmasıdır.

¹⁴ Başak, s. 72.

¹⁵ Meltem Uluda, *Geçmişten Günümüze Ermeni Meselesi ve Sözde Soykırımın Uluslararası Kriterler Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2006, Bilgi için bkz. www.yok.gov.tr

¹⁶ Güller / Zafer, s. 76. Bu kurallara jus cogens yani emredici kurallar denilmektedir. Çınar, Mehmet Fatih, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Kazancı Matbaacılık, Çanakkale, 2004, s. 77.

¹⁷ Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 18, 20, 22.

¹⁸ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Rühân / Önok, Rifat Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 59.

¹⁹ Aksar, s. 18.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre; Soykırım, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, sırf bu niteliği nedeniyle, kısmen veya tamamen yok etmek kastıyla, aşağıda sayılan fiillerin işlenmesidir:

- (a) Grup üyelerini öldürmek;
- (b) Grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek;
- (c) Bir grubun üyelerini, kasten, bunların fiziki olarak kısmen veya tamamen yok edilmesi sonucunu doğuracağı önceden hesaplanan yaşam koşulları altına sokmak;
- (d) Grup içinde doğumları bilinçli olarak önlemeye yönelik tedbirler dayatmak;
- (e) Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletmek.

Görüldüğü gibi soykırım suçunun karakteristik özelliğini suçun manevi unsuru oluşturur. Böyle bir durumda önem kazanan husus, failin özel kastıdır.²⁰ Maddede sayılan ve maddi unsura ait seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmiş olması, suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Bu fiiller ayrıca, "millî, etnik, ırki veya dini bir topluluğu" özel olarak hedef alarak, bunları kısmen de olsa yok etme amacına yönelik olarak işlenmelidir.²¹ Mağdurların taşınmış olduğu grup kimliğine ait özellikler failin bu eylemleri gerçekleştirmesine neden olmaktadır.²² Yapılan eylem bir grubun yok edilmesi amacına yönelik bir planın parçası ise veya böyle bir kast taşıyorsa, eylem soykırım niteliği taşır. Aksi takdirde soykırım değildir.²³

Sözleşme'de siyasi gruplara karşı yapılan eylemlerin ve azınlıkların kültürünün zorla yapılan asimilasyon sonucu yok edilmesinin soykırım suçu sayılmaması, Sözleşme'nin uygulama alanını iyice daraltmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği 1951'den 1992'ye kadar geçen süre içinde, birkaç istisna dışında uygulanamaması sert tepkilere yol açmıştır. Sözleşme'nin hiçbir işe yaramadığı da söylenmiştir.²⁴ Özellikle korunan grupların içine siyasal ve sosyal grupların

²⁰ Ezeli Azarkan, *Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınevi, 2003, s. 93.

²¹ Rıfat Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Davanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 74.

²² Berberer, s. 9.

²³ Azarkan, s. 93.

²⁴ Uluada, s. 107.

dahil edilmemesi, tanımın bireylere karşı gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olması, grubun yaşadığı çevreye karşı işlenen eylemlerin tanımda yer almaması, makul şüphenin ötesinde özel kastın ispatının çok güç olması, “kısmen” kavramının tanımlanması ve ölçülmesinin imkansızlığı, hangi sayıdaki ölümün soykırım olacağına belirlenmesindeki güçlükler, Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan tanıma getirilen eleştirilerdendir. Gerek Sözleşme’de, gerekse Statü’de soykırım suçunu oluşturan fiiller sayılırken kullanılan “as such” Türkçedeki karşılığıyla “ve benzeri” ifadesinin, soykırım suçunu oluşturan fiillerin sınırlı sayıda “*numerus clausus*” olmadığı anlamına geldiği, söz konusu grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine neden olabilecek diğer fiillerin de, soykırım suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.²⁵ Ulusal, ırksal, dini veya etnik kökene dayalı 4 grubun korunduğu göz önüne alındığında; Nazilerin homoseksüelleri ve 300 bini aşkın zihinsel engelliği yaşama-ya değer olmadığı gerekçesiyle öldürmüş olması, öldürülen kişilerin bu sayılan gruplara girmemesinden dolayı soykırım kapsamı içinde değerlendirilememektedir.²⁶

Ad Hoc Komite tarafından hazırlanan taslakta politik gruplar olduğu halde, Sözleşme’nin 2. maddesinde korunan gruplar arasında yer almamaktadır.²⁷ Soykırım sözcüğünün mucidi Lemkin’in kendisi siyasi grupların Sözleşme kapsamı dışında tutulmasını önermiştir. 96(1) sayılı karardan farklı olarak hem siyasi gruplar hem de “diğer gruplar” Sözleşme dışı tutulmuştur. Zira tarihte en sık görülen ve en çok sivil ölümüne neden olan mücadeleler siyasi amaçlar güden gruplar arasında cereyan etmiştir. Örneğin, Kamboçya’da Pol Pot rejiminin yaptığı ve 2 milyona yakın sivilin hayatına mal olan katliamlar Sözleşme’deki soykırım tanımının dışında kalmıştır. Aynı şekilde Sovyetler Birliği’nde Ekim Devrimi çerçevesindeki ölümler de soykırım sayılmamıştır.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin birçok kararı- na göre, bazı istisnai fiiller hariç, “Bosna-Hersek’te Sırpın etnik temizliği bile soykırım suçu dışına çıkmıştır.”²⁸

²⁵ Değirmenci, s. 56.

²⁶ Başak, s. 77.

²⁷ Duran, s. 9.

²⁸ Aktan, Gündüz, “Devletler Hukukuna Göre Ermeni Meselesi”, Bilgi için bkz. http://www.ermenisorumu.gen.tr/turkce/makaleler/makale16_1.html (Çevrimiçi;

Soykırım suçuyla mücadele etmek, uluslararası hukuk bakımından Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan ve olmayan tüm devletler için bir zorunluluğa işaret etmektedir. Bu bakımdan, bazı devletler Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olmamış ise, bu durum, devletin vatandaşlarının soykırım yapma hakkına sahip olduğu anlamına gelmez.²⁹

Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar

A - Genel Olarak

Devletler arasında imzalanan ceza hukukuna ilişkin ilk sözleşmeler köleliğin veya korsanlığın önlenmesine dair olan ve bu filleri suç olarak tanımlayan sözleşmelerdir.³⁰

Toplumlar arasındaki sürekli ve yoğun ilişkilere bağlı olarak, bazı suçların uluslararası kamu düzenini ihlal etmesinden ötürü, söz konusu suçların uluslararası hukuk çerçevesinde yargılanabileceği kanaati oluşmuştur.³¹ Uluslararası suçlar bakımından yargı yetkisi konusu, devletlerin konuya yaklaşımına göre farklılık göstermektedir. A.B.D.'ye göre; bu tür suçlar devletin yargı yetkisi içinde olmalı ve bu kişiler askeri mahkemelerde cezalandırılmalıdır. Uluslararası yargının uygulanmasını savunan Kıta Avrupa'sı ülkelerinin birçoğu, konuya suçluların takibatı açısından yaklaşmakta ve bu şekilde yargılamanın daha uygun olacağını düşünmektedirler.³² Bizce de ulusal mahkemeler bahsi geçen suçları yargılama konusunda yeterli değildir, çünkü ulusal mahkemeler yargılamayı başlatamayabilir veya başlatsa bile sürdüremeyebilir, kovuşturma yapmayı siyasi uzlaşma sağlamak için istemeyebilir. Ve devletlerin, temel insan haklarına yapılan ağır ihlallere karşı sessiz kalması, ancak; kendi çıkarlarının hanel görmesi durumunda harekete geçmesi yargılamaların uluslararası mahkemelerde yapılmasını gerektirmektedir.³³ Dolayısıyla soykırım suçunu işleyenler de bu şekilde cezalandırılacaktır.

01.11.2009).

²⁹ Azarkan, s. 93.

³⁰ Güller / Zafer, s. 1.

³¹ Halatçı, s. 58.

³² Başak, s. 27.

³³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 314, 315.

II. Dünya Savaşı'nın ardından, 8 Ağustos 1945'te yapılan Londra Antlaşması'nın 2. maddesine göre, Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi, 19 Ocak 1946 tarihli bir Kararnameyle de Uluslararası Uzakdoğu Askeri Ceza Mahkemesi II. Dünya Savaşı'nı kazanan devletler tarafından kurulmuştur.³⁴

Yukarı da sayılanlardan sonra, 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilip, 12 Ocak 1951 tarihinde 260 A (III) numaralı B.M. Genel Kurul Kararı ile yürürlüğe giren Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile devletler tarafından soykırımın suç olarak kabulü gerçekleşmiştir. Soykırım Sözleşmesi'nin, ilk maddesinde, soykırım suçunun ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun bir devletler hukuku suçu olduğu ve anlaşmacı tarafların bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri, ikinci maddesinde suçun tanımı ve maddi unsuru, üçüncü maddesinde soykırımda bulunulması için işbirliği yapmanın, doğrudan ve aleni olarak kışkırtmanın, soykırımı teşebbüs ve iştirak etmenin de cezalandırılacağı, dördüncü maddesinde bu suçu işleyenler arasında yönetici, kamu görevlisi, özel kişi gibi bir ayrıma gitmeyerek herkesin cezalandırılacağı, beşinci maddesinde taraf devletlerin sözleşme hükümlerine etkinlik kazandırmak için iç hukuklarında gerekli yasal düzenlemeyi yapacaklarını taahhüt ettiklerini, altıncı maddesinde Sözleşme'de yer alan fiili işlediği için hakkında suç isnadı bulunan kişilerin suçun işlendiği ülkedeki veya uluslararası bir ceza mahkemesinde yargılanacağı, yedinci maddesinde soykırım fiilini işleyen kişilerin Sözleşmeciler Devletler tarafından bu tür olaylarda kendi yasalarına ve yürürlükteki sözleşmelere göre suçluları iade etmeyi üstleneceği, sekizinci maddesinde soykırımın engellenmesi için B.M.'ye başvurulabileceği, dokuzuncu maddesinde ise soykırım yapılmasından sorumlu devletle ilgili olarak Taraf Devletler'e Uluslararası Adalet Divanı'na gitme hakkı tanınacağı belirtilmiştir.³⁵ Uzun yıllar bu hak kullanılmamış, bu hakkı ilk defa, 1993 yılında Bosna - Hersek, Sırbistan - Karadağ'a³⁶ dava açmak suretiyle kullanmıştır.

³⁴ Önok, s.40 - 42.

³⁵ Bilgi için bkz. http://www.ihb.gov.tr/mevzuat/um_B.M._sozlesmeleri/sykirim_sucunun_onlenmesi_sozlesmesi.pdf (Çevrimici;15.12.2009).

³⁶ Duran, s. 8.

B- Nürnberg ve Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Ceza Mahkemesi

Nürnberg ve Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin her ikisi de, sadece II. Dünya Savaşı sırasında işlenen suçları kovuşturmak için galip devletler tarafından kurulmuş, ad hoc (özel), olağanüstü, jürili olmayan ve yargılamaların toplu olarak yapıldığı askeri mahkemelerdir.³⁷ Ayrıca Mahkemeler; savaşın bütün taraflarınca işlenen tüm suçları yargılamak üzere kurulmadıklarından, yalnızca mağlup olan devletlerin savaşla ilgili suçlarına bağlı olarak özel olarak kurulduklarından objektif adaleti sağlama görevleri de yoktur.³⁸ Bu yüzden bu Mahkemeler sürekli uluslararası ceza adaleti sistemi kurulmasında yeterli olamamışlardır.³⁹ Nürnberg Mahkemesi savaş suçlarında bireysel sorumluluğun en önemli kaynağı kabul edildiğinden, yalnız devletlerin değil, aynı zamanda bireylerin de uluslararası hukuka uygun davranması gerektiği bu Mahkeme'nin kurulmasıyla ortaya çıkmıştır.⁴⁰

Aslında bu Mahkemelerin görünürdeki kurulma amacı; adaleti gerçekleştirmek, bozulan dünya düzenini yeniden sağlamak olsa da, esas amacı mağlup devletlerin yöneticilerinden ve üst düzey komutanlarından intikam almaktır.⁴¹

Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren suçlar, Nürnberg Statüsü'nün 6. maddesine göre; barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardır.⁴² Nürnberg Mahkemesi'nde ilk yargılamalar Kasım 1945'te başlamış ve önde gelen Nazi liderlerinden yirmi ikisi yargılanmış, üçü intihar etmiş, üçü beraat etmiş ve diğerleri ceza almıştır.⁴³ Nürnberg Mahkemesi'nde savcı Nazi liderleri "soykırım" suçu ile itham etmesine rağmen, bu terimin Nürnberg Statüsü'nün esasa ilişkin hükümleri arasında yer almamasından dolayı, Mahkeme bu suçluları, Statü'nün 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve savaş öncesi ve savaş sırasında, sivil halkın öldürülmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi ve diğer insanlık dışı muamelelere tâbi tutulması ile savaş suçlarına

³⁷ Önok, s. 41, 42.

³⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s. 329.

³⁹ Tefik Odman, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", A.Ü.H.F.D., Ankara, 1996, C. 45, S.1, s. 132.

⁴⁰ Arzu Alibaba, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kuruluşu", A.Ü.H.F.D., Ankara, 2000, C. 49, S. 1, s. 185.

⁴¹ Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009, s. 20.

⁴² Çınar, s. 13.

⁴³ Çınar, s. 15; Tezcan / Erdem / Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s.330, 331.

bağlı olarak siyasal, ırkçı ya da dinsel nedenlerle yapılan zulümler olarak nitelendirilen insanlığa karşı suçlardan mahkûm etmiştir.⁴⁴

Hermann Goering, Hitler'den sonraki en önemli, askeri ve siyasi konularda Hitler üzerinde etkili bir kişiydi. Goering, Nazi Partisi'ni iyi bir şekilde teşkilatlandırmış, Gestapo'yu geliştirmiş ve ilk defa toplama kamplarını kurmuştur. Nürnberg Mahkemesi'nde görülen Goering davasında mahkeme Goering'in hem siyasi hem de askeri bir lider olduğuna istinaden sivillerin köle olarak kullanılması, Museviler ve diğer ırklara karşı girişilen soykırım politikalarının hazırlayıcısı olmak, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal ve insanlığa karşı suçları işlemekten suçlu bulmuş, ölümle cezalandırmıştır.⁴⁵

Nürnberg Mahkemesi için yapılan olumsuz eleştirilerden biri; yapılan yargılamalarla güçlünün güçsüze iradesini dayattığı, eleştirilerden en büyüğü ise "kanunsuz suç ve ceza olmaz" evrensel ilkesinin ihlal edilerek, geçmişe dönük kanunlaştırma yapıldığı doğrudur.⁴⁶

Ayrıca Mahkeme'nin adli ve idari heyetinin bütünüyle savaşı kazanan devletlerin vatandaşlarından oluşması Mahkeme'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürmekte ve oluşan bu makul şüphe yapılan eleştirilerin haklılığını ortaya koymaktadır.⁴⁷

Nürnberg Mahkemesi için yapılan olumlu bir eleştiri ise, Statüsü'nde var olan, uluslararası ceza hukuku suçlarının, daha sonra kurulmuş olan bütün uluslararası ceza mahkemelerinin statülerine örnek teşkil etmesidir.⁴⁸

Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Ceza Mahkemesi, Nürnberg Mahkemesi'nden farklı olarak, Müttefik Kuvvetleri Başkomutanı tarafından yayınlanan 19 Ocak 1946 tarihli bir kararnameyle kurulmuştur. Yargı yetkisine; Statüsü'nün 5. maddesinde yer alan barışa karşı suçlar, konvansiyonel savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar girer.⁴⁹ Bu mahkeme yirmi beş Japon vatandaşını yargılamış ve hepsini mahkûm etmiştir.⁵⁰

⁴⁴ William Schabas, (Çeviren: Gülay Arslan), *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 22; Berberer, s. 22.

⁴⁵ Azarkan, s. 184 vd.

⁴⁶ Çınar, s. 15; Tezcan / Erdem / Önok, s. 330, 331.

⁴⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 335.

⁴⁸ Çınar, s. 15.

⁴⁹ Çınar, s. 16.

⁵⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 331.

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin hakimlerin sayısı gibi uygulama farklarının yanı sıra önemli bir farkı, Nürnberg Mahkemesi'nde milli mahkemelere de yetki verilmişken, Tokyo Mahkemesi'nde milli mahkemelere yetki verilmemesidir.⁵¹

Bütün olumsuz eleştirilere rağmen, evrensel değerlerin kazanımında sancılı dönemler atlatıldığı, bu değerlerin kazanımı sürecinde birçok kişinin haksız muamelelere maruz kaldığı düşünüldüğünde, bu Mahkemelerin kurulmasıyla insanlığın bugün sahip olduğu değerler için adım atıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁵²

C- Ad Hoc Mahkemeler

Ad Hoc Mahkemeler; B.M. Güvenlik Konseyi kararları ile kurulmuş, gerçekleştirilen bazı fiillerin neticesinde kurulan ve sadece bu fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan olayların faillerini yargılamakla görevlendirilmiş olan geçici ve sivil mahkemelerdir.⁵³ Bizce Soykırım Sözleşmesi'nin en önemli eksikliği suç faillerinin cezalandırılmalarının sağlanması için belirli bir yargı mercii, başka bir deyişle, yenen yenilen ayrımının yapılmadığı, bağımsız ve tarafsız bir Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin olmamasıdır.⁵⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulana kadar iki defa kurulan bu Mahkemeler, Statü ve yetkileriyle, kurulması düşünülen daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması için başı çekmiş ve örnek olmuşlardır. Özellikle Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin başarılı olması Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş çalışmalarının hızlanmasına sebep olmuştur.⁵⁵ Aşağıda, bahsedilen bu Mahkemeleri inceleyeceğiz.

1. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

23 milyon nüfuslu, federal bir yapıya sahip, çok milletli bir devlet olan eski Yugoslavya'da Sırlar, Büyük Sırbistan'ı kuracaklarını düşleyerek, 1992 yılında bağımsızlığını ilan eden Bosna - Hersek yönetiminden ayrıldıklarını, Bosna Sırp Cumhuriyeti'ni kurduklarını açıklamışlar ve 1993 yılında bağımsız Bosna - Hersek yönetiminin başkenti

⁵¹ Çınar, s. 18.

⁵² Şen, s. 22.

⁵³ Güller / Zafer, s. 10.

⁵⁴ Alpkaya, s. III.

⁵⁵ Önok, s. 55.

Saraybosna'yı kuşatmışlardır. UNPROFOR yani B.M. Barış Gücü hiç etki gösterememiş ve gerçekleştirilen ihlallere seyirci kalmıştır. Mart 1992'de etnik temizlik adı altında Müslüman kadınlara yönelik sistematik tecavüz ve köleleştirme fiilleri başlamış, Srebrenitsa'da Temmuz 1995 yılında Sırplar, binlerce Müslüman erkeği, çocuk ayrımı yapmaksızın katletmiştir. Özellikle Müslümanlara yönelik saldırılar düzenlenmiş, 1992 ile 1995 yılları arasında Ortodoks Sırplarla Müslüman Boşnaklar, 1993 yılında Müslüman Boşnaklarla Katolik Hırvatlar ve 1991-1992 yılları arasında ise Katolik Hırvatlarla Ortodoks Sırplar arasında çıkan çatışmalarda 300.000'e yakın insan ölmüş ve 2 milyon kişi de zorunlu göçe tabi tutulmuştur.⁵⁶ Gerçekleşen bu savaşta dikkat çekici en önemli nokta ise; üç etnik gruba ait milis kuvvetlerin ve devlet ordularının karşı karşıya gelmesidir.⁵⁷

Yukarıda ayrıntılarına girmeden anlattığımız bu ve benzeri olayların yaşanması sonucu; Yugoslavya'da meydana gelen, insan haklarının ihlaline sebep olan kişilerin yargılanıp, cezalandırılması için, B.M. Güvenlik Konseyi'nin 25 Mayıs 1993'de verdiği 827 sayılı kararıyla, B.M. Şartı'nın 7. Bölümüne dayanarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına olanak sağlanmış ve bu kararı takiben mahkeme La Haye'de kurulmuştur.⁵⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne gelen ilk dava olan Tadic davasında sanık, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin B.M. Şartı'na aykırı olarak kurulduğunu iddia etmişse de mahkemenin kuruluşu B.M. Şartı'nın 41. maddesine dayandırılmış ve meşruluğu kanıtlanmıştır. Mahkeme'nin yetkisine daha sonra yapılan itirazlarda, Tadic kararına atıf yapılmıştır.⁵⁹ Mahkeme'nin kuruluşunun dayandırıldığı silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen hal-ler başlıklı 41. maddesinde, "Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen ne gibi tedbirlerin alınması lazım geleceğini tespit ve B.M. üyelerini bu tedbirleri uygulamaya davet edebilir." Denmektedir.⁶⁰

⁵⁶ Azarkan, s. 124; Alpkaya, s. 15 vd.; Önok, s. 58; Bilgi için bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Bosna_Sava%C5%9F%C4%B1 (Çevrimiçi; 19.12.2009).

⁵⁷ Deniz Özer Kızılsümer, "B.M. Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Dava (Bosna Hersek v. Sırbistan)", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2008, C. 4, S. 15, s. 62.

⁵⁸ Alibaba, s. 189; Başak, s. 36.

⁵⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 345 vd.

⁶⁰ Odman, s. 144.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uluslararası insancıl hukuku ağır şekilde ihlal edenleri ve Statüsü'nün 1. maddesine göre 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerini, savaş kanun ve teamüllerinin ihlalini gerçekleştirenleri, soykırım ve insanlığa karşı suçları işleyenleri yargılamaya yetkisi vardır.⁶¹

Ulusal, etnik, ırksal veya dini grup üyelerinin tamamını veya bir kısmını yok etme amacı taşıyan, yasaklanmış eylemler Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 4. maddesinde soykırım olarak tanımlanan ve Mahkeme'nin yargı yetkisine giren eylemlerdir.⁶²

1992 yılının Mayıs ayında Bosnalı Müslümanlar ile Hırvatların tutulduğu toplama kampında yüzlerce kişiyi öldürmek ve yaralamak suçundan Goran Jelisiç Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmıştır. Yargılama sırasında özel kastın oluşup oluşmadığını anlamak için dinlenen tanıklar ifadelerinde, Jelisiç'in Müslümanlardan özellikle Müslüman kadınlardan nefret ettiğini, bu kadınların kısırlaştırılmaları gerektiğini, bu şehre Müslümanları öldürmek için geldiğini söylediğini beyan ederek, Jelisiç aleyhine ifadeler vermişlerdir. Mahkeme'ye göre Jelisiç'in insanlık dışı eylemlerinde şüphe yoktur, ancak tanıkların da beyanlarından ilgili bölgede çatışma meydana gelmeden önce sanığın normal bir kişiliğe sahip olduğu, sonradan sorunlu bir kişilik yapısı oluştuğu anlaşılmıştır. Mahkeme'ye göre, bu sorunlu kişilik yapısıyla cinayetlerinde özellikle Müslümanları seçtiği doğrudur fakat bu cinayetler keyfiyete göre işlenmiştir, özel kastın mevcut olup olmadığı kesin olarak tespit edilememiştir. Ceza yargılamasında sanığın dışı vurduğu eylemleri sonucu elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle manevi unsur tespit edildiğinden, bir grubu yok etmek özel kastı savcılık tarafından ortaya konulamadığından, şüpheden sanık yararlanır evrensel ilkesi gereğince Jelisiç Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından soykırım suçuyla mahkûm edilmemiştir.⁶³

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Karadžić ve Mladić davasında, etnik temizleme yöntemlerinin uygulanmasının ve yok edici fiillerin tekrarlanmasının da soykırım kastını ortaya koyduğunu ayrıca maddede sayılmayan fakat grubun temel unsurlarına karşı bozma amaçlı fiillerin de soykırım niyetini ortaya koyabileceğini belirtmiştir.⁶⁴

⁶¹ Alpkaya, s. 120 vd.

⁶² Azarkan, s. 158.

⁶³ Berberer, s. 58.

⁶⁴ Duran, s. 23. Belirtilmelidir ki Mladić henüz yakalanmamıştır. Bilgi için bkz.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, failin resmi görev ve sıfatı onun ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yani devlet başkanı olsa bile ceza sorumluluğu azalmayacak veya yok olmayacaktır. 7. maddenin 3. fıkrasına göre de, üst astın işlediği suçlardan sorumlu tutulacaktır. Ayrıca aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, amirin emrini yerine getirmek, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.⁶⁵

Savaş sırasında işlettirdiği fiillerden dolayı, Sırbistan Devlet Başkanı olan Slobodan Miloseviç'in, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılamasına devam edilirken bu kişinin, kalp krizi nedeniyle ölümü (11 Mart 2006) sonucu yargılama sona ermiştir.⁶⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin zaman ve yer bakımından yargı yetkisinden Statüsü'nün 8. maddesinde 1 Ocak 1991'den itibaren başlayan dönemde, Eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin topraklarını, hava sahasını ve karasularını kapsayan egemenlik alanı içinde işlenen fiiller bakımından geçerlidir.⁶⁷

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 9. maddesine göre; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ulusal mahkemelere üstünlüğü vardır ve itilaf çıkarsa Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne gidilecektir, ayrıca Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin içtüzüğünde herhangi bir devletin ulusal mahkeme kararının Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni bağlamayacağı belirtilmektedir.⁶⁸ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 10. maddesinde Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmış bir kişi "non bis in idem" kuralına istinaden tekrar yargılanamayacaktır. Fakat insancıl hukukun ciddi ihlalini oluşturan bazı durumlarda kişi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından tekrar yargılanabilecektir. Bu haller; kişinin adi bir suç olarak nitelendirilen fiilden yargılanması, yargılamanın bağımsız ya da tarafsız olmaması ve

http://www.diplomatikgozlem.com/haber_oku.asp?id=2637 (Çevrimiçi; 03.06.2010). 2008 yılının Temmuz ayında Karadzic yakalanmıştır. Bilgi için bkz. <http://www.timeturk.com/Binbir-surat-Karadzic-boyle-yakalandi!--FOTO-18620-haberi.html>

⁶⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 349.

⁶⁶ Bayilloğlu, s. 42.

⁶⁷ Alpkaya, s. 134.

⁶⁸ Halatçı, s. 59.

ulusal mahkemede yapılan kovuşturmanın basiretli bir şekilde yapılmamış olmasıdır.⁶⁹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 24. maddesinde Mahkeme'nin ölüm, para, kamu haklarından yoksunluk gibi cezalara hükmedemeyeceği sadece hapis cezasına hükmedebileceği yer almaktadır. Yalnız Statü'nün 24. maddesinin 3. fıkrasına göre, suç işlenerek elde edilen gelirlerin hukuki olarak sahiplerine iadesine karar verilebilir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 29. maddesinin 2. fıkrasına göre de, mahkemenin suç faillerinin kendisine teslim edilmesi talebine bütün devletlerin uyması zorunludur. 1997 yılından sonra, Sırp yetkililer mahkemeye işbirliği yapma konusunda kararlı davranmışlardır. İktidar değişikliği sonucu yeni gelen yönetim, ilişkilerini sağlam tutmayı arzu ettiğinden, savaş suçlularının yakalanması ve tesliminde kolaylık göstermiş, buna istinaden de 29 Haziran 2001 yılında Slobodan Miloseviç mahkemeye teslim edilmiştir.⁷⁰

Son olarak şunu ifade etmeliyiz ki; Bosna Sırp Hükümeti savaş suçlularını Mahkeme'ye iade etmeme durumunda Avrupa Birliği (A.B.) ve North Atlantic Treaty Organization (N.A.T.O.) gibi kurumlara giremeyeceklerini düşündüklerinden bu kişilerin yakalanması ve tesliminde Mahkeme'ye kolaylık sağlamaktadırlar. Sırp Hükümeti tarafından 2008 yılında Radovan Karadžić'in yakalanması da bunun böyle olduğunu göstermektedir. Bazı sanıklar da Uluslararası mahkemelerde yargılanmaktan kaçamayacaklarını anlayıp, kendileri teslim olmuşlardır.⁷¹

2. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

I. Dünya Savaşı'nın ardından Belçika'ya verilen Ruanda'da çalışmayan Ruandalılara kahve tarlalarında çalışma zorunluluğu ve buralarda çalışmayanlara da kırbaça cezalandırma gibi kurallar getirildi. Belçika Hükümeti % 9 nüfus oranına sahip olan Tutsileri, % 90 nüfus oranına sahip olan Hutulara karşı desteklemek amacıyla ırka dayalı birtakım ayrıcalıklar verdi. Herkese ırkını gösteren kimlikler dağıtıldı, Belçikalı

⁶⁹ Tezcan, / Erdem / Önok, s. 349.

⁷⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 355 - 357.

⁷¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 358; Bilgi için bkz. <http://www.tumgazeteler.com/haberleri/bosna-sirp-hukumeti/> (Çevrimiçi; 19.12.09).

yöneticiler hastane kabullerinden işe almaya kadar ırksal ayrımcılığa başladı. Görünümü iyi veya zengin olanlar Tutsi olarak kabul edilmeye başlandı. 1950' den sonra Belçika, özgürlükçü akımların güç kazanması üzerine Hutuları desteklemeye başladı ve Ruanda 1962 yılında bağımsızlığını kazandı.⁷² Bağımsızlığın elde edilmesinden sonra yönetim Hutu milliyetçisi bir politika izledi, çıkan olaylarda pek çok Tutsi öldü. Başta Parlamento'daki eğitimli Tutsilerin işlerine son verildi ve sonra sürgüne zorlandılar. 1980'e kadar komşu ülkelerdeki Tutsi nüfusu 500 bini bulmuştu ama onlar ülkelere dönüş için organize olmaya çalıştılar.⁷³

Özellikle sayıca Uganda'da fazla olan Tutsiler, iktidarı ele geçirmek için kimi zaman Ruanda içine sızıp şiddete başvurmuşlar, Hutular da buna misilleme olarak ülkede kalan Tutsilere yoğun saldırılarda bulunmuşlardır. Nisan 1994 yılında vahşi katliam başlamış, aşırı uç Hutular özellikle eğitimli Tutsileri ve ılımlı Hutuları katletmişlerdir. Ruanda'daki kiliseler vahşetten kaçan kişilerin sığındıkları değil, cinayetlerin işlendiği mekânlara dönüşmüştür.⁷⁴ Nisan ayından Haziran ayına kadar çıkan iç savaşta 800 bin ya da daha fazla insan ölmüş yani halkın en az % 10'u öldürülmüştür.⁷⁵ Sadece asker veya milisleri değil sivil Hutuları da harekete geçiren ve ölü sayısının bu kadar çok olmasına yol açan en önemli neden, yönetimden ve güçten daha fazla pay isteyen Hutulu idarecilerin hırslarıdır.⁷⁶

B.M. ve N.A.T.O. askeri müdahaleleri, Batılı devletlerin arabuluculuğu bile devreye sokulmamış, yaşanan olaylara uluslararası toplumun müdahalesi çok zayıf kalmıştır. Bunun bir nedeni de yaşananların uzak bir Afrika köşesinde gerçekleşmesi ve Batılı devlet adamlarının yaşananlara ses çıkarmayarak vicdanlarını da kapalı tutmalarıdır.⁷⁷

⁷² Bilgi için bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Ruanda_Soyk%C4%B1r%C4%B1m%C4%B1 (Çevrimiçi;20.12.2009).

⁷³ Berberer, s. 74.

⁷⁴ Bilgi için bkz. http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2004/04/040407_rwanda_letters.shtml (Çevrimiçi;20.12.2009).

⁷⁵ Önok, s. 80 vd.

⁷⁶ Ebru Çoban, *Modern Devlet ve Irk Söylemi İçerisinde Ruanda Soykırımı*, Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s.2; Bilgi için bkz. www.yok.gov.tr; Bilgi için bkz. http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2004/04/040407_rwanda_letters.shtml (Çevrimiçi; 20.12.2009).

⁷⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 359.

Yaşanan soykırım olaylarını cezalandırmanın uluslararası toplumun görevi olduğunu belirterek bir mahkeme kurulmasının gerekliliğini bizzat söyleyerek çağrıda bulunan Ruanda Hükümeti yetkilileri, daha sonra isteklerinin gerçekleşmemesi üzerine Mahkeme'nin kurulmasına karşı çıkmışlardır.⁷⁸

Gerçekleşen bu olaylar üzerine nihayet; B.M. Güvenlik Konseyi 8 Kasım 1994 yılında ve 955 sayılı kararla, B.M. Antlaşması'nın 7. Bölümüne de dayanarak Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulması kabul edilmiştir.⁷⁹ Mahkeme'nin kuruluşu B.M. Şartı'nın 7. Bölümüne yasal olarak dayandırılmıştır ve Statüsü'nün önsözünde yukarıda belirttiğimiz üzere Ruanda Hükümeti'nin, Mahkeme'nin kurulması yönündeki iradesine yer verilmiştir.⁸⁰

Kanyabashi kararında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin olmadığı ileri sürülerek itiraz edilmesi üzerine Tadic kararına atıf yapmış ve itirazı reddetmiştir. Fakat daha sonra Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi verdiği Karamera kararında, mahkemenin kuruluşunun yasallığını incelemenin yetkisini aştığını beyan ederek, yetki yönünden yapılan itirazı reddetmiştir.⁸¹

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi 1 Ocak 1994 ile 31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda sınırları içinde veya komşu ülkelerde; soykırım, uluslararası insancıl hukukun ihlali niteliğindeki ve insanlığa karşı suçları işleyenlerin veya bu fiilleri işleyen Ruanda vatandaşlarının yargılanmasını içerir. Ruanda dışında yapılan katliamların da Mahkeme'nin yargı yetkisinde olmasının sebebi, bu eylemleri gerçekleştirenler arasında Ruanda vatandaşlarının olması ve bu katliamların da Ruanda'da ki iç savaşla ilişkili olmasıdır.⁸²

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2. maddesinde yer alan "ulusal, etnik, ırki veya dini bir topluluğu tamamen veya kısmen yok etmek kastıyla işlenen" fiillerden birisi, soykırım suçunu oluşturur.⁸³

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Akayesu kararında, fiilin grup üyesi bir veya daha çok kişiye karşı işlenmesinin gerektiğini yani

⁷⁸ Alibaba, s. 190.

⁷⁹ Çınar, s. 24.

⁸⁰ Önok, s. 83.

⁸¹ Tezcan, / Erdem / Önok, s. 360, dipnot 1355 ve 1356.

⁸² Başak, s. 46, 48.

⁸³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 362.

soykırım suçunun oluşması için bir kişinin bile öldürülmesinin kâfi olduğunu belirtmiştir.⁸⁴

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Rutaganda ve Musema kararlarında, grubun fiziksel varlığının kısmen veya tamamen yok edilmesi, grubun üyelerinin yaşamına derhal son vermek değil de, grubun yok edilmesine yol açacak; yiyecek vermeme, evden çıkarmama, gerekli tıbbi hizmetlerin asgarinin altına düşürülmesi olabilir demiş ve sanıklar soykırım suçundan suçlu bulunmuştur.⁸⁵

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Kayishema ve Ruzindana kararlarında, işlenen cinayete soykırım diyebilmek için özel kastın arandığını ifade etmiş, suçluların sergilediği davranışların, olaylara katılımlarının yeterli deliller olabileceğini belirtmiş ve bunun için özel kastın var olduğu düşüncesiyle hareket etmiştir. Sanıkların kontrolü altındaki kasabalardaki Tutsilerin acımasızca öldürülmesi, Tutsileri öldüren Hutu savaşçılarını araçlarla taşımaları, sanıkların Tutsiler öldürülürken şarkılar söyleyip, “işinize bakın” gibi kelimeleri sarf etmeleri ve bunun gibi deliller sonucu Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi soykırım yapıldığına hükmetmiştir.⁸⁶

Ruanda örneğinde Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemeler açısından yarışan yetki söz konusudur. Fakat buna rağmen; Statü'nün 8. maddesinin 2. fıkrası ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne öncelik tanınmış ve yargılamanın her aşamasında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne, devlet mahkemelerinden baktıkları davada yetkilerini kendisine devretmelerini resmi ve bağlayıcı olarak talep edebilme yetkisi verilmiştir.⁸⁷ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Bagosora adlı eski askeri yetkiliye, aşırı görüşlü bir Hutu komisyonuna liderlik yaptığı ve bu komisyonun da Tutsi ve ılımlı Hutuların katliamını planlamasından dolayı soykırım suçunu işlemekten suçlu bulmuş ve aynı şekilde iki komutana daha müebbet hapis cezası vermiştir.⁸⁸

Ayrıca Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi İçişleri Eski Bakanı Kalimanzira'yı da soykırım ve soykırımı iştirakten suçlu bularak 30 yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir.⁸⁹

⁸⁴ Duran, s. 28.

⁸⁵ Duran, s. 33.

⁸⁶ Duran, s. 20.

⁸⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 363.

⁸⁸ Bilgi için bkz. <http://www.tumgazeteler.com/?a=4441157> (Çevrimiçi;22.12.2009).

⁸⁹ Bilgi için bkz. [http://www.usakgundem.com/haber/37619/ruanda-soyk%](http://www.usakgundem.com/haber/37619/ruanda-soyk%27)

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 22. maddesinde mahkemenin ölüm, para, kamu haklarından yoksunluk gibi cezalara hükmedemeyeceği sadece hapis cezasına hükmedebileceği, 26. maddesinde ise mahkemenin suç faillerinin kendisine teslim edilmesi talebine bütün devletlerin uyması zorunludur hükmü yer almaktadır.⁹⁰

Son olarak şunu ifade etmek gerekir ki; eski bir başbakan, birçok eski bakan ve üst düzey yetkilinin yargılanması bakımından Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden başarılı olmuştur.⁹¹

D- Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ruanda'da gerçekleştirilen soykırım eylemleri ve Yugoslavya'da yapılan etnik temizlik uluslararası ceza mahkemesi kurulması yönündeki faaliyetleri hızlandırmış, A.B.D.'ye ait bir yolcu uçağının terörist bir saldırı sonucu düşürülmesi ve terörist zanlıların iadesinin hükümetleri tarafından reddedilmesi gibi olaylar ise, mahkemenin gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.⁹²

Uluslararası suçlar sadece suçun işlendiği ülkede değil, bütün uluslararası toplumun menfaatine hanel getiren, suçun işlenilmesinden dolayı diğer ülkelerde doğrudan etkili olmasa bile, bütün ülkelerin güvenliğini tehdit eden suçlardır. Bu suçları işleyen kişilerin yargılanmalarını bütün insanlığa karşı işlenmiş sayan bazı ülkelerin iç hukukları, evrensel yargı yetkisini içeren prensibe göre, suçun failini yakalayan her ülkenin, faili yargılamak veya faili yargılayacak ülkeye iade etmek zorunda olduklarına yer verir.⁹³

Ulusal mahkemelerin uluslararası suç işleyenleri gerektiği gibi yargılayamamaları uluslararası bir ceza mahkemesine ihtiyaç doğurmuştur.⁹⁴ 1994 yılında B.M. Genel Kurulu uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması yönündeki çalışmalarını hızlandırmış ve 1995 yılında iki ayrı oturumda toplanan Özel Komite'yi oluşturmuştur. Bu Özel Komite B.M.

[C4%B1r%C4%B1m%C4%B1-eski-%C4%B0%C3%A7i%C5%9Fleri-bakan%C4%B1na-30-y%C4%B1l-hapis.html](http://www.c4b1r.com/c4b1m/c4b1-eski-%C4%B0%C3%A7i%C5%9Fleri-bakan%C4%B1na-30-y%C4%B1l-hapis.html) (Çevrimiçi;22.12.2009).

⁹⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 362.

⁹¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 364.

⁹² Azarkan, s. 119.

⁹³ Halatçı, s. 60 vd.

⁹⁴ Alibaba, s. 183.

Genel Kurulu'na uluslararası ceza divanının kurulması için ön araştırma yapacak, bir Hazırlık Komitesi kurulmasını tavsiye etmiş, B.M. bu öneriyi kabul etmiş ve Aralık 1995'de Hazırlık Komitesi kurulmuştur.⁹⁵

B.M. Genel Kurulu tarafından atanan uzmanlardan oluşan ve uluslararası hukukun kanunlaşması için görevlendirilen Uluslararası Hukuk Komisyonu, önceliğe sahip, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne benzeyen uluslararası bir ceza mahkemesi tasarlamıştı.⁹⁶ B.M. Genel Kurulu'nun talebiyle Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Ceza Mahkemesi Taslak Statüsü'nü ve raporunu hazırlamıştır. 1994 yılında B.M. Genel Kurulu'na sunulan bu Taslak Statü ve rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün temelini oluşturmuştur.⁹⁷ Hazırlık Komitesi toplantılarında ise "tamamlayıcılık" adı verilen, ulusal mahkemenin kovuşturmada isteksiz olması veya kovuşturma olanağına sahip olmaması durumunda yargı yetkisinin kullanılabilceği bir mahkemenin kurulması ön plana çıkmıştır. Ve oluşturulan Özel Komite, adaletin en yüksek standartlarını sağlamak için, işlenen uluslararası suçlarda uygulanacak kuralları yargısal takdirdeki belirsizliklere bırakmak yerine, bu kuralların Mahkeme'nin Statüsü'ne dahil edilmesi sonucuna varmıştır.⁹⁸

Varolan istikrarsızlığa son vermek, daha iyi yapılandırılmış bir temel oluşturmak için⁹⁹ İtalya'nın Roma kentinde düzenlenen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Roma Diplomatik Konferansı 15 Haziran - 17 Temmuz 1998 tarihleri arasında yüz altmış ülke delegesinin katılımıyla gerçekleştirilmiştir. 1995 - 1998 yılları arasında Özel Komite'nin ve Hazırlık Komisyonu'nun konuların çoğunu karara bağlayamamasından dolayı, bu konular çözümlenememiş, Statü Taslağı'nda da önemli eksiklikler kalmıştır. Konferans'ın başlangıcında birçok konunun siyasi nitelikte olmasından dolayı belirsizlikler yaşanmıştır.¹⁰⁰ Konferans sırasında yargı yetkisi, davaları kabul ve uygulanacak hukuk kuralları konuları, devletlerarasında geniş

⁹⁵ Önok, s. 87, 88.

⁹⁶ Schabas, s. 23.

⁹⁷ Güller / Zafer, s. 17.

⁹⁸ Schabas, s. 29, 30.

⁹⁹ Albin Eser, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri", Feridun Yenisey (Editör), *Uluslararası Ceza Divanı*, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 9.

¹⁰⁰ Alibaba, s. 191.

tartışma konusu olmuştur. Örneğin; Statü’de yer alan suç tiplerinin hangisi bakımından Mahkeme’nin yetkili olacağına Statü’ye ek bir protokol eklenerek devletlerin kendilerinin karar vermesi yönündeki öneri, bu öneriye karşı olan devletlerin kararlı ve şiddetli direnişi sayesinde reddedilmiştir.¹⁰¹

Konferans sonucunda, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü, Konferans’a katılan yüz yirmi ülke delegesinin onay vermesiyle 17 Temmuz 1998 yılında kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Bu Statü’ye ek olarak yine aynı tarihte B.M. Genel Kurulu tarafından bir Hazırlık Komisyonu kurulması öngörülen bir Nihai Senet kabul edilmiştir. Usul ve delil kurallarının, ayrıca tanımlara uyacak şekilde de suç unsurlarının hazırlanması için Hazırlık Komisyonu’na çeşitli görevler verilmiştir. Hazırlık Komisyonu, suç unsurlarını ve usul kurallarını hazırlayarak 30 Haziran 2000 yılında tamamlamıştır.¹⁰² Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin görevine başlayabilmesi için, bu Statü’yü daha sonra altmış ülkenin onaylaması gerekmektedir.¹⁰³ 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzaya açık kalan sözleşme sonucu mahkeme, 1 Temmuz 2002 yılında Hollanda’nın La Hey kentinde kurulmuştur.¹⁰⁴ Hazırlık Komisyon’u, çalışmalarını Mahkeme Statüsü’nün yürürlüğe girmiş olduğu tarihte tamamlamış fakat Eylül 2002 yılına kadar fesholmemiştir.¹⁰⁵

Roma Statüsü’nün oluşturulması ve Mahkeme’nin kurulmasıyla, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ve olağanüstü mahkemelerin hukuka uygun olmayışı konularında daha önce kurulan mahkemelere yöneltilen eleştiriler karşılanacaktır, fakat Statü’nün uygulanmasında bazı ülkelerin korunacağı ve ülkelerin cezalandırabilme olanaklarına da kısıtlama getireceği bellidir. Ayrıca Mahkeme ve Statü, ceza yargılamasında tamamlayıcı özellik taşısa da, ülkelerin iç hukuklarındaki yetkilerine karışıldığından, zayıf ülkelerin mağdur olmalarına yol açacak gibi bir izlenim de vermektedir.¹⁰⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi çok önemlidir, çünkü; ilk kez, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçu gibi fiilleri kovuşturmak

¹⁰¹ Önok, s. 96.

¹⁰² Schabas, s. 34, 35.

¹⁰³ Alibaba, s. 181, 182.

¹⁰⁴ Hakan Karakehya, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, AÜHFD, Ankara, 2008, C. 57, S. 2, s. 141.

¹⁰⁵ Schabas, s. 35.

¹⁰⁶ Şen, s. 33, 77.

ve cezalandırmak için uluslararası toplum sürekli bir yargısal organı kullanacaktır.¹⁰⁷ Ayrıca, insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin kovuşturulması ve cezalandırılması hususunda uluslararası toplumun kararlılığını göstermesi açısından da Uluslararası Ceza Mahkemesi kilometre taşıdır.¹⁰⁸

Statü 13 bölüm ve 128 maddeden oluşan, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılayacağı suçları, bu suçları yargılarken uygulayacak usul kaidelerini ve mahkemenin yapısını belirten hukuki bir belgedir.¹⁰⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi tüm uluslararası toplumun güvenliği için tehdit oluşturan soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçu işleyen yani Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 5 ve 8. maddeleri arasındaki suçları işleyen kişileri zaman aşımı hükümlerini uygulamamak suretiyle yargılamakla görevlidir.¹¹⁰ Mahkeme sayesinde, failerin sorumluluğu sağlanarak, suçluysalar cezalandırılacak, mağdurların suçtan doğan zararları karşılanacak ve gelecekte bu suçların işlenmemesi için gözdağı verilmiş olacaktır.¹¹¹

Statü'nün 17. maddesine göre Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal mahkemeleri tamamlayıcı nitelikte bir mahkeme olduğundan Statü'de yer alan suçları işleyen kişilerin yargılanması için, ulusal mercilerin harekete geçmediği veya harekete geçse bile isteksiz davrandığı durumlarda devreye girecektir. Fakat bir devletin muktedir olduğu sahada işlenen uluslararası bir suçu işleyen ve kendi vatandaşı olan fail yada failere yargısal anlamda müdahale etmemesi veya edememesi, uluslararası platformda utanç verici bir durumdur.¹¹²

Statü'nün 124. maddesine göre; bir devlet Statü'ye taraf olurken, kendi vatandaşları tarafından veya kendi ülkesinde işlenen savaş suçu fiillerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini Statü'nün onaylanıp, yürürlüğe girdiği 7 yıl boyunca kabul etmediğini beyan etmek haricinde Statü'ye çekince koyarak taraf olamaz.¹¹³

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine girdiği halde devlet bu suçu işleyenleri, kendi hukukunda düzenlediği ceza yargı-

¹⁰⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 366.

¹⁰⁸ Önok, s. 104.

¹⁰⁹ Güller / Zafer, s. 21.

¹¹⁰ Halatçı, s. 57.

¹¹¹ Önok, s. 103.

¹¹² Karakehya, s. 143.

¹¹³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 374.

sıyla yargılamak isterse, devletlerin egemenlik hakkına bağlı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 1. maddesine göre; Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi ortadan kalkacaktır.¹¹⁴

Statü yürürlüğe girdikten sonra, Statü'ye taraf olan devlet, Statü'ye taraf olduktan sonra işlendiğini iddia ettiği suç için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanmasını isteyebilir yani Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanmasını istemek için Statü'yü onaylamak gerekecektir. Fakat Statü'ye taraf olmayan bir devlet de, mahkemenin yargı yetkisini sunacağı yazılı bir beyanla tanıyabilir. O devlette de yazılı beyanın sunulduğu tarihten sonraki suçlar için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi geçerlidir, aksi halde bu durum "ceza normlarının zaman bakımından sanık aleyhine geriye yürümezliği" ilkesini ihlal edecektir.¹¹⁵

Statü'yü onaylamamış, Statü'ye taraf olmayan bir devletin egemenlik sahasında Statü'de yer alan suçların işlenmesi durumunda, suçun failleri, Statü'ye taraf olan bir devletin uyruğunu taşıyorlar ise Statü'nün 12. maddesine göre, Mahkeme yetkili olabilecektir.¹¹⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü; Mahkeme'ye suç unsurları, usul ve delil kuralları gibi ayrıntılı düzenlenmiş konularda kendi hukukunu oluşturma konusunda pek yetki vermemesine rağmen, Statü'nün 21. maddesi Mahkeme'ye vereceği kararlarda önceki içtihatlarla dayanma zorunluluğu getirmemektedir.¹¹⁷

Statü'de, Mahkeme'nin sadece gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu, Statü'nün 25. maddesinde ise suç işlendiği zaman 18 yaşın altındaki kişileri yargılamak için yetkili olmadığı yer almaktadır.¹¹⁸ 86. maddesinde, taraf devletlere Mahkeme ile işbirliği yapma görevi yüklenmiş ve 98. maddesinde ise devlet başkanları da dahil hiç kimse için yargı bağışıklığı kabul edilmemiştir. Statü'de yer alan bir suçun işlendiğinin Statü'ye taraf devletlerden biri yada B.M. Güvenlik Konseyi'nin bildiriyle veya Savcılığın re'sen soruşturma başlatarak Mahkeme'nin yargılama yapması Statü'nün 14 ve 15. maddesine dayandırılmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁴ Güller / Zafer, s. 31.

¹¹⁵ Şen, s. 84.

¹¹⁶ Berberer, s. 82.

¹¹⁷ Karakehya, s. 152.

¹¹⁸ Schabas, s. 103.

¹¹⁹ Berberer, s. 82.

1 Temmuz 2002 yılında faaliyete geçen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Demokratik Kongo Cumhuriyeti Hükümeti'nin başvurusuyla Mayıs 2004'de Demokratik Kongo Cumhuriyeti ile ilgili, Uganda Hükümeti'nin başvurusuyla Temmuz 2004'de Uganda ile ilgili, B.M. Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla Haziran 2005'de Sudan ve Darfur ile ilgili, Orta Afrika Cumhuriyeti Hükümeti'nin başvurusuyla Mayıs 2007'de Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili soruşturma başlatılmıştır.¹²⁰ Açılan soruşturmalar sonucu son olarak Sudan Devlet Başkanı hakkında soykırım, savaş suçu ve insanlığa karşı suçları işlediği iddiasıyla tutuklama kararı çıkartılmış fakat davanın hemen açılması konusunda B.M. Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.¹²¹ Statü'yü 21.07.2009 tarihi itibarıyla, 139 devlet imzalamış, 110 devlet de onaylamıştır.¹²²

E- Diğer Uluslararası Araçlar

1. B.M. Güvenlik Konseyi

Uluslararası nitelik taşıyan bir problemin uzamasının uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturup oluşturmadığını belirlemek için Güvenlik Konseyi'ne verilen soruşturma hakkının hukuki dayanağı B.M. Şartı'nın 34. maddesinin son cümlesidir. Ayrıca, Güvenlik Konseyi uluslararası uyuşmazlık ve durumların çözümünde asıl yetkili organdır. Örneğin, Darfur'da işlenen suçlarla ilgili yaşananların dünyadaki en vahim insani kriz olduğunu ilan etmiş, sonra bu konuda ciddi önlemler almış fakat alınan önlemler yaşanan krizi önlemeye yetmemiş ve 31 Mart 2005'de aldığı 1594 sayılı kararla Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne bildirimde bulunmuş, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Haziran 2005'de yaşananlarla ilgili olarak soruşturma başlatmıştır.¹²³

¹²⁰ Bilgi için bkz. http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=88 (Çevrimiçi;03.01.2010).

¹²¹ Bilgi için bkz. http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=126&Itemid=59 (Çevrimiçi; 03.01.2010).

¹²² Bilgi için bkz. http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=41 (Çevrimiçi; 03.01.2010); Bilgi için bkz. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties> (Çevrimiçi;03.01.2010).

¹²³ Halatçı, s. 73, 74.

Güvenlik Konseyi'nin B.M. Şartı'nın 7. Bölümünde tanınan¹²⁴ barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi gerçekleştirilmesi durumunda, bu bölümde tanınan yetkileri çerçevesinde alacağı özel nitelikli bir kararla Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanması için yapacağı başvuru geçerli olacaktır. Yalnız bu başvurunun geçerli olabilmesi için Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin kararı veto etmemesi gerekmektedir. Örneğin; Konsey'in daimi üyelerinden olan Çin'in istememesi üzerine herhangi bir olayın, Güvenlik Konseyi kararı ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne getirilmesi mümkün değildir.

Güvenlik Konseyi'nin bir veya daha fazla uluslararası suçun işlenmiş olabileceği bir durumda var olan durumu iddia makamına gönderme ve böylece savcılığı harekete geçirme hakkına sahip olduğunu söylemiştik. Bununla beraber Güvenlik Konseyi'ne tanınan ve uzatılabilen 12 aylık sürede soruşturmaların veya ceza kovuşturmalarının ertelenmesini isteme hakkı vardır. Koşullar değişmediği takdirde karar yenilenebilir.¹²⁵

A.B.D., Bosna-Hersek'te Barış Gücü operasyonlarında görev alan A.B.D. askerlerinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine girmeyeceğine dair bir karar alınmasını istemiştir. Eğer istediği yapılmazsa bundan böyle B.M. operasyonlarında yer almayacağı ve Bosna-Hersek'teki Barış Gücü operasyonunu veto edeceği tehdidinde bulunmuştur. Diğer devletler A.B.D.'nin tavrını eleştirmişler fakat A.B.D.'nin Bosna-Hersek'teki Barış Gücü operasyonunun süresinin uzatılmasını veto etmesi üzerine A.B.D.'nin bu isteğini kabul etmişlerdir.¹²⁶

Güvenlik Konseyi'nin gerektiği takdirde, yetkisini kullanarak alırdığı zorlayıcı önlemlere uyulması için N.A.T.O.'dan yararlanabileceği hususu Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986'da Nikaragua'da ki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası'nda göz önüne aldığı barışçıl yöntemin yetersiz kalması yada bu yöntemin sonuçsuz kalacağının anlaşılması hükmüne dayandırılmaktadır.¹²⁷

¹²⁴ Muzaffer Yasin Aslan, "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", A.Ü.H.F.D., 2007, C. 56, S. 4, s. 65; Bilgi için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/B.M.sarti-07.html> (Çevrimiçi; 04.01.2010).

¹²⁵ Eser, s. 23.

¹²⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 370.

¹²⁷ Zeynep Manavoglu, "NATO'nun Kosova'ya Müdahalesinin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 4, S. 14, s. 33, 35.

Konsey'in soruşturma açılmasını engelleme yetkisi de bulunmaktadır.¹²⁸ Statü'nün 16. maddesi uyarınca, Konsey Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasını önleyebilir. 12 Temmuz 2002 yılında kabul edilen 1422 sayılı kararla, A.B.D., Birleşik Krallık, Çin, Fransa ve Rusya Federasyon'un yer aldığı Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinden biri kovuşturma açılmasını, kendisine tanınan veto hakkı ile önleyebilir.¹²⁹

Saldırı fiilini tespit etmek, barış ve güvenliğin korunması için alınacak önlemleri kararlaştırmak ve tavsiyede bulunmak B.M. Güvenlik Konseyi'nin tekelindedir.¹³⁰

2. Uluslararası Adalet Divanı

Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre; taraf devletlerarasında çıkan uyuşmazlıklar, ilgili devletlerden birinin talebi üzerine ve ilgili devletlerin Sözleşme'ye çekince koymamaları şartıyla Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne getirilebilir.¹³¹ Uluslararası Adalet Divanı, devletlerin birbirleriyle olan uyuşmazlıklarıyla ilgili sorunlarını dava ettikleri, bireylere bu konuda pek rol tanımayan yani bireylere başvuru olanağının tanınmadığı, yetkisi belirli bir coğrafi bölgeyle sınırlı olmayan, evrensel bir mahkemedir. Uluslararası Adalet Divanı, devletlerarasındaki hukuki uyuşmazlıkları inceleyip karara bağlayarak ve uluslararası örgütlere istişari mütalaa vererek yetkilerini kullanır. Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği kararlar oy çokluğuyla alınır, kesindir, devletlerin verilen kararlara mutlaka uyma zorunluluğu vardır fakat icbar edici bir mekanizma yoktur.¹³²

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36. maddesinin 2. fıkrasında taraf devletlerin Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini tanıması gerektiğini bildirir. Buna istinaden Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olan Yunanistan 1976 yılında Ege Denizi'ndeki kıta sahanlığı sorununu Uluslararası Adalet Divanı'na taraf olan fakat

¹²⁸ Önok, s. 98.

¹²⁹ Schabas, s. 106 vd.

¹³⁰ Rifat Murat Önok, "UCD'nin Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk" / Feridun Yenisey (Editör), *Uluslararası Ceza Divanı*, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 235.

¹³¹ Başak, s. 75, 76.

¹³² Schabas, s. 6; Berberer, s. 83; Bilgi için bkz. <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&PHPSESSID=33b5cded8dad55ba41c0c91b2477e32> (Çevrimiçi;04.01.2010).

zorunlu yargı yetkisini kabul etmeyen Türkiye'ye karşı Uluslararası Adalet Divanı'na götürmüş, fakat dava yetkisizlik sebebiyle Uluslararası Adalet Divanı tarafından reddedilmiştir.¹³³

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin 1. fıkrasında, antlaşmalardan sonra, hukukun genel ilkeleri dışındaki bütün prensip ve kurallarını içeren örf ve adete atıf yapılmış, daha sonra ise hukukun genel ilkeleri kaynak olarak gösterilmiştir.¹³⁴

Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesine dayanılarak 20 Mart 1993 yılında Bosna - Hersek'in Sırbistan - Karadağ'a karşı açmış olduğu ve Uluslararası Adalet Divanı'nın da bakmış olduğu ilk davanın, soykırım içtihadına zenginlik vermesi sebebiyle, tarihi bir önem arz ettiği bilinmektedir. 26 Şubat 2007 tarihinde dava hakkında verilen karar soykırım hukukuna ilişkin birçok konuya özellikle soykırım suçunun işlenmesi halinde devletlerin sorumlu tutulabilme koşullarına açıklık getirmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği karara kadar süren uluslararası uygulamaya göre, devletlerin yükümlülüğü soykırımı önleme ve sorumlularını cezalandırmayla sınırlıydı. Açılan davada, davalı olan tarafın Soykırım Sözleşmesi'nin devletlerin sorumluluğunu öngörmediğini iddia etmesine rağmen, Uluslararası Adalet Divanı Soykırım Sözleşmesi'nin 1. ve 9. maddelerini yorumlayarak Sözleşme'nin devletlerin soykırım suçunu işlemesini yasakladığı sonucuna varmış ve bu suçu işlemekten dolayı devletlerin de sorumlu tutulabileceklerini karara bağlamıştır. Elleri bulunan ve makul olan her türlü imkanı, soykırım suçunun işlenmesini önlemek için uygulamaya koymak devletlerin yükümlülüğündedir. İstenilen sonucun elde edilmemiş olması devletin sorumlu tutulmasını engellemez ve devlet elindeki imkanlar dahilinde soykırımı önlemek için gerekli önlemleri almamışsa yada ihmal etmişse devletin sorumluluğu doğar. Uluslararası Adalet Divanı soykırım suçundan kimsenin mahkûm edilmediği durumlarda bile, devletlerin soykırım suçundan veya bu suça iştiraktan sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, bir devletin soykırım suçunu işlemekle itham edilebilmesi için bu suçlamanın mutlak ispat gücüne haiz unsurlarla kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Uluslararası Adalet Divanı soykırım suçunun oluşması için "özel kast" unsuruna kritik bir önem vermiş, verdiği kararında, çatışma sırasın-

¹³³ Bayıllıoğlu, s. 61, 62.

¹³⁴ Karakehya, s. 155.

da, bazı mahallelerde ve Bosna - Hersek'teki esir kamplarında kitlesel öldürmelerin yapıldığının kuvvetli kanıtlarla ispatlandığını belirtmiş, kurbanların büyük ölçüde koruma altındaki gruptan olduğunu ve bu kişilerin sistematik olarak hedef alındıklarının da anlaşıldığını vurgulamıştır. Fakat buna rağmen Uluslararası Adalet Divanı, Bosnalı Müslümanlara uygulanan kitlesel öldürmelerin, özel kastla işlendiğine ikna olamamıştır. Uluslararası Adalet Divanı, Bosna - Hersek'te yaşanmış olan ağır ve yoğun katliamları, zulüm ve işkence edildiğini yani Soykırım Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini onaylamış fakat bunların Srebrenitsa'da işlenen fiiller dışında soykırım suçunu oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Srebrenitsa'da soykırım suçunun işlenmiş olmasını kabul etmesine rağmen Uluslararası Adalet Divanı, gerçekleştirilen öldürmelerin hükümetin talimatıyla olmadığını, bazı liderler tarafından yapıldığını söyleyerek, davalı olan Sırbistan - Karadağ devletine soykırım suçunun isnat edilemeyeceğine dair bir karara varmıştır.¹³⁵

3. Ülkesel veya Bölgesel Araçlar

Sadece birkaç dava için tam anlamıyla uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması güvenlik sorunu gibi nedenlerle gerçekleştirilememektedir. Bu yüzden; günümüzdeki eğilim ise, yarı uluslararası ceza mahkemelerinin kurulmasıdır. Ulusal yargı sisteminin çökmesi ya da ulusal yargı sisteminin işler fakat çeşitli nedenlere dayalı gerilimlerin yüksek olması ve bu gerilimler içerisinde adil yargılamanın yapılamaması sonucunda da, karma ceza mahkemeleri kurulmuştur. Yarı uluslararası yada karma ceza mahkemelerinin kuruluşu mali ve teknik yönden uluslararası ceza mahkemesine göre daha kolaydır.¹³⁶

Bu mahkemeler aslında ulusal yargı organlarıdır ama değişik şekillerde kurularak bazı uluslararası özellikler verilmiştir. Sierra Leone Özel Mahkemesi B.M. ile yapılan özel bir antlaşmayla 30 Kasım 1996 tarihinden sonra bu ülkede işlenen ve uluslararası insancıl hukuk ile ulusal hukukun ağır ihlalini oluşturan fiillerden dolayı sorumluluk derecesi fazla olanları yargılayan bir mahkemedir. Bu mahkeme sadece uluslararası suçları yargılamamakta, aynı zamanda kasten öldürme,

¹³⁵ Sevin Elekdağ, "Uluslararası Adalet Divanı Kararı: Soykırım Hukukuna Önemli Bir Katkı", Uluslararası Suçlar: Bosna - Hersek Örneği, Avrasya Bir Vakfı, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi, 2008, s. 75 vd.; Özer, s. 68 vd.

¹³⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 431.

ırza geçme, toplu imha, terör hareketleri, köleleştirme, yağma, cinsel esaret, çocukların silah altına alınması ve B.M. Barış Gücü ve insancıl yardım personeline saldırma gibi fiilleri de yargılamaktadır, sanıkların yargılanmasına ve hüküm verilmesine başlanmıştır.¹³⁷

Lübnan Özel Mahkemesi de Güvenlik Konseyi'nin B.M. Şartı'nın 7. Bölümü'nde tanınan yetkileri çerçevesinde çıkartılan bir kararla, Lübnan Başbakanı Rafiq Hariri suikastinin soruşturulmasında Lübnan mercilerine yardımcı olmak için kurulan bir mahkemedir. Mahkeme'nin asli görevinin Hariri ve birçok kişinin ölmesine ve yüzlerce kişinin yaralanmasına sebep olan suikastin sorumlularının yargılanması olduğu halde, antlaşma tarafları arasında mutabakat sağlandığı takdirde 01.10.2004 - 12.12.2005 yıllarından daha ileriki tarihlerde gerçekleştirilen saldırılar da, bahsi geçen saldırıyla bağlantılı olması veya nitelik açısından benzer olması durumunda mahkemenin yargı yetkisine girecektir.¹³⁸

Kamboçya Olağanüstü Daireleri ise B.M. ile yapılan ve sadece Kamboçya hukuk sisteminin yargı yetkisine giren suçların işlenmesinin kovuşturulmasında işbirliği için kurulan ve ulusal niteliği ağır basan, 17.04.1975 - 06.01.1979 tarihleri arasında suç işleyenleri yargılayacak dairelerdir. Kamboçya Olağanüstü Dairelerinin Kurulmasına Dair Kanun'a göre bu daireler; adam öldürme, işkence, dini amaçlı zulüm, soykırım, insanlığa karşı suçlar, 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlalleri, silahlı çatışma sırasında kültürel malvarlığının imhası, uluslararası alanda korunması gereken kişilere karşı işlenen suçları yargılamakla görevlidir. Hakimleri, B.M. Genel Sekreteri tarafından hazırlanan listeden ulusal makamlar tarafından seçilecek uluslararası hakimlerdir. Ağustos 2008'de ilk sanık ortaya çıkmış, insanlığa karşı suçları ve Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlallerini işlemek suçlarıyla itham edilmiştir.¹³⁹

Doğu Timor ve Kosova'da ki Özel Daireler B.M. Güvenlik Konseyi tarafından orada görevli Geçici İdare'yi yetkilendiren kurallar içerisinde yasama ve yargı alanında da bazı yetkilerle donatılmışlar ve bazı suçları soruşturmakla görevlendirilmişlerdir. Kosova savaş ve etnik suçlar mahkemesinin kurulması Kosova B.M. Geçici İdaresi Komisyonu

¹³⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 432.

¹³⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s. 437.

¹³⁹ Tezcan / Erdem / Önok s. 436.

tarafından önerilmiş fakat kurulamamıştır. Bu mahkemenin kurulması yerine, ulusal alanda görev yapan hakimlerin tarafsızlığından şüphe duyulması halinde, sanığın veya savcının talebiyle bu hakimlerin uluslararası alanda görev yapan hakimlerle yerlerinin değiştirilebileceği öngörülmüştür. Uygulamada da gerekli olan durumlarda ve önemli davalarda; yargılama, çoğunluğu uluslararası mahkemelerde görev yapan hakimlerden oluşan mahkeme heyetleri tarafından yürütülmektedir.¹⁴⁰

Doğu Timor bölgesinde yıllardır işlenen suçları araştırmak için, B.M. tarafından görevlendirilen bir soruşturma komisyonu kurulmuş, bu komisyon uluslararası bir ceza mahkemesi kurulmasını önermiş fakat bunun yerine, Geçici İdare'nin çıkardığı bir kanunla uluslararası unsurlarla desteklenen ulusal yargı sisteminin işletildiği "Özel Panel"ler kurulmuştur. İki yabancı, bir yerli hakimin oluşturduğu Özel Paneller'de, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, soykırım, cinsel suçlar, işkence ve kasten öldürme suçlarını işleyenler Doğu Timor'da işlenmek şartıyla, kime karşı işlendiğine bakılmadan yargılanacaktır. Özel Paneller'de ayrıca Doğu Timor vatandaşlarına karşı işlenen ve işlendiği yerin önemli olmadığı suçlarda yargılanacaktır. İşlenen suçların bu Özel Paneller'de yargılanabilmesinin şartı 01.01.1999 - 25.10.1999 tarihleri arasında gerçekleştirilmiş olmasıdır. Fakat 2005 Mayıs'ında bu Özel Paneller devreden çıkmış ve uluslararası suçları yargılama görevi ulusal mahkemelere bırakılmıştır.¹⁴¹

SONUÇ

Soykırım suçunun diğer suç tipleriyle karışmasını önlemek için hedef grubun tespitinin ve özel kastın ispatının tam anlamıyla ortaya konulması ve özellikle bu sayılanlara göre nitelendirme yapılması gerekmektedir. Soykırım suçunda özel kastın hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde saptanmasında ki zorluktan dolayı bu tanım yeniden gözden geçirilmeli ve bu suçun tasarlanmadan işlenemeyeceği unutulmamalıdır. Elbette soykırımı girmeyen fiiller insanlığa karşı suç veya diğer suç gruplarına girer, fakat yaptırım bakımından bu ayırım önemlidir. Ayrıca bu tanım işlendiği aşikâr olan suçların bile soykırım suçu kapsamından çıkmasını sağlayabilir.

¹⁴⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 438.

¹⁴¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 439.

KAYNAKLAR

Kitaplar

- Aksar, Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003.
- Alpkaya, Gökçen, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Azarkan, Ezeli, Nuremberg'ten La Haye' ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınevi, 2003.
- Başak, Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Çınar, Mehmet Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Kazancı Matbaacılık, Çanakkale, 2004.
- Güller, Nimet / Zafer, Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, GSI, Bonn, 2006.
- Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- Önok, Rifat Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Schabas, William, (Çeviren: Gülay Arslan), Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Şen, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Rühan / Önok, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Yenisey, Feridun, (Editör), Uluslararası Ceza Divanı, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.

Makaleler

- Alibaba, Arzu, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kuruluşu", A.Ü.H.F.D., Ankara, 2000, C. 49, S. 1, s. 181 - 207.
- Aslan, Muzaffer Yasin, "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", A.Ü.H.F.D., 2007, C. 56, S. 4, s. 55 - 79.
- Azarkan, Ezeli, "Bireyin Uluslararası Sorumluluğu ve Miloseviç Davası", S.Ü.H.F.D., Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı, 2003, Cilt 11, s. 3 - 4.
- Bayılıoğlu, Uğur, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", A.Ü.H.F.D., Ankara, 2006, C. 55, s. 51 - 121.
- Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (T.C.K. m. 76)", T.B.B.D., Mayıs - Haziran 2007, s. 51 - 115.
- Elekdag, Sevin, "Uluslararası Adalet Divanı Kararı: Soykırım Hukukuna Önemli Bir Katkı", Uluslararası Suçlar: Bosna - Hersek Örneği, Avrasya Bir Vakfı, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi, 2008, s. 75 - 81.
- Halatçı, Ülkü, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2005, C. 1, s. 57 - 76.

- Karakehya, Hakan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", A.Ü.H.F.D., Ankara, 2008, C. 57, S. 2, s. 133 - 163.
- Manavoğlu, Zeynep, "NATO' nun Kosova' ya Müdahalesinin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2008, C. 4, S. 14, s. 27 - 51.
- Ödman, Tevfik, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", A.Ü.H.F.D., Ankara, 1996, C. 45, S.1, s. 131 - 151.
- Özer, Kızılsümer, Deniz, "B.M. Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Dava (Bosna Hersek v. Sırbistan)", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2008, C. 4, S. 15, s. 61 - 84.

Tezler

- Berberer, Halil Murat, Soykırım Suçu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2007.
- Çoban, Ebru, Modern Devlet ve Irk Söylemi İçerisinde Ruanda Soykırımı, Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2007.
- Duran, Batuhan, Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanununda Düzenlenişi, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- Uluada, Meltem, Geçmişten Günümüze Ermeni Meselesi ve Sözde Soykırımın Uluslararası Kriterler Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2006.

İnternet Kaynakları

- www.bbc.co.uk
- www.belgenet.com
- www.diplomatikgozlem.com
- www.emelvakfi.org
- www.ermenisorumu.gen.tr
- www.icc-cpi.int
- www.icj-cij.org
- www.ihb.gov.tr
- www.timeturk.com
- www.tumgazeteler.com
- www.ucmk.org.tr
- www.usakgundem.com
- www.wikipedia.org
- www.yok.gov.tr

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA YABANCILARIN TÜRKİYE'DEN SINIR DIŞI EDİLMESİ DEPORTATION OF FOREIGNERS FROM TURKEY UNDER THE FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION ACT

Gülüm Bayraktaroğlu ÖZÇELİK*

Özet: 11 Nisan 2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan ve belli hükümleri dışında yayımından bir yıl sonra yürürlüğe girecek olan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yabancıların Türkiye'den sınır dışı edilmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Kanunda sınır dışı etme sebeplerinin yanı sıra, ilgilinin sınır dışı edilmesine engel teşkil edecek durumlar, sınır dışı kararını almaya yetkili makam, kararın biçimi, idarî gözetim, sınır dışı kararına karşı yargı yolu ve sınır dışı kararının sonuçları hükme bağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, yabancı, sınır dışı etme.

Abstract: The Foreigners and International Protection Act, published in the Official Gazette of 11th April 2013 shall come into force one year following its publication except for certain provisions. The Act provides for detailed rules as regards deportation of foreigners from Turkey covering the grounds and exceptions of deportation, the national authority to issue deportation orders, form of deportation order, detention, judicial control and results of deportation orders.

Keywords: Foreigners and International Protection Act, foreigner, deportation.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta genel kabul gören devletin ülkesel egemenliği prensibi uyarınca, devletler yabancıların ülkelerine girişi, ülkelelerinde bulunması ve ülke sınırlarından çıkarılması konusunda yetkiye sahiptir¹. Yabancıların isteklerine bakılmaksızın ülke dışına çıkarılma-

* Yrd. Doç. Dr. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

¹ AYBAY, R./DARDAĞAN KİBAR, E.: Yabancılar Hukuku, B. 3, İstanbul 2010, s. 225.

sı olarak ifade edilebilecek sınır dışı etme², temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması anlamına gelmekle birlikte, devletin ülkesel egemenlik yetkisinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir³. Ancak, devletler yabancıların sınır dışı edilmesi bakımından var olan yetkilerini, yine milletlerarası hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanabilirler.

Türk hukukunda da sınır dışı etme yabancıların kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğünün istisnası olarak kabul edilmiştir⁴. Anayasanın 16. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceği düzenlendikten sonra, 19. maddede "... hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişinin yakalanması ya da tutuklanması" kişi hürriyetinin istisnası olarak hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan Anayasanın yerleşme ve seyahat hürriyetine ilişkin 23. maddesinin son fıkrasında vatandaşın sınır dışı edilemeyeceğine ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmayacağına dair düzenleme, sınır dışı etme işleminin ancak yabancılar hakkında yapılacağı anlamına gelmektedir⁵.

Anayasanın anılan hükümleri dışında yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümler Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK)⁶, Pasaport Kanunu (PK)⁷, Türk Ceza Kanunu⁸ (TCK) ve Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve

² AYBAY, R.: "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 2, s. 142.

³ AYBAY, s. 142; EKŞİ, N.: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 6, s. 2806 ("Sınır dışı"). Yabancıların sınır dışı edilmesi, geri gönderilmesi ve geri verilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜL, E.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Ankara 2012. Sınır dışı etme ile suçluların iadesi ve yabancıların giriş-çıkış kapılarından geri çevrilmesi arasındaki farklar için bkz. EKŞİ, Sınır dışı, s. 2807 vd.

⁴ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 226; ÇELİKEL, A./ÖZTEKİN GELGEL, G.: *Yabancılar Hukuku*, B. 16, İstanbul 2010, s. 108 vd.; ÇİÇEKLİ, B.: *Yabancılar Hukuku*, B. 2, Ankara 2009, s. 165; TEKİNALP, G.: *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 7, İstanbul 2002, s. 95.

⁵ Sınır dışı etme işleminin kişinin seyahat özgürlüğü ve kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgisi hakkında bkz. AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 227 vd.

⁶ RG. 24.07.1950, S. 7564.

⁷ RG. 24.07.1950, S. 7564.

⁸ RG. 12.10.2004, S. 25611.

Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte⁹ yer almıştır¹⁰. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı milletlerarası sözleşmeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹¹ ve Ek Protokolleri¹², Avrupa İkamet Sözleşmesi¹³, Avrupa Sosyal Şartı¹⁴, Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)¹⁵ ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme¹⁶ de konuyu çeşitli boyutlarıyla düzenlemektedir¹⁷.

4.4.2013'te kabul edilerek 11.4.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ise, güncel sorunlar ve gelişmeler karşısında yetersiz kalan YİSHK'yı ve PK'nın belli hükümlerini yürürlükten kaldırarak (m. 124) konuya ilişkin

⁹ RG. 30.11.1994, S. 22127.

¹⁰ Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) da, 33. maddesinde sınır dışı edilmeyi vatandaşlığa alınma kararının iptalinin bir sonucu olarak düzenlemiştir. 2009 yılında kabul edilen 5901 sayılı TVK'da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla 5901 sayılı Kanun çerçevesinde vatandaşlığı iptal edilenler ancak genel hükümlere tâbi olarak sınır dışı edilebilecektir. Konuyla ilgili olarak bkz. SİRMEN, S.: "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, C. 67, S. 3, s. 33 vd.; AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 235.

¹¹ RG. 19.3.1954, S. 8662. AİHS metninde yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili tek hüküm, "kişinin, usûlüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alınmaması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması" nı özgürlük ve güvenlik hakkının istisnası olarak düzenleyen 5. maddesinin 1. paragrafının (f) bendidir. Bununla birlikte, Sözleşmenin çeşitli hükümleri sınır dışı işlemleri bakımından dikkate alınmaktadır. Bkz. AYBAY, s. 164 vd.; EKŞİ, N.: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2009, S. 1-2, s. 120.

¹² Türkiye, Sözleşmeye ek 4 ve 7 numaralı Protokolleri sırasıyla 19.10.1992 ve 14.3.1985'de imzalamış; ancak henüz onaylamamıştır. Ek 4 numaralı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 26.2.1994 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ancak onay belgesi henüz tevdi edilmemiştir. Bu sebeple söz konusu Protokoller Türkiye bakımından kanun gücünde kabul edilmemekle birlikte, mevcut düzenlemelerin yorumlanmasında ve uygulanmasında dikkate alınmaları gerekmektedir: AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 231; AYBAY, s. 147.

¹³ R.G. T. 17.9.1989, S. 20285.

¹⁴ R.G. T. 4.7.1989, S. 20215.

¹⁵ R.G. T. 5.9.1961, S. 10898.

¹⁶ R.G. T. 8. 7. 2004, S. 25516.

¹⁷ Söz konusu düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, N.: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul 2011, s. 34 vd. ("Yabancılar Hukuku"); AYBAY, s. 141-171; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 108 vd.; ERGÜL, s. 42 vd.

yeni bir hukukî rejim getirmektedir¹⁸. Söz konusu düzenleme Avrupa Birliği (AB) müzakere sürecinde “*Adalet, Özgürlük, Güvenlik*”e ilişkin 24. fasıl çerçevesinde göç konusunda Türk mevzuat ve sisteminin AB müktesebatıyla uyumlu hale getirilmesi bakımından da önem taşımaktadır¹⁹.

YUKK'nın amacı, yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamı ve uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemek ve İçişleri Bakanlığı'na bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir (m. 1). Kanunun milletlerarası anlaşmalar ile özel kanun hükümlerini saklı tutan 2. maddesinin 2. fıkrası gereğince, YUKK hükümleri ancak hakkında Türkiye'nin taraf olduğu iki ya da çok taraflı milletlerarası sözleşme veya özel kanun bulunmayan hallerde uygulanabilecektir. Kanunun belli hükümleri dışında²⁰ yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (m. 125).

Bu çalışmanın konusunu oluşturan yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümler, YUKK'nın “*Yabancılar*” başlığını taşıyan İkinci Kısmının Dördüncü Bölümünde, 52 ilâ 60. maddelerde yer almaktadır. Çalışmamızda, YUKK'nın söz konusu hükümleri incelenecektir²¹. Bununla birlikte, farklı bir incelemeyi gerektirdiğinden mülteci ve sığınmacıların sınır dışı edilmeleri çalışmanın kapsamına dâhil edilmemiş olup; ancak Kanunun sınır dışı etmeye ilişkin hükümlerinde yer verildiği ölçüde ele alınmıştır²².

¹⁸ Kanunun hazırlık süreci, kapsamı, temel ilkeleri ve Kanunla getirilen yenilikler hakkında bkz. EKŞİ, N.: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, İstanbul 2012, s. 5 vd., s. 111 vd. (“Tasarı”)

¹⁹ Kanunun genel gerekçesi, s. 1. Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin olarak YUKK hükümleri ile AB düzenlemelerinin karşılaştırması için bkz. DARDAĞAN KİBAR, E.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, C. 11, S. 2, s. 53-74 (“Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu”). YUKK'da esas alınan AB mevzuatı hakkında bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 74 vd.

²⁰ YUKK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca, 122. maddesi, 123. maddesinin 1., 2., 5. ve 7. fıkraları ile 124. maddesi hariç olmak üzere, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ilişkin düzenleme getiren 5. kısmı yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹ Çalışmanın hazırlandığı süre zarfında YUKK'nın uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları düzenleyecek yönetmelik (YUKK m. 121) henüz çıkarılmamış olduğundan, değerlendirmeler YUKK hükümleri çerçevesinde yapılmıştır.

²² YUKK öncesi dönemde mülteci ve sığınmacıların sınır dışı edilmeleri hakkında

I. Sınır Dışı Etme İşlemine Konu Kişiler

Kanun kapsamında, sınır dışı kararı alınabilmesi için ön şart ilgili kişinin yabancı statüsünde bulunmasıdır. Kanunun sınır dışı etmeye ilişkin ilk hükmü olan 52. maddesinde yabancıların, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm bir yandan Anayasanın 23. maddesine ve AIHS'ye ek 4 numaralı Protokolün vatandaşların vatandaşı buldukları devletin ülkesinden sınır dışı edilmelerini yasaklayan 3. maddesinin 1. paragrafına²³ uygun olarak ancak yabancıların sınır dışı edilebileceğini düzenlemekte, diğer yandan yabancıların sınır dışı edilebileceği ülkeleri “menşe ülkesi”, “transit gideceği ülke” ve “üçüncü bir ülke” olarak belirlemektedir.

Kanunda “yabancı”, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 3). O halde, “yabancı” kavramına, yabancı devlet vatandaşlarının yanı sıra, vatansızlar²⁴, uluslararası korumadan veya geçici korumadan yararlananlar²⁵

ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Sınır dışı, s. 2801 vd. YUKK tasarısının mülteci hukuku açısından değerlendirmesi hakkında bkz. SOYKAN, C.: “The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey”, *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2012, Vol. 2, No. 2, s. 38- 47.

²³ Anılan hükümle ilgili olarak bkz. AYBAY, s. 144 vd.; AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 233.

²⁴ YUKK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (ş) bendinde “vatansız kişi”, “hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi” olarak tanımlanmıştır.

²⁵ YUKK uyarınca uluslararası koruma, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü ifade etmektedir (m. 3(1)(r)). YUKK'da yer alan “şartlı mülteci” kavramı, YUKK öncesi dönemde “sığınmacı” olarak kabul edilen yabancılar için kullanılmaktadır (m. 62). İkincil koruma statüsü, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye verilen statüdür (m. 63(1)). Geçici koruma ise, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanan korumayı ifade etmektedir (m. 91(1)). Aşağıda görüleceği üzere, uluslararası koruma statüsünde bulunan yabancıların sınır dışı edilmesi, YUKK'nın 54. maddesinin 2. fıkrasındaki özel hükme tâbidir. Geçici koruma sağlanan yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin herhangi bir hüküm ise YUKK'da yer almamıştır. Bununla birlikte, Kanun, bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlü-

ve göçmenler²⁶ dâhildir²⁷. Birden fazla devlet vatandaşı olan kişinin vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, kişi Türk vatandaşı kabul edilir ve sınır dışı etme işlemine konu edilemez²⁸. Sahip olunan Türk vatandaşlığının gerçek vatandaşlık olup olmaması önem taşımaz. Kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıklarından hiçbirinin Türk vatandaşlığı olmaması durumunda ise kişi yabancı statüsünde bulunacağından hakkında sınır dışı kararı verilebilecektir²⁹.

Hakkında sınır dışı kararı alınacak yabancılar “Sınır dışı etme kararı alınacaklar” başlığını taşıyan 54. maddede tek tek sayılmıştır. Söz konusu hüküm Kanunun genel gerekçesinde belirtilen “sınır dışı etme uygulamasının berrak bir hukukî temele oturtulması”³⁰ amacına uygun olarak, mevzuatta dağınık şekilde yer alan sınır dışı etme sebeplerini tek elden düzenlemesi ve özellikle uygulamada YİSHK’nın 19. maddesinde³¹ yer alan genel sınır dışı sebebine dayandırılan sınır dışı işleme-

lükleri, Türkiye’den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesinin, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almıştır (m. 91(2)).

²⁶ Göçmenler de yabancı kavramına dâhil olmakla birlikte, bu kişilerin durumları 5543 sayılı İskân Kanununda düzenlenmiştir. İskân Kanununun YUKK’ya göre özel kanun niteliğinde kabul edilmesi sebebiyle YUKK hükümleri 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ancak İskân Kanununda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacaktır: EKŞİ, Tasarı, s. 127. İskân Kanunu için bkz. R.G. T. 26.9.2006, S. 26301.

²⁷ YUKK’nın kapsamına giren yabancılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 112.

²⁸ Bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 41; AYBAY, s. 144. Kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması ve söz konusu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda kendisi bakımından Türk hukukunun uygulanması, MÖHUK m. 4(1)(b)’de de hüküm altına alınmıştır.

²⁹ Her ne kadar “özel statülü yabancılar” da “yabancı” kavramı içerisine dâhil de olsalar, bu kişilerin sınır dışı edilmeleri istenmeyen kişi (*persona nan gradata*) olarak belirlenmelerine bağlanmakta ve milletlerarası örf ve adet hukuku uyarınca sınır dışı edilmeleri kabul edilmemektedir: AYBAY, s. 148, dn. 14; DURAN, L.: “Yabancıların Türkiye’den Sınır dışı Edilmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 1980, C. 2, S. 1, s. 8.

³⁰ Kanunun genel gerekçesi, s. 2.

³¹ Türk hukukunda genel sınır dışı sebebi kabul edilen, “mızır şahıslar” başlığını taşıyan YİSHK m. 19 hükmü şu şekildedir: “İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumî güvenliğe, siyasî ve idarî icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye’den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye’yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler.”

rini somut bir düzenlemeye kavuşturması bakımından önemlidir. Sınır dışı etme sebepleri bakımından yapılan bir başka önemli yenilik, doktrinde ayrımcı olduğu gerekçesiyle eleştirilen tâbiyetsiz veya Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin³² sınır dışı edilmelerine ilişkin YİSHK'nın 21. maddesinin 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olmasıdır³³.

Kanunun 54. maddesi, ilk fıkrasında hakkında sınır dışı kararı "*alınacak*" yabancıları on üç bend halinde sayarken; 2. fıkrasında uluslararası koruma talebinde bulunmuş, ancak başvurusu henüz sonuçlanmamış kişiler ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında özel bir düzenlemeye yer vermiş ve bu kişiler hakkında sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddî emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı "*alınabileceği*" ni hüküm altına almıştır. Dolayısıyla Kanunun lafzı dikkate alındığında, ilk fıkrada sayılan kişiler hakkında sınır dışı kararı alınmasında idarenin takdir yetkisinin mevcut olmadığı, ikinci fıkrada belirtilen kişilerin sınır dışı edilmesinde ise idarenin takdir yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Maddenin iki fıkrası arasında var olan söz konusu fark sebebiyle anılan hükümde düzenlenen yabancıların durumu aşağıda "*hakkında sınır dışı kararı alınacak yabancılar*" ve "*hakkında sınır dışı kararı alınabilecek yabancılar*" olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

³² Anılan hükümle ilgili eleştiriler, özellikle hükmün 5.1.2011 tarih ve 6097 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce "*Tâbiyetsiz veya yabancı tebaası olan çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin*" sınır dışı edilmelerine ilişkin haliyle ilgilidir. Hükme anılan değişiklik öncesi getirilen eleştiriler hakkında bkz. AYBAY, s. 150; AYDOĞAN, D.: "*Yabancı Çingenelerin Türkiye'ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleri İle Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri*", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 56, S. 1, s. 33 vd. Anılan hükmün sadece sınır dışı etmeye yetkili makamın tespitine ilişkin olduğu da savunulmuştur: AYDOĞAN, s. 36; SİRMEN, s. 32.

³³ 5.1.2011 tarih ve 6097 sayılı Kanunla her ne kadar YİSHK'nın 21. maddesinin 3. fıkrası hükmünden "*yabancı çingenelerin*" sınır dışı edilmelerine ilişkin ifade çıkarıldıysa da hükmün yürürlükten kaldırılmamış olması, "*Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebeler*" bakımından subjektif ve ayrımcı düzenlemenin muhafaza edilmiş olması sebebiyle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiri için bkz. ERGÜL, s. 43- 44.

A. Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınacak Yabancılar (m. 54(1))

Kanun, 54. maddesinin ilk fıkrasında hakkında sınır dışı kararı alınacak yabancıları, on üç bend halinde saymıştır. Anılan hükmün lafzi dikkate alındığında, yukarıda da ifade edildiği gibi, maddede sayılan yabancılar hakkında sınır dışı kararı verilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu kişilerin sınır dışı edilmeleri 55. maddedeki istisnâ durumların varlığı halinde veya vatansız olmaları durumunda³⁴ mümkün değildir.

54. maddeye göre, hakkında sınır dışı kararı verilecek yabancılar şu şekilde sayılabilir³⁵:

1. 5237 sayılı TCK'nın 59. maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler (m. 54(1)(a)): TCK'nın 59. maddesi işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancıların, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve herhalde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumunun, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirileceğini düzenlemektedir³⁶. Söz konusu hükümden ilgili yabancıların sınır dışı edilmesi bakımından idarenin takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır³⁷. Bununla birlikte, YUKK'nın 54. maddesinin 1. fıkrası söz konusu kişilerin "*sınır dışı edilecekleri*"ni hüküm altına almakla, aynı hükmün düzenlediği diğer kişiler bakımından olduğu gibi, burada da idareye değerlendirme konusunda herhangi bir takdir yetkisi vermemektedir.

³⁴ Kanunun 51. maddesi uyarınca vatansızlar kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilmeyeceklerdir (m. 51(1)(b)). Konuyla ilgili olarak bkz. aşağıda. (II- Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınmayacak Yabancılar).

³⁵ Kanunun 54. maddesi çerçevesinde sınır dışı işleminin uygulandığı haller, doktrinde "*güvenlik tedbiri olarak sınır dışı etme*", "*kamu düzenini korumak amacıyla sınır dışı etme*" ve "*ülkeye giriş, ülkeden çıkış, ülke içinde ikamet ve çalışma izni ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışlara veya bunlarla irtibatlı usulsüzlüklerin yaptırımını olarak sınır dışı etme*" şeklinde gruplandırılmıştır: DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 55.

³⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 59. maddesi "*işlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancıların, cezasının infazından sonra derhâl sınır dışı edilmesine de hükümlenileceği*"ni düzenlemektedirken, söz konusu hüküm 2005 yılında kabul edilen 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile son halini almıştır. Anılan değişiklik ile ilgili olarak bkz. LEVİ, S.: "Yabancıların Sınır dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Tartışma Yaratacak Bir Hükmü Nasıl Değişti?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 29-39.

³⁷ TCK'nın 59. maddesi hakkında bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 41-42.

Bu anlamda, YUKK'nın açık hükmü, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı hakkında, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve herhalde cezasının infazı tamamlandıktan sonra sınır dışı kararının verilmesi gerekeceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir³⁸.

2. Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar (m. 54(1)(b)): YUKK uyarınca terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar da sınır dışı edilecektir. Ancak bu sınır dışı sebebi, çeşitli gerekçelerle eleştiriye açıktır.

Öncelikle, hükümde yer verilen “*çıkara amaçlı suç örgütü*” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir³⁹. Zira, “*çıkara amaçlı suç örgütü*” Kanunda tanımlanmadığı gibi, bu kavramın tanımına yer veren 4422 sayılı Çıkara Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu da 2005 yılında yürürlüğe giren 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun m. 18(1)(d) hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır. 5237 sayılı TCK'da da “*çıkara amaçlı suç örgütü*” tanımlanmamıştır. Sadece TCK'nın 220. maddesinde “*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*” suçuna ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁰. Anılan hükümde TCK'nın suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla

³⁸ Hükmün eleştirisi için bkz. İnsan Hakları ve Mazlumder İçin Dayanışma Merkezi (MAZLUMDER): ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’ Hakkında Değişiklik Önerileri, 23.5.2012, s. 6.

³⁹ Bununla birlikte aynı hükümde geçen “*terör*” kavramı ile “*terör suçlusu*” ve “*terör suçları*”na ilişkin düzenleme 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer almaktadır. Anılan Kanunun 1. maddesinde “*terör*”, “*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafla uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemler*” olarak tanımlanmış, söz konusu maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan (m. 2) veya terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyen kişiler (m. 3(2)) terör suçlusu sayılmıştır. Terör suçları, 3713 sayılı Kanunun 3 ve 4. maddelerinde sayılmıştır.

⁴⁰ TCK'nın 220. maddesi hakkında bkz. BOZLAK, A.: “Çıkara Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukukî Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2009, C. 11, S. 3, s. 73 vd.

örgüt kurmak veya yönetmek (m. 220(1)) veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak (m. 220(2)), işlenmesi amaçlanan suçlardan ayrı suçlar olarak tanımlanmış⁴¹, ayrıca, örgüte üye olmakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerin de cezalandırılması öngörülmüştür. TCK'nın tanımlara yer veren 6. maddesinde ise, “*örgüt mensubu suçlu*”, “*bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi*” olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda YUKK'nın kabul edildiği dönemde hukukumuzda artık mevcut olmayan “*çıkar amaçlı suç örgütü*” kavramına yer verilerek, kanunî tanımdan yoksun bir kavrama sınır dışı etme gibi ilgili bakımından ağır bir hukukî sonuç bağlanmış olması eleştiriye açıktır. Bu şekilde ceza kanunlarında tanımlanmamış bir kuruma, sanki mevcut bir ceza hukuku kurumuymuş gibi sonuç bağlanması hukuka uygun gözükmemektedir.

Diğer yandan, YUKK'nın anılan hükmünde, kişinin terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olmasının bir yargı kararıyla tespit edilmiş olması şartı da aranmamıştır. Dolayısıyla hüküm bu haliyle kişinin hakkında herhangi bir yargı kararı olmaksızın, terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olduğu varsayılmak suretiyle sınır dışı edileceği anlamına gelmekte⁴² ve “*suçsuzluk karinesi*”ne ilişkin Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrası⁴³ ve AİHS'nin “*adil yargılanma hakkı*”na ilişkin 6. maddesinin 2. paragrafı⁴⁴ hükümleriyle çelişmektedir. AİHM içtihadında Sözleşmenin anılan hükmü yorumlanırken, suçsuzluk karinesinin sadece suçlamanın esası hakkında karar verecek olan yargılama makamlarını değil, tüm resmî makamları bağladığı ifade edilerek, kişi hakkındaki suç kovuşturması kesin mahkûmiyet kararıyla sonuçlanuncaya kadar kişiye resmî makamlarca suçlu olarak davranılması söz konusu hükmün ihlali olarak değerlendirilmiştir⁴⁵.

⁴¹ BOZLAK, s. 75.

⁴² Söz konusu eleştiri hakkında ayrıca bkz. MAZLUMDER, s. 6.

⁴³ Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrası, “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı*”nı hüküm altına almaktadır.

⁴⁴ AİHS'nin anılan hükmü, “*Bir suç ile itham edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı*”nı düzenlemektedir.

⁴⁵ Mahkemenin anılan yorumu ve ilgili kararları için bkz. GÖLCÜKLÜ, F.: “Avrupa

Buna karşın, Danıştay'ın bazı kararlarında, ilgilinin sınır dışı edilmesi için mutlaka hakkında verilmiş bir ceza mahkûmiyeti kararının bulunması gerekli görülmemiştir. Bazı durumlarda ilgili hakkında mahkûmiyet kararı bulunmasa dahi, sınır dışı etme işleminin yapılmasını gerektirecek haklı sebeplerin varlığı halinde verilmiş sınır dışı etme kararı hukuka uygun bulunmuştur⁴⁶.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle YUKK'da yer alan söz konusu hükmün elden geçirilmesi ya da Kanun metninden çıkarılması düşünülebilir. Zira hükümde sayılan suçlardan mahkûm olan kişilerin durumları, her şekilde 54. maddenin 1. fıkrasının yukarıda anılan (a) bendi kapsamında değerlendirilebileceği gibi, "terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olmak", aynı maddenin aşağıda incelenecek olan (d) bendi çerçevesinde kamu düzeni veya kamu güvenliğine aykırılık teşkil edeceğinden söz konusu sınır dışı etme sebebi kapsamına da sokulabilecektir⁴⁷.

3. Türkiye'ye Girişleri, Türkiye'de Bulunmaları, Çalışmaları ve Türkiye'den Çıkışları Mevzuata Aykırı Görülenler (m. 54(1)(c),(ç),(e),(f),(g),(ğ),(h),(ı),(j)): YUKK'da hakkında sınır dışı kararı verilecek en büyük grubu genel bir ifadeyle Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de bulunmaları, çalışmaları ve Türkiye'den çıkışları mevzuata aykırı görülenler oluşturmaktadır. Bu kişiler, 54. maddenin 1. fıkrasında 9 bent halin-

İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, 1994, C. 49, S. 1-2, s. 221; GÖLCÜKLÜ, F./GÖZÜBÜYÜK, Ş.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, B. 2, Ankara 1996, s. 269. Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, M.: "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. 48, S. 1-4, s. 149-150; ÜZÜLMEZ, İ.: "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 49-50.

⁴⁶ Danıştay 12. Daire, T. 9.2.1970, E. 1968/363, K. 1970/258, Amme İdaresi Dergisi, 1971, C. IV, S. 4, s. 240; Danıştay 12. Daire, T. 9.5.1997, E. 1976/253, K. 1977/1246, Amme İdaresi Dergisi, C. 11, S. 4, 1978, s. 104-105. Söz konusu kararlar hakkında bkz. DURAN, s. 20 vd. Aynı konuda bkz. DARDAĞAN KİBAR, E.: "Türk İdari Yargısında Sınır dışı Etme Kararlarının Ele Alınması", *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 175, Ankara 2010, s. 532; AYBAY, s. 150.

⁴⁷ Bu kimseler bakımından TCK m. 59'un uygulanacağı ve dolayısıyla ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı konusunda bkz. MAZLUMDER, s. 6. Kanununun 59. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde sayılan eylemlerin kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike teşkil etmek durumuna karine oluşturacağı görüşü için bkz. DARDAĞAN KİBAR, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*, s. 65.

de sayılmıştır. Bu çerçevede, “Türkiye’ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar”; “Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar”; “vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler”; “ikamet izinleri iptal edilenler”; “ikamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler”; “çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler”; “Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler”; “hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler”; “ikamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar” sınır dışı edilecektir.

YUKK öncesi dönemde yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin temel hüküm niteliğindeki YİSHK m. 19’da sınır dışı etme sebepleri, “*umumî güvenlik, siyasî ve idarî icaplara aykırılık*” olarak belirtilmiştir. Hükümde geçen “*umumî güvenlik*” tabiri ile ülkenin iç ve dış güvenliğinin kastedildiği kabul edilmekle birlikte, “*siyasî ve idarî icaplara aykırılık*”tan ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır⁴⁸. Bu çerçevede, PK m. 8 uyarınca Türkiye’ye girmesi yasaklanmış olup, her nasılsa giriş yapmış olan kişiler ile YİSHK m. 7 uyarınca ikamet tezkeresi verilemeyecek ve ikamet izni uzatılamayacak kişiler bakımından ne tür bir işlem yapılacağı anılan hükümlerde düzenlenmemiş olduğundan ve bu kişilerin Türkiye’de istenmeyen kişiler olduğundan hareketle, YİSHK m. 19 çerçevesinde idarî icaplara aykırılık sebebiyle sınır dışı edilecekleri kabul edilmiştir⁴⁹. Benzer şekilde, YİSHK m. 20’de ülkeye usûlüne uygun olarak girdikten sonra pasaportlarını kaybedenler veya pasaportlarının hükmü kalmayan yabancılar bakımından, kendilerine ilgili makamlarca resmen ihtar yapılmasından itibaren 15 gün içinde pasaport veya tâbiyet ilmuhaberi alma yükümlülüğü getirilmiş ancak söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyenler bakımından ne tür bir işlem yapılacağı hüküm altına alınmamıştır. Doktrinde söz konusu kişilerden yurtdışına çıkmayanlar bakımından YİSHK m. 19 çerçevesinde idarî icaplara aykırılık sebebiyle sınır dışı işlemi yapı-

⁴⁸ Bkz. ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 111 vd.

⁴⁹ ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 111 vd.; ÇİÇEKİLİ, s. 173; EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 44.; DURAN, s. 9 vd.; ASAR, A.: Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, B. 1, Ankara 2001, s. 191.

labileceği ifade edilmiştir⁵⁰. Keza, TCK'nın göçmen kaçakçılığı (m. 79) ile insan ticaretine (m. 80) ilişkin hükümleri çerçevesinde Türkiye'de bulunan yabancılar ile kaçak çalışan yabancıların da YİSHK'nın aynı hükmü çerçevesinde sınır dışı edilebileceği kabul edilmiştir⁵¹. PK'nın 34. maddesinde ise, ülkeye her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş vatandaşlar ile yabancılara bin Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verileceği ve bunlardan yabancı olanların sınır dışı edileceği düzenlenmiştir.

YUKK'nın söz konusu hükmü, hakkında açık hüküm olmamakla birlikte YİSHK m. 19'a dayandırılan sınır dışı işlemlerini somutlaştırmakta ve PK m. 34'te yer alan sınır dışı sebebini de içermektedir. Zira 54. madde, öncelikle YİSHK'nın 7. maddesinde yabancıya ikamet tezkeresi verilemeyecek haller⁵² olarak sayılan durumların büyük bir bölümünü sınır dışı etme sebebi kabul etmektedir. Bu çerçevede, YİSHK m. 7'de *"sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunan"*, *"Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasî icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan"* veya *"Türkiye'de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkânları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan"* kişilere ikamet izni verilmeyeceğine ilişkin hükme paralel şekilde, Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanların sınır dışı edileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan yine YİSHK m. 7'de Türkiye'ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan kimseler yeni Kanunda *"hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler"* şeklinde ifade edilmiş ve bunların sınır dışı edileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı

⁵⁰ ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 113; ÇİÇEKLİ, s. 173; EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 44; TEKİNALP, s. 96.

⁵¹ ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 112; ÇİÇEKLİ, s. 167. Çalışma izni olmaksızın çalışan yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin yargı kararları hakkında bkz. DARDAĞAN KİBAR, s. 534.

⁵² *"İkamet tezkeresinin reddolunacağı haller"* başlığını taşıyan YİSHK'nın 7. maddesi uyarınca "A) Sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunan; B) Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasî icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan; C) Türkiye'de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkânları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan; D) Türkiye'ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan; E) Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayiş ihlal eden yabancılara ikamet tezkeresi verilmez".

sıra, YUKK m. 54 çerçevesinde ikamet izinleri iptal edilenler, ikamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler, ikamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar, hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenlerin ve Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenlerin sınır dışı edileceği kabul edilmiştir.

Benzer şekilde YUKK’da, PK m. 8 uyarınca Türkiye’ye girmesi yasaklanmış olup da, her nasılsa giriş yapmış olan kişilerden bazıları da sınır dışı edileceklerdendir. Bu çerçevede PK’nın 8. maddesinde Türkiye’ye girmesi yasaklanmış olup, her nasılsa giriş yapmış kişilerden sayılan, serseriler ve dilenciler; fahişeler ve kadınları fuhşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar ve Türkiye’de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetişecek paraları bulunmayıp Türkiye’de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye’de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler, YUKK m. 54 çerçevesinde “Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar” olarak kabul edilerek sınır dışı edileceklerdir. Yine PK’nın aynı hükmünde “Türkiye’den sınır dışı edilmiş olup da aodetine müsaade edilmemiş bulunanlar”, YUKK m. 54 uyarınca “hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler” olarak ifade edilmiş ve bu kimselerin de sınır dışı edilmeleri öngörülmüştür.

PK’nın 34. maddesinde yabancının ülkeye her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olması şeklinde ifade edilmiş sınır dışı sebebi de, Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenlerin sınır dışı edileceğine ilişkin genel bir düzenlemeyle karşılanmıştır⁵³. YUKK’da yer alan bu sınır dışı sebebi, niteliği itibariyle geniş

⁵³ Bu çerçevede, Pasaport Kanununun 34. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlar ve yabancılara bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Bunlardan yabancı olanlar sınır dışı edilirler” şeklinde yer alan hüküm YUKK ile yapılan değişiklikle sadece Türk vatandaşları bakımından düzenleme getirmektedir. YUKK’nın 123. maddesi, idari para cezasına ilişkin ilk fıkra hükmündeki “yabancılar” ibaresini kaldırarak sadece vatandaşlar bakımından hüküm getirmektedir. YUKK’nın 124. maddesi ise yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin düzenlemeyi yürürlükten kaldırmaktadır.

bir uygulama alanına sahip olacaktır. Zira ülkeye yasal giriş ve çıkış, ilgilinin sınır kapılarından pasaport ya da yerine geçen bir belgeyle ülkeye giriş ve çıkışı anlamına gelmektedir⁵⁴. Dolayısıyla ilgilinin ülkeye pasaportsuz ve/veya vizesiz olarak ve/veya Bakanlar Kurulunca tespit edilen sınır kapılarından farklı bir yerden giriş yapması durumunda, sınır dışı edilmesi gündeme gelecektir. Bu çerçevede YUKK'nın 54. maddesinde sınır dışı etme sebebi olarak kabul edilen Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullanılması ve vize veya vize muafiyeti süresinin on günden fazla aşılması veya vizenin iptal edilmesi de esas itibariyle Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edilmesi anlamına geleceğinden, söz konusu kişilerin bu genel sınır dışı etme sebebine dayanarak sınır dışı edilmesi de mümkündür. Ülkeye usûlüne uygun olarak girdikten sonra pasaportlarını kaybedenler veya pasaportlarının hükmü kalmayan yabancılar bakımından da aynı hüküm uyarınca sınır dışı kararının alınması gerekecektir. Bununla birlikte, YUKK, aynı konuyu düzenleyen YİSHK m. 20'den farklı olarak söz konusu kişilere ihtar yapılması ile ilgili bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla düzenleme bu şekliyle kendisine ihtar yapılmaksızın yabancıların sınır dışı edileceği anlamına ve dolayısıyla tartışmaya açık hale gelmektedir⁵⁵. Ayrıca TCK'nın göçmen kaçakçılığı ile insan ticaretine ilişkin hükümleri çerçevesinde Türkiye'de bulunan yabancılar da yine ülkeye yasal giriş hükümlerini ihlal etmiş olacaklarından 54. madde çerçevesinde sınır dışı edileceklerdir⁵⁶.

Diğer yandan, yargı kararlarında geçimini toplu kaçakçılık, hırsızlık ya da fuhuş gibi meşru olmayan yollardan sağlayan bazı kişilerin kamu düzenine aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle YİSHK'nın 19. maddesi uyarınca sınır dışı edilmeleri mevzuata uygun bulunmaktaydı⁵⁷. YUKK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kimselerin "*Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar*" olarak değerlendirilerek sınır dışı edilmeleri mümkündür.

⁵⁴ Bu husus, PK'nın 2. maddesinde ve YUKK'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁵ Bkz. DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 57.

⁵⁶ Ancak Kanunun 55. maddesinde mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurlarının sınır dışı edilmeyecekleri açıkça düzenlenmiştir.

⁵⁷ Söz konusu kararlar hakkında bkz. Bkz. KABAALIOĞLU, H./EKŞİ, N.: "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sevin Toluner'e Armağan, 2004, S. 1-2, s. 515-518; AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 235-236, dn. 23-24.

Son olarak anılan düzenleme, çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilen yabancıların sınır dışı edileceğini de açıkça düzenlemektedir.

4. Kamu Düzeni veya Kamu Güvenliği ya da Kamu Sağlığı Açısından Tehdit Oluşturanlar (m. 54(1)(d)): 54. madde uyarınca sınır dışı edilecek bir başka grup yabancı, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlardır. YUKK'da yer verilen bu sınır dışı sebebi, YİSHK'nın 19. maddesinde "umumî güvenlik, siyasî ve idarî icaplara aykırılık" olarak belirtilen sınır dışı sebeplerine dayanılarak gerçekleştirilen sınır dışı etme işlemlerinin bir bölümünü içine almaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, "umumî güvenliğe aykırılık", ülkenin iç ve dış güvenliğine aykırılık olarak anlaşılmakta ve YUKK'nın anılan hükmünde "kamu güvenliğine aykırılık" şeklinde ifade edilmektedir. YİSHK'da "siyasî ve idarî icaplara aykırılık" olarak yer alan ve kapsamı belirsiz olan ifadenin ise, "kamu düzeni" şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁸. Yargı kararlarında da yabancıların (Hıristiyanlık propagandası yapmak, İran İslam Cumhuriyeti Başkonsolosluğunun işgali, güvenlik kuvvetleri aleyhine gerçek dışı propaganda yapmak suretiyle) ülkenin temel rejimini yıkmaya veya bütünlüğünü zedelemeye yönelik eylemlerde bulunmaları durumunda kamu düzenine aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle haklarında verilmiş sınır dışı etme kararları hukuka uygun bulunmuştur⁵⁹.

Benzer nitelikte sınır dışı sebeplerine Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde de yer verilmiştir. Örneğin, Avrupa İkamet Sözleşmesinin 3. maddesinin 1. paragrafında, "âkit tarafların ülkede yasal olarak ikamet eden diğer âkit devlet vatandaşlarını ancak millî güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı davrandıkları takdirde sınır dışı edebileceklerini" düzenlenirken⁶⁰, Avrupa Sosyal Şartının

⁵⁸ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 236.

⁵⁹ Bkz. KABAALİOĞLU/EKŞİ, s. 515-518; AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 235-236; AYBAY, s.149. Danıştay kararlarında sınır dışı etme sebepleri hakkında bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 47-50.

⁶⁰ Bununla birlikte Avrupa İkamet Sözleşmesinin 3. maddesinin 2 ve 3. paragrafları, âkit devletlerden birinin ülkesinde iki veya on yıldan fazla ikamet eden diğer âkit devlet vatandaşlarının sınır dışı edilmesine ilişkin özel düzenlemeye yer vermektedir. Anılan maddenin 2. paragrafı uyarınca, âkit devletlerden birinin, herhangi bir âkit devlet ülkesinde yasal olarak iki yıldan fazla bir süredir ikamet etmekte olan vatandaşı; millî güvenlik açısından kesin zorunluluk yoksa, kendisi hakkındaki sınır dışı kararına karşı itirazda bulunmasına ve bu amaçla yetkili makama veya yetkili makamca özel olarak belirlenmiş kişi veya kişilere başvurmasına ve

19. maddesinin 8. paragrafında “*taraf devletlerin ülkelerinde yasal olarak bulunan yabancı göçmen işçileri kamu güvenliğini, kamu ahlakını ve kamu düzenini ihlal etmedikçe sınır dışı edemeyecekleri*” hüküm altına alınmıştır. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmede de âkit devletlerin ülkelerinde bulunan mülteciyi ancak kamu düzeni ve kamu güvenliği sebebiyle sınır dışı edebilecekleri ifade edilmiştir (m. 32). Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı sözleşmelerde de, “*memleketin iç ve dış emniyetine ait sebepler*” diğer sınır dışı sebeplerinin yanı sıra kabul edilmiştir⁶¹.

Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 29. maddesi de Türkiye’de muntazam surette bulunan mülteci ya da sığınmacının kamu güvenliği ve kamu düzeni sebepleriyle İçişleri Bakanlığı tarafından sınır dışı edilebileceğini düzenlemektedir⁶².

Her ne kadar 54. maddenin 1. fıkrası söz konusu kişilerin “*sınır dışı edileceği*”ni düzenlemekteyse de, (d) bendinde yer verilen “*kamu düzeni*”, “*kamu güvenliği*” ve “*kamu sağlığı*” kavramlarının anlamlarının belirsiz olması sebebiyle, idarenin burada işlemin nedenini belirleme ya da neden olarak gösterilen belirsiz kavramı belirli hale getirme biçiminde kendisini gösterecek önemli bir takdir yetkisi mevcuttur⁶³.

bu organlar önünde temsil olunmasına müsaade edilmeksizin sınır dışı edilemeyecektir. 3. paragraf uyarınca ise, âkit devletlerden birinin, diğer bir âkit devlet ülkesinde on yıldan fazla bir süredir ikamet eden vatandaşları, yalnızca milli güvenlik nedeniyle veya 3. maddenin 1. paragrafında belirtilen diğer nedenlerin, özellikle ciddi bir nitelikte olması hallerinde sınır dışı edilebilecektir.

⁶¹ Türkiye’nin taraf olduğu iki ve çok taraflı sözleşmelerde yer alan sınır dışı etme sebepleri hakkında bkz. ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 109-110.

⁶² YUKK’nın geçici 1. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Bu Kanunun Üçüncü Kısmının yürürlüğe girdiği tarihten önce, 14/9/1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca statü verilenlere bu Kanunda belirtilen statülerine göre işlem yapılır, başvuru yapanların işlemleri ise bu Kanuna göre sonuçlandırılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren Üçüncü Kısmun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, anılan Yönetmelik uyarınca statü verilenler ile başvuru yapanlardan ikamet izni harcı alınmaz.*”

⁶³ Kanunlarda kullanılan belirsiz kavramların belirli hale getirilmesinde idarenin sahip olduğu takdir yetkisi ve bu yetkinin yargısal denetimi hakkında bkz. TAN, T.: İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 864 vd. Ayrıca bkz. aşa. (IV- Sınır Dışı Kararına

Dolayısıyla, her ne kadar 54. maddenin lafzı dikkate alınarak, idarenin söz konusu hükümde sayılan kişileri sınır dışı etmemek bakımından takdir yetkisinin bulunmadığı söylenebilirse de bu bent çerçevesinde kimlerin sınır dışı edileceğini tespit bakımından oldukça geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Söz konusu kavramların niteliği gereği esas itibarıyla diğer bentlerin kapsamına girmeyen her durum, bu bent çerçevesinde sınır dışı sebebi olarak kabul edilmeye müsaittir. Bu anlamda, YUKK'da yer alan diğer sınır dışı sebepleriyle karşılaştırıldığında bu sınır dışı sebebi, oldukça geniş kapsamlıdır.

5. Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüsü sona eren veya iptal edilen kişilerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar (m. 54(1)(i)): Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (r) bendi, uluslararası korumayı, “*mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü*” olarak tanımlamaktadır⁶⁴. Kanuna göre mülteci, “*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaş olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişi*” olarak tanımlanmakta ve söz konusu kişilere statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verileceği ifade edilmektedir (m. 61). *Şartlı mülteci ise, “Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaş olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatan-*

Karşı Yargı Yolu).

⁶⁴ YUKK hükümleri çerçevesinde uluslararası korumadan yararlananlar ve Kanunun uluslararası korumaya ilişkin hükümleri hakkında bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 113 vd., s. 171 vd.

sız kişi"yi ifade etmektedir (m. 62). Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak veya uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddî tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye ise statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilecektir (m. 63).

Dolayısıyla, 54. maddenin söz konusu bendinde anılan ilk grup kişi, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü için Kanunun 65. maddesinde öngörülen şekilde başvuru yapmış ve başvurusu reddedilmiş yabancılardır.

Diğer yandan, uluslararası koruma başvurusu yapan yabancının, (a) Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği dışında, diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya örgütünden hâlen koruma veya yardım görmesi veya (b) ikamet ettiği ülke yetkili makamlarınca, o ülke vatandaşlarının sahip buldukları hak ve yükümlülüklerle sahip olarak tanınması ya da (c) Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1967 Protokolüyle değişik 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'nin 1. maddesinin (F) bendinde belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddî kanaat bulunması durumunda⁶⁵, uluslararası korumadan hariçte tutulacağı kabul edilmiştir (m. 64(1)). Ayrıca, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'nin 1. maddesinin (F) bendinde belirtilen suç ya da fiillerin veya Kanunun 64. maddesinin 3. fıkrasında⁶⁶ belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya

⁶⁵ Anılan Sözleşmenin 1. maddesinin (F) bendi, bu Sözleşme hükümlerinin; a) Bunlara mütedair milletlerarası vesikalarda tarif edildiği manada barışa karşı bir suç, bir harb suçu veya insanlığa karşı bir suç işlediği; b) Mülteci sıfatıyla kabul edildiği memlekete ilticadan evvel iltica memleketi dışında ağır bir genel suç işlediği veya c) Birleşmiş Milletlerin gaye ve prensiplerine aykırı fiillerden suçlu olduğu hususunda ciddî kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında uygulanmayacağını düzenlemektedir.

⁶⁶ Anılan hüküm başvuru sahibinin, uluslararası koruma başvurusu yapmadan önce, Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenler varsa 1. fıkranın (c) bendi kapsamında değerlendirme yapılacağını düzenlemektedir.

bu fiillerin işlenmesini tahrik eden kişiler de uluslararası korumadan hariçte tutulacaktır (m. 64(4)). Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunan yabancı veya vatansız kişi ile 1. fıkranın (c) bendi kapsamında olmayan, fakat Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk eden yabancı veya vatansız kişinin de ikincil korumadan hariçte tutulacağı düzenlenmiştir (m. 64(5)).

Başvuru sahibinin farklı bir gerekçe öne sürmeksizin aynı başvuruyu yenilemesi; kendi adına başvuru yapılmasına muvafakat verdikten sonra, başvurunun herhangi bir aşamasında haklı bir neden göstermeksizin veya başvurunun reddedilmesinin ardından farklı bir gerekçe öne sürmeksizin ayrı bir başvuru yapması; Kanununun 73. maddesi uyarınca ilk iltica ülkesinden⁶⁷ veya 74. maddesi uyarınca güvenli üçüncü ülkeden⁶⁸ gelmesi durumunda ise başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verilecektir (m. 72).

Başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması ise Kanununun 77. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, başvuru sahibinin; başvurusunu geri çektiğini yazılı olarak beyan etmesi; mazeretsiz ola-

⁶⁷ Kanununun 73. maddesi uyarınca, “başvuru sahibinin, daha önceden mülteci olarak tanındığı ve hâlen bu korumadan yararlanma imkânının olduğu veya geri göndermeme ilkesini de içeren yeterli ve etkili nitelikte korumadan hâlen faydalanabileceği bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda, başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve ilk iltica ülkesine gönderilmesi için işlemler başlatılır. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalışına izin verilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. İlgilinin, ilk iltica ülkesi olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, başvuruya ilişkin işlemler devam ettirilir.”

⁶⁸ Kanununun 74. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “başvuru sahibinin, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmesine uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi için işlemler başlatılır. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalışına izin verilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. İlgilinin, güvenli üçüncü ülke olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, başvuruya ilişkin işlemler devam ettirilir”. Aynı hükmün 2. fıkrası uyarınca şu şartları taşıyan ülkeler güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilir: Kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle tehdit altında olmaması; kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmesi ilkesinin uygulanıyor olması; kişinin mülteci statüsü talep etme ve mülteci olarak nitelendirilmesi durumunda Sözleşmeye uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunması; kişinin ciddi zarar görme riskinin olmaması.

rak mülakata üç defa üst üste gelmemesi; idarî gözetim altında bulunduğu yerden kaçması; mazeretsiz olarak bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi; belirlenen ikamet yerine gitmemesi veya ikamet yerini izinsiz terk etmesi; kişisel verilerinin alınmasına karşı çıkması veya kayıt ve mülakattaki yükümlülüklerine uymaması durumunda başvurusu geri çekilmiş kabul edilecek ve değerlendirme durdurulacaktır.

Kanunun 54. maddesinin söz konusu bendinin uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus, burada zikredilen kişilerin tamamının sınır dışı edilmeyeceğidir. Anılan hükümde açıkça ifade edildiği gibi, söz konusu kişilerden Kanunun diğer hükümleri uyarınca Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar sınır dışı edileceklerdir. Anılan hükümde zikredilen kişiler, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsüne sahip olmadıklarından, Türkiye’de bulunmaları bakımından yabancıların tâbi oldukları genel hükümlere tâbi olacaklar, dolayısıyla ancak Türkiye’de bulunma şartlarını gerçekleştirmeyenler sınır dışı edilecektir.

B. Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınabilecek Yabancılar (m. 54(2))

54. maddenin ilk fıkrasında hakkında sınır dışı kararı verilecek yabancılar sayıldıktan sonra, ikinci fıkrada uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş kişiler (başvuru sahipleri)⁶⁹ ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca bu kişiler hakkında sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddî emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilecektir⁷⁰.

1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme’de de âkit devletlerin, ülkelerinde yasal olarak bulunan mültecileri, ancak ulusal güvenlik veya kamu düzeni sebepleriyle sınır dışı edebilecek-

⁶⁹ Başvuru sahibi, “uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 3(1)(d)).

⁷⁰ Düzenlemenin uluslararası korumaya verilen önem sebebiyle olumlu olduğu yönünde bkz. DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 57.

ri hükme bağlanmıştır (m. 32)⁷¹. Aynı esas Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te de kabul edilmiştir (m. 29).

Kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen kişilerin sınır dışı edilmeleri konusunda, yukarıda da ifade edildiği gibi birinci fıkra hükmünden farklı olarak idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır ve bu kişiler sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda, idarenin vereceği karar uyarınca sınır dışı edilebileceklerdir. Bu çerçevede idarenin takdir yetkisi ilgilinin ülke güvenliği için tehlike oluşturduğuna dair emarenin ciddi nitelikte olup olmadığı veya ilgilinin kesin hüküm giymiş olması durumunda söz konusu suçun kamu düzeni açısından tehlike oluşturup oluşturmadığının tespiti ile ilgilinin ülke güvenliği için tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunması veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymesi durumunda dahi hakkında sınır dışı kararı verilip verilmemesine ilişkindir. Dolayısıyla, söz konusu hüküm, anılan şartların gerçekleşmesi durumunda bu kişilerin sınır dışı edilmeleri konusunda bir zorunluluk öngörmediğinden, bu hallerde idare kişinin sınır dışı edilmesini gerekli görmeyebilecektir.

II. Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınmayacak Yabancılar (m. 51 ve m. 55)

Kanunun 54. maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi öngörülen yabancıların istisnai durumların varlığı halinde sınır dışı edilmeleri mümkün değildir. Söz konusu istisnai haller, "*hakkında sınır dışı kararı alınmayacak yabancılar*" başlığı altında 55. maddede düzenlenmiştir⁷², ayrıca, Kanunun 51. maddesinde vatansızların sınır dışı edilmemesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁷¹ Mülteci ve sığınmacıların sınır dışı edilmelerine ilişkin olarak bkz. ÇİÇEKLİ, s. 241 vd.

⁷² 55. maddenin ilk fıkrasında sayılan kişiler bakımından değerlendirmeler herkes için ayrı yapılacaktır ve bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilecektir (m. 55(2)).

55. madde uyarınca hakkında sınır dışı kararı alınmayacak ilk grup yabancı, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlardır⁷³. Anılan hüküm ile AİHS'nin 3. maddesine ilişkin AİHM içtihadına uygun bir düzenleme getirildiği söylenebilir⁷⁴. Zira hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağına ilişkin Sözleşmenin söz konusu hükmü, yabancıların sınır dışı edilmesi çerçevesinde kişinin sınır dışı edileceği devlette böyle bir muameleye maruz kalma riski olması durumunda sınır dışı işlemini yasaklar şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁵. Mahkeme, kişinin gönderileceği ülkede işkenceye maruz kalması bakımından gerçek bir riskin/olasılığın varlığını yeterli görmekte ve buna rağmen kişinin gönderilmesini Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirmektedir⁷⁶.

⁷³ Anılan hükümde söz konusu "emarelerin" hangi makamlar tarafından ve hangi usulle araştırılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının iade yasağının uygulanması konusunda ciddi kuşklara yol açtığı ifade edilmiştir: ERKEM, N.: "Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye Kararının Uygulanması- İzleme Raporu", İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2013/3, <http://www.aihmiz.org.tr/files/03_Abdolkhani_Karimnia_Rapor_TR.pdf> (Erişim tarihi: 5.7.2013), s. 11.

⁷⁴ Türkiye tarafından onaylanan AİHS'ye ek 6 ve 13 numaralı Protokollerde de ölüm cezası kaldırılmıştır. Ek 6 numaralı Protokolde ölüm cezası sadece savaş ve yakın savaş tehlikesi zamanında öngörülmüş olan fiiller bakımından kabul edilmiş, 13 numaralı Protokolde ise her durumda tamamen kaldırılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu hükümler de yabancıların sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına çarptırılması konusunda ciddi bir riskin varlığı halinde sınır dışı işlemini yasaklamaktadır. Söz konusu Protokollerin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun için sırasıyla bkz. R.G. T. 1.7.2003, S. 25155; R.G. T. 12.10.2005, S. 25964. Konuyla ilgili olarak bkz. SİRMEN, s. 39.

⁷⁵ AİHS'nin 3. maddesi ve AİHM'nin sınır dışı işlemlerinin 3. maddeye uygunluğunu denetlediği kararları hakkında bkz. AKILLIOĞLU, T.: İnsan Hakları- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 2010, s. 283; TEZCAN, D./ERDEM, M. R./SANCAKDAR, O.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, B.1, Ankara 2002, s. 192; EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 35 vd.; ÇİÇEKLİ, s. 244, dn. 139; KABAALIOĞLU/EKŞİ, s. 507; AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 232; SİRMEN, s. 38; ERGÜL, s. 123 vd.; ALLEWELDT, R.: "Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, 1993, Vol. 4, s. 360-376.

⁷⁶ Örneğin bkz. *Soering v. United Kingdom*, No. 14038/88, para. 90- 91; *Chahal v. United Kingdom*, No. 22414/93, para. 73-74; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, No. 15576/89, para. 69-70; *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, No. 45/1990/236/302-306, para. 103; *H.L.R. v. France*, No. 24573/94, para. 34; *Jabari v. Turkey*, No. 40035/98, para. 38; *Saadi v. Italy*, No. 37201/06, para. 125; *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, No. 30471/08, para. 72; *Charahili v. Turkey*, No. 46605/07, para. 60.

Ayrıca, Mahkeme, Sözleşmenin anılan hükmüyle etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddesini⁷⁷ birlikte ele aldığı sınır dışı etmeye ilişkin çeşitli uyuşmazlıklarda, "... işkence veya kötü muamele riskinin gerçekleşmesi durumunda meydana gelecek zararın geri dönülemez niteliği ile Mahkemenin 3. maddeye verdiği önem sebebiyle, 13. maddede yer alan etkili başvuru yolu kavramının ilgilinin söz konusu ülkeye sınır dışı edilmesi durumunda 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalacağı konusunda gerçek bir riskin bulunduğuna inanmayı gerektiren esaslı sebeplerin varlığına ilişkin iddiasının bağımsız ve titiz bir incelemeyi ... gerektirdiğini" vurgulamıştır⁷⁸. Mahkeme 2009 yılında karara bağladığı *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey* davasında, başvuruların Irak veya İran'a geri gönderilmeleri durumunda kötü muameleyle karşılaşacaklarına dair ciddi iddialarıyla ilgili olarak Türk idarî ve yargı makamlarınca herhangi bir cevap verilmediği ve bu anlamda Sözleşmenin 13. maddesinin gerektirdiği şekilde titiz bir incelemeden bahsedilemeyeceği kanısına varmıştır⁷⁹. Bu sebeple, YUKK'nın anılan hükmünün AİHM'nin söz konusu yorumu da dikkate alınarak uygulanması gerekmektedir⁸⁰.

Diğer yandan, 54. maddedeki düzenlemenin Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin 33. maddesinde mültecinin veya sığınmacının ırkı, dini, vatandaşlığı, sosyal bir gruba aidiyeti veya siyasi düşünceleri sebebiyle hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin hudutlarından sınır dışı edilemeyeceğine ilişkin "*non-refoulement*"

⁷⁷ Sözleşmenin anılan hükmü uyarınca, bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.

⁷⁸ *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey*, para. 108. Mahkemenin söz konusu yorumu hakkında bkz. ERKEM, s. 4. Mahkemenin aynı yöndeki yorumu için ayrıca bkz. *Jabari v. Turkey*, para. 50; *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, No. 25389/05, para. 66; *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, No. 36378/0, para. 460; *Olaechea Caluas v. Spain*, No.24668/03, para. 35; *Salah Sheekh v. The Netherlands*, No. 1948/04, para. 154. Etkili başvuru yolunun varlığı bakımından söz konusu kararlarda Mahkemece zikredilen bir başka şart, başvuru yolunun otomatik olarak durdurucu etkisinin olması gerektiğidir. Bu şart aşağıda (IV- Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargı Yolu) başlığı altında değerlendirilmiştir.

⁷⁹ *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey*, para. 113. Söz konusu kararın değerlendirmesi ve Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, N.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye Davası*, İstanbul 2010, s. 68 vd., s. 133 vd.

⁸⁰ YUKK'nın anılan hükmünün AİHM tarafından vurgulandığı şekilde bağımsız ve titiz bir incelemenin yapılmasına ilişkin yeterli düzenleme içermemesi sebebiyle eleştirisi hakkında bkz. ERKEM, s. 11.

prensibi⁸¹ ve İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁸² 3. maddesinin 1. paragrafında taraf devletlerin işkenceye uğraması konusunda ciddi kuşku bulunan bir kişiyi geri göndermesini, sınır dışı etmesini veya geri vermesini yasaklayan hükmüyle de uyumlu olduğu söylenebilir⁸³.

Bununla birlikte, Kanunun 54. maddesi uyarınca kişinin sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda “*ciddî emare*” bulunması yeterli görülürken, Kanunun 4. maddesinde “*geri gönderme yasağı*” başlığını taşıyan genel hükümde daha farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir⁸⁴. Anılan hüküm, Kanun kapsamındaki hiç kimsenin, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye “*tâbi tutulacağı*” veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hükümden kişinin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye “*tâbi tutulacağı*”na kesin gözüyle bakılması durumunda geri gönderilemeyeceği anlaşılmaktadır. Hâlbuki kişinin gönderileceği ülkenin antidemokratik olduğundan şüphe duyulmasa dahi, söz konusu ülkede işkence ya da insanlık dışı muameleyle karşılaşacağına tam bir kesinlikle ispatlanması mümkün değildir⁸⁵. Nitekim yukarıda da ifade edilen AİHM içtihadında da kişinin gönderileceği ülkede işkenceye maruz kalması bakımından ciddi bir riskin varlığı sınır dışı edilmemesi için yeterli görülmektedir. Bu anlamda, Kanunun 4. maddesinde yer alan hükmün 54. maddede sınır dışı edilmeye ilişkin özel hükme benzer şekilde Kanun kapsamındaki hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulacağına ilişkin ciddi emare bulunan ülkeye gönderilmeyeceği şeklinde düzenlenmesi uygun olurdu.

⁸¹ Anılan hüküm ve *non-refoulement* prensibi ile ilgili olarak bkz. KABAALIOĞLU/EKŞİ, s. 511-512; EKŞİ, *Yabancılar Hukuku*, s. 43; EKŞİ, *Sınır dışı*, s. 2831 vd.; ÇİÇEKLİ, s. 243 vd.

⁸² R.G. T. 10. 8. 1988, S. 19895.

⁸³ Söz konusu Sözleşme ve Sözleşmenin anılan hükmü hakkında bkz. AKILLIOĞLU, s. 274, s. 283, dn. 531.

⁸⁴ Kanunun 4. maddesinde hüküm altına alınan geri gönderme yasağı hakkında bkz. EKŞİ, *Tasarı*, s. 130- 131.

⁸⁵ MAZLUMDER, s. 3.

Diğer yandan, 55. madde uyarınca sağlık sebepleri de bazı yabancıların sınır dışı edilmesine engel teşkil etmektedir. Bu çerçevede, ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler; hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekteyken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar ve tedavileri tamamlanuncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurlarının sınır dışı edilmesi mümkün değildir. Son olarak, mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları da 55. maddede yer alan açık hüküm gereği sınır dışı edilmeyecektir.

Bununla birlikte, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, 55. maddede sayılan kişiler bakımından sınır dışı etmeye engel teşkil eden durumun ortadan kalkması halinde kişi bakımından sınır dışı kararı verilecektir.

Ayrıca, Kanununun 51. maddesi uyarınca, vatansız kişilere tanınan hak ve güvenceler çerçevesinde bu kimselerin de kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilmeyecekleri hüküm altına alınmıştır (m. 51(1)(b)). Ancak burada kişinin kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından ciddi tehdit oluşturup oluşturmadığının tespitinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Kanunda AİHS'nin 8. maddesinde hüküm altına alınan ve sınır dışı etme işlemleri bakımından bir sınırlama olarak kabul edilen aile yaşamına saygıya ilişkin kural çerçevesinde bir istisnaya yer verilmemiş olması eleştiriye açıktır⁸⁶. Anılan hüküm 2. paragrafında özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılmasında bir kamu makamının müdahalesinin, ancak müdahalenin yasayla öngörülmesi ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla sınır dışı işlemi ancak hükümde ifade edilen sınırlamalara tâbi olarak uygulanmalıdır. Kanundaki bir başka eksiklik ise AİHS'ye ek 4 numaralı Protokolün 4. maddesinde açıkça

⁸⁶ AİHS'nin 8. maddesi hakkında bkz. ÇİÇEKLİ, s. 169; EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 36.

yasaklanan toplu sınır dışı etme yasağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır⁸⁷.

III. Sınır Dışı Etme Usûlü

A. Sınır Dışı Kararını Vermeye Yetkili Makam ve Kararın Biçimi

YUKK' da sınır dışı etme kararının valiliklerce alınacağı hükme bağlanmıştır. Valilikler, böyle bir kararı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine veya resen alabilir (m. 53(1))⁸⁸. Buna göre, sınır dışı etme kararı verme hususunda tek yetkili makam valiliklerdir.

Sınır dışı kararına ilişkin ilk usûlî şart, kararın yazılı olması zorunluluğudur. Kanununun 53. maddesinin 2. fıkrasında sınır dışı etme kararının, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına "tebliğ edileceği" hüküm altına alınmıştır. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usûlleri ve süreleri hakkında bilgilendirilecektir (m. 53(2)). Aynı hüküm çerçevesinde sınır dışı etme gerekçelerinin de ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir⁸⁹.

⁸⁷ Söz konusu eleştiriler için bkz. DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 62.

⁸⁸ Hatırlanacağı üzere YİSHK' da yer alan sınır dışı sebeplerine dayanarak sınır dışı kararı vermeye yetkili makam İçişleri Bakanlığı (m. 21(1)) olarak düzenlenmiş ve Bakanlığın, lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumî güvenlik ve nizamı noktasından derhal çıkarılmaları lazımgelen yabancıları istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisi verebileceği kabul edilmiştir (m. 21(2)). PK m. 34 uyarınca yapılacak sınır dışı işlemleri bakımından ise yetkili makam belirtilmemiştir. Ancak sınır dışı işlemlerine ilişkin temel düzenlemenin YİSHK olduğundan hareketle, doktrinde, PK uyarınca verilecek sınır dışı kararları bakımından da İçişleri Bakanlığının yetkili olması gerektiği ifade edilmişti (ÇİÇEKLİ, s. 175; AYBAY, 155). TCK'nun 59. maddesinde de işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancıların, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve herhalde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumunun, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Tabiiyetsiz veya Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmesinde de İçişleri Bakanlığı yetkili kabul edilmiştir (YİSHK, m. 21(3)).

⁸⁹ AİHM *Abdolkhani Karimnia v. Turkey* kararında ilgililere sınır dışı kararının ve söz konusu kararın gerekçelerinin bildirilmemiş olmasını, Sözleşmenin 13. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkına aykırı bulmuştur (para. 116). Mahkeme sonraki tarihli *Dhouba v. Turkey* (para. 44) ve *M.B. and others v. Turkey* ((No: 36009/08), para. 25,40) kararlarında da aynı görüşü benimsemiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. GUILD, E./ MINDERHOUD, P.: The First Decade of EU Migration

Usûle ilişkin bir diğer şart, hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıya Türkiye'yi terk edebilmesi için süre tanınmasıdır. YİSHK'nın 19. maddesinde ülkede kalmaları genel güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancıların verilecek "muayyen bir müddet zarfında" Türkiye'den çıkmaya davet olunacakları, bu müddet sonunda Türkiye'yi terk etmeyenlerin sınır dışı edilebilecekleri düzenlenmiştir⁹⁰. Ancak anılan hükümde ilgiliye verilecek sürenin ne kadar olacağına ilişkin herhangi bir açıklık yer almamış, söz konusu sürenin tespitinde yabancının sağlığı, yabancının bulunduğu nokta ile ulaşım imkânlarının göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir⁹¹. Keza YİSHK ile PK'nın sınır dışı etmeye ilişkin diğer düzenlemelerinde de süre ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

YUKK ise hakkında sınır dışı etme kararı verilenlere Türkiye'yi terk edebilmeleri için on beş günden az olmamak üzere otuz güne kadar süre tanınacağını ve söz konusu sürenin sınır dışı etme kararında belirtileceğini hüküm altına almaktadır (m. 56(1)). Söz konusu kişilere "çıkış izin belgesi" verilecektir (m. 56(2)).

Bununla birlikte, istisnai durumlarda kişinin süre tanınmaksızın sınır dışı edilmesi mümkündür. Bu çerçevede kaçma ve kaybolma riski

and Asylum Law, Leiden 2011, s. 166 vd. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin 22. maddesinde milli güvenlik ile ilgili istisnai durumlar dışında sınır dışı kararının ilgiliye yazılı olarak ve gerekçeleriyle birlikte, ilgilinin anlayacağı bir dilde bildirileceği hüküm altına alınmıştır (m. 22(3)). Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ise, âkit taraflardan birinin, diğer herhangi bir âkit taraf ülkesinde yasal olarak iki yıldan fazla bir süredir ikamet etmekte olan vatandaşının; milli güvenlik açısından kesin zorunluk olmaması durumunda, kendisi hakkındaki sınır dışı kararına karşı itirazda bulunmasına ve bu amaçla yetkili makama veya yetkili makamca özel olarak belirlenmiş kişi veya kişilere başvurmasına ve bu organlar önünde temsil olunmasına müsaade edilmeksizin sınır dışı edilemeyeceği düzenlenmiştir (m. 3(2)). Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 32. maddesinde de âkit devletlerin ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi ancak ilgili yasal sürece uygun olarak alınmış bir karar çerçevesinde sınır dışı edebilecekleri ve zorunlu ulusal güvenlik nedenleri dışında mültecinin durumunu açıklaması için delil sunmasına, temyiz etmesine, bu amaçla yetkili bir makamın ya da, yetkili makamın özel olarak atayacağı bir kişinin veya kişilerin önünde temsil edilmesine izin verileceğini hüküm altına almıştır (m. 32(2)). Aynı maddenin üçüncü paragrafı uyarınca âkit devletlerin ilgili mülteciye diğer bir ülkeye yasal olarak kabulünü sağlayabilmesi için makul bir süre tanınmaları öngörülmüştür.

⁹⁰ YİSHK m. 19'da hüküm altına alınan sürenin uygulamada sadece ikametli yabancılara tanındığı, buna karşın ikamet izni olmayan ve yasa dışı konumda olan yabancılara tanınmadığı hakkında bkz. ÇİÇEKLİ, s. 177.

⁹¹ ASAR, s. 191.

bulunan, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlal eden, sahte belge kullanan, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışan veya aldığı tespit edilen kişiler ile kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar süre tanınmaksızın sınır dışı edilecektir (m. 56(1)). Doktrinde anılan hüküm, kişinin süre tanınmaksızın sınır dışı edilmesinin gerekçesi olarak düzenlenen durumların, Kanununun 54. maddesinde sayılan sınır dışı sebepleri ile önemli ölçüde örtüştüğü ve dolayısıyla sınır dışı işlemlerinin büyük bir kısmının ilgiliye süre tanınmaksızın gerçekleşebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹².

B. Sınır Dışı Kararının Yerine Getirilmesi

Sınır dışı kararının uygulanmasına ilişkin ilk husus, idarî gözetim ilişkindir. YUKK'nın getirdiği önemli yeniliklerden biri idarî gözetim ilişkin temel hususları düzenlemiş olmasıdır⁹³. Kanun, hakkında sınır dışı kararı verilmiş ancak söz konusu karara uygun şekilde ülkeyi terk etmeyerek kolluk birimlerinde yakalanmış kişiler hakkında valilikçe idarî gözetim kararı alınacağını düzenlemektedir (m. 57(3)). Bu çerçevede, hakkında sınır dışı kararı alınanlardan kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında idarî gözetim kararı alınacaktır. Söz konusu yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince kırk sekiz saat içinde geri gönderme merkezlerine⁹⁴ götürülecektir. Geri gönderme merkezlerinde yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilecek, kişinin yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, Bir-

⁹² DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 67.

⁹³ EKŞİ, Tasarı, s. 132.

⁹⁴ Geri gönderme merkezleri İçişleri Bakanlığınca işletilebileceği gibi Bakanlık ile kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılması suretiyle işlettirilebilecektir (m. 58(2)). Söz konusu merkezlerin kurulması, yönetimi, işletilmesi, devri, denetimi ve sınır dışı edilmek amacıyla idarî gözetimde bulunan yabancıların geri gönderme merkezlerine nakil işlemleriyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenecektir (m. 58(3)).

leşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanacaktır (m. 59(1))⁹⁵. Ayrıca çocuğun menfaati dikkate alınarak, aileler ile refakatsiz çocukların ayrı yerlerde barındırılacağı düzenlenmiş ve çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirlerin alınacağı da hüküm altına alınmıştır (m. 59(1)).

Geri gönderme merkezlerinde idarî gözetim süresi kural olarak 6 aydır. Ancak, sınır dışı etme işlemlerinin yabancıнын iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde bu süre en çok bir yıla kadar uzatılabilir (m. 57(3)). İdari gözetime gerek olup olmadığı her ay valilik tarafından değerlendirilecek, gerek olmadığına karar verilmesi durumunda idarî gözetim derhal sonlandırılacaktır. Söz konusu yabancılar bakımından belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idarî yükümlülükler getirilebilecektir (m. 57(4)).

İdari gözetim kararının alınmasına ilişkin usûle dair ayrıntılı düzenlemeler de aynı hükümde yer almıştır. Bu çerçevede, idarî gözetim ve idarî gözetim süresinin uzatılması kararları ile her ay valilik tarafından yapılan değerlendirmelerin sonuçları, ilgili yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilecek; kişinin avukatının bulunmaması durumunda kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usûlleri ve süreleri hakkında bilgilendirilecektir (m. 57(5)).

57. maddenin 6. fıkrası uyarınca, idarî gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliğine başvurulması mümkündür. Dolayısıyla Kanun, idarî gözetim kararlarına karşı yargı yolu imkânı/güvencesi tanımaktadır. Bununla birlikte, idarî işlem niteliğinde olan idarî gözetim kararları bakımından idare mahkemeleri yerine sulh ceza mahkemelerinin görevli tayin edilmiş olması dikkat çekicidir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak -denetimin etkili olabilmesi için- Türkiye’de sulh ceza mahkemelerinin idare mahkemelerine göre daha yaygın olması gösterilmiştir⁹⁶.

⁹⁵ İdari gözetim altında tutulan kişilerin uygulamada çoğunlukla sivil toplum kuruluşlarından (STK) aldıkları hukukî danışmanlık desteğiyle haklarını savunabildikleri ve dolayısıyla söz konusu hükümde STK’larla görüşme imkânının da düzenlenmesi gerekliliği hakkında bkz. ERKEM, s. 12.

⁹⁶ Bu konu, İçişleri Bakanlığı’nca YUKK Taslağının tartışılması amacıyla 19-20 Ekim 2010 tarihinde gerçekleştirilen çalıştayda gündeme gelmiştir: Bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 16.

Diğer yandan, idarî gözetim kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru süresi Kanunda düzenlenmemiştir. Bu çerçevede kişinin idarî gözetim altında bulunduğu süre içerisinde böyle bir başvuruyu her zaman yapabileceği kabul edilebilir.

İdari gözetim kararına karşı mahkemeye başvurulması, aynı hüküm uyarınca idarî gözetimi durdurmaz. Sulh ceza hâkiminin incelemesi için öngörülen süre en çok 5 gündür ve hâkimin kararı kesin-dir⁹⁷. Bununla birlikte, idarî gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvuru yapılabilir. İdari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayanlara talepleri hâlinde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır (m. 57(3))⁹⁸.

YUKK'nın idarî gözetime ilişkin hükümleri AIHM'nin içtihadında vurguladığı hususları düzenlemesi bakımından önemlidir. Mahkeme *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararında ilk kez Türk hukukunda idarî gözetim kararının verilmesi ve uzatılmasına ilişkin usûl ile idarî gözetim süresi bakımından açık bir yasal düzenlemenin olmaması sebebiyle ilgililerin idarî gözetim altına alınmakla özgürlüklerinden mahrum bırakıldığına ve bu sebeple Sözleşmenin 5. maddesinin 1. paragrafının⁹⁹ ihlal edildiğine hükmetmiş¹⁰⁰, sonraki tarihli kararlarında da aynı anlayışı benimsemiştir¹⁰¹. Keza Mahkeme, Sözleşmenin 5.

⁹⁷ Sulh ceza mahkemesinin kararına karşı itiraz hakkının düzenlenmesi gerekliliği hakkında bkz. ERKEM, s. 12.

⁹⁸ İdari gözetim altında tutulan yabancılara adli yardım imkânı sağlanması olumlu bir gelişme olarak kabul edilmekle birlikte, bu kimselerin kimlik belgelerinin bulunmaması, adli yardım makamlarına erişim sorunları ve adli yardım için resmi makamlardan talep edilen belgelere erişim zorlukları sebebiyle bu kimseler bakımından basitleştirilmiş başvuru yollarına ilişkin bir düzenleme getirilmesi önerilmiştir. ERKEM, s. 12.

⁹⁹ Anılan hüküm uyarınca herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aynı maddede belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usûle uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

¹⁰⁰ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 135. Bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 164 vd.

¹⁰¹ *Athary v. Turkey*, No. 50372/09, para. 31-32; *Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey*, No. 6909/08, 12792/08, 28960/08, para. 57; *Dbouba v. Turkey*, No.15916/09, para. 50; *Charahili v. Turkey*, No. 46605/07, para. 66; *Z.N.S. v. Turkey*, No. 21896/08, para. 56; *Ranjbar and Others v. Turkey*, No. 37040/07, para. 41; *Tehrani and Others v. Turkey*, No. 32940/08, 41626/08, 43616/08, para. 73. Anılan kararların Türkçe tercümeleleri için bkz. EKŞİ, N.: "AIHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınır dışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını

maddenin 2. paragrafı uyarınca¹⁰² ilgililere idarî gözetim altında tutulma sebeplerinin bildirilmiş olması gerekliliğini vurgulayarak somut davalarda söz konusu hükmün ihlal edildiği kanısına varmıştır¹⁰³. Söz konusu kararda Mahkeme ilgililerin alıkonma tedbirine karşı başvurabilecekleri bir yargı yolunun bulunmayışı, ilgililere alıkonma gerekçelerinin bildirilmemesi ve idarî gözetim altında buldukları sırada adli yardımdan faydalanma imkânlarının bulunmaması gerekçeleriyle Türk hukuk sisteminde Sözleşmenin 5. maddesinin 4. paragrafında¹⁰⁴ öngörüldüğü şekilde alıkonma kararlarının hukukiliğini denetleme imkânının mevcut olmadığına ve dolayısıyla Sözleşmenin anılan hükmünün de ihlal edildiğine karar verirken¹⁰⁵, aynı sonuca ulaştığı *Athary v. Turkey* kararında, ilgilinin idarî gözetim kararına karşı Ankara İdare Mahkemesinde açtığı davanın dört aydan fazla sürmüş olması sebebiyle Türk hukukunda idarî gözetim kararlarının hukuka uygunluğunun denetimi bakımından yeterli derecede hızlı bir yol öngörülmediğini vurgulamıştır¹⁰⁶.

YUKK'da Mahkemenin altını çizdiği şekilde idarî gözetim usulü ve süresi hüküm altına alınmış, idarî gözetim altına alınan kişilere alıkonma gerekçelerinin bildirileceği, idarî gözetim kararına karşı yargı yolu imkânı ile mahkemenin karar süresi ve ilgililere sağlanacak

AIHS'nin 5. maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, C. 32, S.1, s. 155- 166; EKŞİ, N.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z.N.S. v. Türkiye (Başvuru no: 21896/08) Karar Strazburg 19 Ocak 2010- Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni, İstanbul 2010; EKŞİ, N.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin M.B. v. Türkiye, D.B. v. Türkiye, Dbouba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye Davalarında 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010; EKŞİ, N.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Charahili v. Türkiye, Ranjbar and Others v. Türkiye, Tehrani and Others v. Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri, İstanbul 2010.

¹⁰² Anılan hüküm yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunluluğunu düzenlemektedir.

¹⁰³ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 138; *Athary v. Turkey*, para. 35-36.

¹⁰⁴ Anılan hüküm uyarınca yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

¹⁰⁵ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 139-142.

¹⁰⁶ *Athary v. Turkey*, para. 41-42.

adli yardım hizmeti düzenlenmiştir¹⁰⁷. Bununla birlikte, Mahkemenin ilgililerin söz konusu merkezlerde tutulmasının AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde dikkate aldığı bir takım hususlara uygulamada önem verilmesi gerekir. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararında Mahkeme, ilgililerin bir süre tutuldukları Hasköy Polis Karakolu veya sonradan nakledildikleri Kırklareli Yabancılar Kabul ve Barınma Merkezinden ayrılmalarına izin verilmediğini; ancak noter onaylı bir vekâletname sunulması durumunda avukatlarıyla görüşebilme imkânı bulunduğunu ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Temsilciliğinin ilgililerle görüşebilmesinin İçişleri Bakanlığı'nın iznine tâbi bulunduğunu vurgulayarak, söz konusu davada ilgililerin idarî makamlarca uygulanan sınırlamalar sebebiyle özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını belirtmiştir¹⁰⁸. Bu anlamda Kanun hükümlerinin AİHM içtihadı çerçevesinde uygulanması bakımından idareye büyük görev düşmektedir.

YUKK hükümleri çerçevesinde hakkında sınır dışı kararı verilen yabancılar, kolluk birimlerince sınır kapılarına götürülür (m. 60(1), (2)). Geri gönderme merkezlerine sevk edilmeksizin sınır dışı edilecek yabancıların sınır dışına götürülmesinde koordinasyon Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından sağlanacaktır (m. 60(2)).

Sınır dışı edilecek yabancıların seyahat masrafları kendilerince karşılanacak; ancak bunun mümkün olmaması hâlinde, masrafların eksik kalan kısmı veya tamamı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü bütçesinden ödenecektir. Masraflar geri ödenmediği sürece, yabancıların Türkiye'ye girişine izin verilmemesi mümkündür (m. 60(3)).

Gerçek veya tüzel kişiler, kalışlarını veya dönüşlerini garanti ettikleri yabancıların sınır dışı edilme masraflarını ödemekle yükümlü tutulmuştur. Yabancıyı izinsiz çalıştıran işveren veya işveren vekillerinin, yabancıların sınır dışı edilme işlemleri konusundaki yükümlülükleri bakımından 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrası¹⁰⁹ uygulanacaktır (m. 60(6)).

¹⁰⁷ AİHM kararları dikkate alınarak YUKK'da idarî gözetime ilişkin olarak yapılan düzenlemeler hakkında bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 71- 73, s. 167 vd.

¹⁰⁸ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 127.

¹⁰⁹ Anılan hüküm uyarınca "Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya

IV. Sınır Dışı Kararına Karşı Yargı Yolu

Sınır dışı kararlarının yargısal denetimi YUKK'da özel bir düzenlemeye bağlanmıştır (m. 53(3)). YUKK'nın yürürlüğe girmesine kadar ki dönemde, mevzuatta sınır dışı kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları ile ilgili özel bir hükmün yer almaması sebebiyle, İçişleri Bakanlığı'nın söz konusu işlemlerinin Anayasa'nın 125. maddesi gereğince idarî işlemlerin yargısal denetimine ilişkin genel kurallar çerçevesinde yargı denetimine tâbi olması kabul edilmişti¹¹⁰.

YUKK m. 53(3)'de, ilgiliye, sınır dışı etme kararına karşı kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde idare mahkemesine başvurma imkânı tanınmaktadır. Mahkemeye başvurunun ilgili yabancı yerine, yasal temsilcisi veya avukatı tarafından yapılması da mümkündür. Bununla birlikte yetkili idare mahkemesi Kanunda gösterilmemiştir. Bu sebeple, İYUK m. 32 uyarınca¹¹¹, sınır dışı etme kararını veren valiliğin bulunduğu ildeki idare mahkemesi yetkilidir. Mahkemeye yapılan başvuru on beş gün içerisinde sonuçlandırılacaktır. Anılan hükümde gerek ilgiliye tanınan başvuru süresinin gerekse mahkemenin karar vermesi için gerekli olan sürenin on beş gün ile sınırlandırılmış olması ilgiliye tanınmış hak arama hürriyeti dikkate alındığında eleştiriye açıktır¹¹².

işveren vekillerine her bir yabancı için beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır."

¹¹⁰ Bu çerçevede, sınır dışı kararlarına karşı açılacak davalarda İdari Yargılama Usûlü Kanunu (İYUK) hükümleri uyarınca, söz konusu kararı alan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemeleri yetkili kabul ediliyordu. Söz konusu mahkemelere başvuru süresi yazılı bildirim tarihini izleyen günden itibaren 60 gündü (m. 53). İdare mahkemesinin vereceği kararın Danıştay'da temyiz edilme imkânı mevcut olduğu gibi (İYUK m. 46), kararın düzeltilmesi ya da yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmak da mümkündür (İYUK m. 53, 54). Ayrıca, sınır dışı etme kararının yürütülmesinin durdurulması İYUK m. 27 uyarınca mahkemenin bu yönde vereceği karara bağlıydı. YUKK öncesi dönemde sınır dışı etme kararlarının yargısal denetimi hakkında bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukuku, s. 52 vd.; DURAN, s. 16 vd.; DARDAĞAN KİBAR, s. 528 vd.; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 115-116.

¹¹¹ İYUK m. 32 uyarınca göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idarî işlemi veya idarî sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.

¹¹² DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s.71; ERKEM, s. 12.

Dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancıнын sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin güvence Kanununun aynı hükmünde düzenlenmiştir. Ancak yabancıнын bu yönde rızasının bulunması durumunda, dava açma süresi içerisinde veya yargılama sırasında sınır dışı edilmesi mümkündür (m. 53(3)). Bu çerçevede İYUK uyarınca Danıştay'da veya idarî mahkemelerde açılan davalar bakımından idarî işlemin yürütülmesinin durdurulabilmesi için mutlaka bir talebe (m. 27(3)) ve mahkemenin bu yöndeki kararına ihtiyaç bulunmasına rağmen, YUKK çerçevesinde verilen sınır dışı kararlarına karşı açılan davalarda, m. 53'te yer alan özel hüküm gereği, iptal davasına konu işlemler bakımından yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmasına ve mahkemenin kararına ihtiyaç yoktur.

AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey* davasında AİHS'nin 13. maddesinde yer alan "etkili başvuru yolu kavramının ... otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yolunun varlığını gerektirdiği"ni¹¹³ vurgulamıştır. Mahkeme söz konusu davayı takip eden Türkiye aleyhine açılmış diğer davalarda da, sınır dışı kararlarının iptali amacıyla yapılan başvuruların söz konusu kararın uygulanmasını kendiliğinden durdurulmaması ve idare mahkemesinin mutlaka bu yönde verilmiş bir kararının olması gerekliliği sebebiyle, Türkiye'de sınır dışı işlemleri bakımından mevcut olan yargısal denetimin etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle Sözleşmenin 13. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır¹¹⁴. Bu anlamda YUKK'da dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancıнын sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin hüküm, AİHM kararları çerçevesinde "otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yolu" olarak kabul edilecek bir yeniliktir¹¹⁵.

Aynı hüküm uyarınca, mahkemenin vermiş olduğu karar kesin-dir. Dolayısıyla, YUKK öncesi dönemde ilgilinin sahip olduğu temyiz

¹¹³ Bkz. *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey*, para. 108.

¹¹⁴ *Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey*, para. 116-117; *Dbouba v. Turkey*, para. 44; *Z.N.S. v. Turkey*, para. 43; *Tehrani and Others v. Turkey*, para. 66. Ayrıca bkz. ERKEM, s. 4; ERGÜL, s. 233 vd. Mahkeme, 2000 yılında karara bağladığı *Jabari v. Turkey* davasında da benzer bir ifadeyle etkili başvuru yolunun varlığından söz edebilmek için ilgili bakımından söz konusu olan tedbirin uygulanmasının askıya alınmasının mümkün olmasını gerekli görmüştür (para.50).

¹¹⁵ YUKK'nın anılan hükmü ilgili olarak bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 163.

imkânı YUKK çerçevesinde mevcut değildir¹¹⁶. Her ne kadar İYUK m. 46, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da temyiz edilebileceğini düzenlemekteyse de, YUKK'nın İYUK'a göre özel ve sonraki kanun niteliğinde olduğundan hareketle YUKK hükümlerinin uygulanması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, sınır dışı etme işleminin ilgili bakımından çok ağır sonuçlar doğurduğuna şüphe yoktur. Sınır dışı etme kararıyla birlikte yabancı, ülke dışına çıkarılmakta, aşağıda görüleceği gibi sahip olduğu ikamet izinleri iptal edilmekte ve giriş izni alamadığı müddetçe Türkiye'ye dönememektedir. Dolayısıyla, kişinin açmış olduğu davada idare mahkemesince verilecek karara karşı bir üst yargı merciine başvurma imkânı tanınması idarenin yargısal denetiminin etkinliğinin artırılması ve bireylere gerçek bir yargısal güvence sağlanması bakımından önemlidir¹¹⁷.

YUKK Tasarısına ilişkin TBMM Alt Komisyon Raporunda da, idare mahkemesi kararlarının kesin olmasına ilişkin düzenleme getiren hükmün, sivil toplum kuruluşları ve uluslararası kuruluşlar tarafından "göç alanında içtihat hukukunun oluşmasının mümkün olmayacağı, iç hukuk yollarının sadece bir hâkimin bir mahkemenin vereceği kararlarla sonuçlanmış olacağı, kişilerin elinde de hak aramak için sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitme seçeneği kalacağı" gerekçeleriyle eleştirildiği belirtilmiştir¹¹⁸. Söz konusu hüküm, ayrıca YUKK öncesi dönemde

¹¹⁶ İdare mahkemesinin kesin nitelikte kararlarına ilişkin benzer bir düzenleme 2008 yılında yapılan değişiklik öncesinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 26. maddesinde yer almaktaydı. Anılan maddenin 2. fıkrasında, "Bu kanunda düzenlenen her türlü para cezası idari niteliktedir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir." hükmüne yer verilmişti. Danıştay 10. Dairesi tarafından "İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir" cümlesinin Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ancak Mahkeme 23.5.2001 tarihli ve E. 2001/232, K. 2001/89 sayılı kararıyla söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anılan karar için bkz. 23.5.2001 tarih ve E.2001/232, K.2001/89 sayılı karar; Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2002, S. 37, C.1, s. 541-550. İdare mahkemesinin kesin kararları ve Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.: İdare Hukuku, Cilt 2 (İdari Yargılama Hukuku), B. 5, Ankara 2012, s. 1034-1035.

¹¹⁷ İdare mahkemesinin vereceği karara karşı yargı yolunun açık olması gerektiği konusunda ayrıca bkz. MAZLUMDER, s. 5; DARDAĞAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 71.

¹¹⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme

idarî işlemlerin yargısal denetimine ilişkin genel kurallar çerçevesinde idare mahkemesi kararının Danıştay'da temyiz imkânının bulunması sebebiyle mevcut durumdan daha geri bir düzenleme getirmiş olması sebebiyle de eleştiriye açıktır¹¹⁹.

Bununla birlikte, hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların idare mahkemesinin kararının kesinleşmesini takiben Anayasanın 148. maddesi çerçevesinde bireysel başvuru hakkını kullanarak Anayasa Mahkemesine başvurması mümkündür.

Sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yoluna başvuranlardan avukatlık ücretini karşılama olanağı bulunmayanlara Avukatlık Kanununun adli yardım hükümleri uyarınca avukatlık hizmeti sağlanması konusunda bir düzenleme Kanunda yer almamıştır. Hâlbuki bu imkân, idarî gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlar (m. 57(7)) ile uluslararası koruma başvurusu sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Kanunun uluslararası korumaya ilişkin üçüncü kısmı çerçevesinde yapılacak iş ve işlemlere karşı yargı yoluna başvurulması bakımından (m. 81(1)) düzenlenmiştir. Sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvuracaklardan avukatlık ücretini karşılama imkânı bulunmayanlar hakkında da paralel bir düzenlemenin yer alması, ilgililerin adalete erişimlerinin sağlanması ve kendilerine AİHS'nin 13. maddesi çerçevesinde etkili başvuru hakkının sağlanması açısından önemlidir¹²⁰. Bununla birlikte, YUKK Tasarısına ilişkin görüşmeler sırasında hükümeti temsilen yapılan açıklamalarda, uluslararası korumayla ilgili kısmın tamamında adli yardım hükümlerinin olduğu, ancak hakkında sınır dışı kararı alınmış kişilerle ilgili olarak bunun mali külfeti ve bütçe dengeleri de göz önüne alınarak metne eklenmediği ifade edilmiştir¹²¹.

Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları (1/619), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi_/donem24/_yil01_/ss310.pdf> (Erişim tarihi 15.5.2013), s. 25. Ayrıca bkz. DARDAGAN KİBAR, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, s. 71-72.

¹¹⁹ ERKEM, s. 13.

¹²⁰ Aynı yönde bkz. MAZLUMDER, s. 5. Nitekim AİHM *M.S.S. v. Belgium and Greece* (No. 30696/09) davasında ilgilinin avukatlık ücretini ödeme imkânı olmamasına rağmen kendisine hukukî danışmanlık yapabilecek kuruluşlar hakkında bilgi verilmemiş olması ile adli yardım sağlayabilecek avukatlar listesindeki avukat sayısının yetersizliğini başvuru hakkına erişimi engelleyecek fiilî engel saymıştır (para. 319). Konuyla ilgili olarak bkz. ERGÜL, s. 231.

¹²¹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları, s. 26.

YUKK'nın 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sınır dışı kararlarına karşı açılacak iptal davasında idare mahkemesi, söz konusu kararı Türk hukukunda iptal nedenleri olarak kabul edilen yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden değerlendirecektir¹²². YUKK'da sınır dışı etme kararını almaya yetkili makam olarak valilikler kabul edilmiştir. Dolayısıyla böyle bir kararın valilikler dışında bir makam tarafından alınması durumunda sınır dışı etme kararı yetki yönünden hukuka aykırıdır.

Bunun yanı sıra, sınır dışı etme kararı, Kanunda hüküm altına alınan usûle uygun bir şekilde verilmiş olmalıdır¹²³. Bu anlamda, Kanunun 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, sınır dışı etme kararının yazılı ve ilgiliye tebliğ edilmiş olması gerekir. Sınır dışı etme kararının yazılı olarak verilmemesi veya ilgiliye tebliğ edilmemesi, işlemin şekle aykırılık sebebiyle iptalini gündeme getirir. Nitekim Danıştay, 24.4.1978 tarihli bir kararında İsveç Radyo Televizyon Kurumu tarafından Türkiye hakkında belgesel bir film yapımı için İstanbul'a gönderilen dört kişilik televizyon ekibinin sınır dışı etme işleminin ilgililere sözlü olarak bildirilmiş olmasını hukuka aykırı görmüştür¹²⁴. Sınır dışı etme kararının gerekçeli verilmesi gerekliliği de aynı YUKK hükmünde açıkça belirtilmiştir. Kanunî bir hükümle gösterilmesi aranan gerekçe kural olarak bir şekil şartı kabul edilmektedir¹²⁵. Keza, Kanunun 56. maddesi uyarınca hakkında sınır dışı kararı alınan yabancılara tanınması gereken sürenin tanınmamış olması da şekle aykırılık sebebidir¹²⁶ (m. 56(1)).

¹²² İYUK'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca, iptal davaları, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalardır.

¹²³ Bununla birlikte Danıştay, her türlü şekil sakatlığını değil ancak sonucu etkileyecek nitelikte olan şekil kurallarında yapılan sakatlıkları iptal nedeni saymaktadır. Doktrinde "ana kural", "birincil kural" veya "asli şekil kuralı" olarak anılan bu tür kurallar ile sonucu etkileyecek nitelikte olmayan "ikincil" veya "tali kurallar" arasındaki ayrıma ilişkin herhangi bir nesnel ölçüt bulunmadığından Danıştay somut uyumsuzluğun özelliklerini dikkate almak suretiyle idarî işlemin şekle aykırılık sebebiyle iptalinin gerekip gerekmediğine karar vermektedir: TAN, s. 834.

¹²⁴ Söz konusu karar için bkz. Danıştay 12. D., E.1977/1349, K. 1978/95, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12d-1977-1349.htm>> (Erişim tarihi: 20.6.2013)

¹²⁵ TAN, s. 840. Bununla birlikte, gerekçeyi sonucu etkilemeyen bir şekil koşulu olarak kabul eden Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu kararları da mevcuttur: TAN, s. 840, dn. 348.

¹²⁶ Sınır dışı etme kararlarında ilgiliye süre tanınmasının zorunlu bir şekil şartı olduğu yönünde bkz. DARDAĞAN, E.: Yabancılar Hukuku Açısından Sınır dışı Etme, Ankara 1993 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 117.

Diğer yandan, YUKK'da sınır dışı etme sebeplerinin açıkça düzenlendiği dikkate alındığında, kararın söz konusu sebeplerden birine dayanmaması veya sınır dışı etme sebebinin kararda gösterilmemesi durumunda sınır dışı etme kararının neden yönünden hukuka aykırılığı gündeme gelir¹²⁷. Özellikle idareye takdir yetkisi tanımaksızın belli kişilerin sınır dışı edileceğini düzenleyen 54. maddenin 1. fıkrasında yer alan 13 bentten (d) bendi dışındakiler bakımından bunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu bentlerde sınır dışı etme gerekçeleri somut bir şekilde belirtilmiştir. Mahkeme, sınır dışı etme kararının neden yönünden incelemesini yaparken, kendisine bildirilen nedenin gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadığını denetleyecektir¹²⁸.

Bununla birlikte, m. 54(1)(d)'de yer alan, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların "sınır dışı edilecekleri" ne ilişkin hüküm, her ne kadar lafzı itibariyle idareye takdir yetkisi tanımamaktaysa da, özellikle hükümde geçen kavramların soyut ve belirsiz niteliklerinden dolayı, idarenin takdir yetkisi, söz konusu kavramları belirli hâle getirmek şeklinde kendisini göstermektedir¹²⁹. Bu şekilde idareye takdir yetkisi tanınan hallerde, idarî işlemin yargısal denetiminin ilk aşaması söz konusu işlemin dayandığı maddî ve hukukî olayların gerçeğe uygun olup olmadığının denetlenmesini, ikinci aşaması ise, gerçekliği saptanan maddî ve hukukî olayların söz konusu işlemin yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olup olmadığının tespitini içermektedir¹³⁰. Özellikle bir durum arz eden söz konusu ikinci aşamada, mahkemenin kanunda kullanılan belirsiz kavramın objektif bir anlama sahip olması sebebiyle idarî işlemin dayandığı maddî ve hukukî olayların bu kavrama sokulup sokulamayacağına ilişkin bir denetim yapabileceği¹³¹, bununla birlikte, söz konusu olayların belirsiz kavrama altlanıp altlanmayacağının objektif şekilde belirlenmesinin mümkün olmaması durumunda, idarenin takdir yetkisinin olduğu kabul edilerek yaptığı nitelendirmenin hukukiliğinin tartışılmaması gerektiği kabul edilmektedir¹³².

¹²⁷ İdarî işlemlerin neden yönünden hukuka aykırılığı konusunda bkz. TAN, s. 844 vd.; GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, B. 10, Ankara 2011, s. 154 vd.

¹²⁸ TAN, s. 847.

¹²⁹ Takdir yetkisinin iptal nedenleri ile olan ilişkisi hakkında bkz. TAN, s. 865 vd.

¹³⁰ TAN, s. 868 vd.

¹³¹ TAN, s. 870.

¹³² GÜNDAY, s. 156.

Sınır dışı kararının 54. maddenin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca verilmesi durumunda, söz konusu kararda hangi olayların kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığını tehdit ettiğinin belirtilmesi gerekir. Söz konusu zorunluluk aynı zamanda, Kanunun 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sınır dışı kararının gerekçeli olması gereğinden de kaynaklanmaktadır. İdarenin, sınır dışı kararında hiçbir somut olaya dayanmaması veya dayandığı olayın gerçekleşmemiş olması durumunda söz konusu karar neden yönünden hukuka aykırıdır¹³³. Mahkemenin yargısal denetimi gerçekleştirirken, idarenin kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığını tehdit ettiğini belirttiği olayların ilgilinin sınır dışı edilmesini haklı gösterecek nitelikte olup olmadığını da denetlemesi gerekir¹³⁴.

Aynı durum başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceğine ilişkin 54. maddenin 2. fıkrası bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla ilgili hakkında ülke güvenliği için tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunması sebebiyle sınır dışı kararı verilmiş olması durumunda, söz konusu kararın yargısal denetimini yapan mahkemenin idarenin "*ciddî emare*" olarak nitelendirdiği olayın sınır dışı etme işleminin yapılmasını gerektirecek bir olay olup olmadığını değerlendirebilmesi gerekir¹³⁵. Benzer bir değerlendirme, ilgilinin kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymesi sebebine dayanılarak verilmiş sınır dışı etme kararının denetimi bakımından da kabul edilebilir.

Kanunda idareye takdir yetkisi tanınmaksızın açık ve net olarak sınır dışı etme sebebi olarak belirtilen sebeplerden birinin varlığı durumunda, sınır dışı kararı yerine farklı sonuç doğuracak bir karar veril-

¹³³ Bkz. DARDAĞAN, s. 120.

¹³⁴ Bununla birlikte, YUKK öncesi dönemde sınır dışı işleminin dayandığı eylem/ olayların YİSHK'nın 19. maddesi kapsamına sokulup sokulamayacağına ilişkin bir tartışmaya mahkeme kararlarında yer verilmediği bilinmektedir. Danıştay az sayıda kararında böyle bir inceleme yapmıştır. Söz konusu kararlar hakkında bkz. DARDAĞAN, s. 123.

¹³⁵ İdare tarafından yapılan nitelendirmenin denetlenmesi hakkında bkz. TAN, s. 850. Bununla birlikte böyle bir denetim yerindelik denetimine kayma tehlikesini de barındırmaktadır: TAN, s. 850.

mesi söz konusu kararın konu bakımından iptalini gündeme getirir¹³⁶. Benzer şekilde sadece yabancılar hakkında sınır dışı kararı verilebileceğine ilişkin hükmün (m. 52) aksine bir Türk vatandaşı aleyhine böyle bir karar verilmesi durumunda söz konusu kararın iptali söz konusu olacaktır.

Sınır dışı etme kararının amaç yönünden denetiminde ise, mahkeme idarenin bu kararı kamu yararı amacı dışında bir amaçla alıp almadığını değerlendirecektir. Ancak niteliği gereği tüm idarî kararların denetiminde olduğu gibi sınır dışı kararlarının denetiminde de amaç yönünden hukuka aykırılığın kanıtlanması oldukça güçtür. Zira burada idarenin söz konusu kararı kamu yararı amacı dışında bir amaçla, örneğin kişisel ya da siyasi bir amaçla aldığıının ispatlanması gerekir.

V. Sınır Dışı Kararının Sonuçları

Sınır dışı kararının en önemli sonucu, kuşkusuz kişinin Türkiye sınırlarından çıkarılmasıdır. Hakkında sınır dışı kararı verilen yabancılar, YUKK m. 52 uyarınca, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilirler.

Türkiye'den sınır dışı edilen yabancılar ancak haklarında giriş yasağı kararı alınmamış ise Türkiye'ye dönebilirler. Kanunun, "*Türkiye'ye giriş yasağı*" başlığını taşıyan 9. maddesi uyarınca, sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişi Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valilikler tarafından yasaklanır. Giriş yasağının süresi kural olarak 5 yıldır. Ancak kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu süre Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilir (m. 9(3)). Bununla birlikte, vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Türkiye'ye giriş yasağı süresi bir yılı geçemez (m. 9(4)). Kanunun 56. maddesi uyarınca Türkiye'yi terke davet edilen yabancıardan süresi içinde ülkeyi terk edenler hakkında giriş yasağı kararı alınmayabilir (m. 9(5)). Ayrıca, yukarıda da belirtildiği üzere 60. madde uyarınca seyahat masraflarının bir kısmı ya da tamamı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından karşılanan yabancı-

¹³⁶ Konu yönünden hukuka aykırılık hakkında bkz. TAN, s. 853.

ların masraflar geri ödenmediği müddetçe Türkiye'ye girişine izin verilmeyebilecektir. Bu anlamda, kişinin ülkeye girişinin yasaklanmamış olması durumunda, ülkeye girişe ilişkin mevzuat hükümlerine uygun olarak Türkiye'ye dönmesi mümkündür.

Yabancı hakkında verilen ülkeye giriş yasağı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kaldırılabilir veya giriş yasağı kaydıyla belirli bir süre için yabancı'nın Türkiye'ye girişine izin verilmeyebilecektir (m. 9(6)). Ayrıca, kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle bazı yabancıların ülkeye kabulünün Genel Müdürlük tarafından ön izin şartına bağlanması mümkündür (m. 9(7)).

Hakkında ülkeye giriş yasağı bulunmasına rağmen ülkeye girdikleri tespit edilen yabancılar hakkında sınır dışı kararı verilecektir (m. 54(1)).

Diğer yandan, Kanunun 56. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Türkiye'yi terk edebilmeleri için kendilerine tanınan süre zarfında Türkiye'den ayrılmayanlar, 57. madde uyarınca idarî gözetim altında bulunduğu veya 58. madde uyarınca geri gönderme merkezlerinde tutulduğu süre zarfında ya da sınır dışı işleminin gerçekleştirilmesi sırasında kaçan yabancılar bakımından bin Türk lirası idarî para cezası uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 102(1)(c), (ç)).

Hakkında sınır dışı kararı verilen yabancılar bakımından sınır dışı kararının farklı sonuçları da Kanunun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Türkiye'ye giriş için geçerli vizesi olan yabancılar hakkında vizenin geçerlilik süresi içerisinde sınır dışı kararı verilmesi durumunda vizenin iptal edileceği (m. 16(2)); hakkında sınır dışı kararı verilen yabancılar bakımından kısa dönem ikamet izni¹³⁷ (m. 33(1))

¹³⁷ Kısa dönem ikamet izni, her defasında en fazla birer yıllık sürelerle Kanunun 31. maddesi uyarınca, bilimsel araştırma amacıyla gelecekler; Türkiye'de taşınmaz malı bulunanlar; ticari bağlantı veya iş kuracaklar; hizmet içi eğitim programlarına katılacaklar; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler; turizm amaçlı kalacaklar; kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi görecekleler; adli veya idarî makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye'de kalması gerekenler; aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler; Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar; kamu kurumları aracılığıyla Türkiye'de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar veya Türkiye'de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren altı ay içinde müracaat edenlere verilebilecek ikamet iznidir.

(ç)), aile ikamet izni¹³⁸ (m. 36(1)(c)) ve öğrenci ikamet izni¹³⁹ (m. 40(1) (ç)) verilmeyeceği, verilmişse iptal edileceği, süresi biten izinlerin uzatılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 16. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yapılan değişiklik sonucu anılan Kanun hükümleri çerçevesinde geçerli bir çalışma izni bulunan yabancı hakkında sınır dışı kararı verilmesiyle söz konusu izin de geçerliliğini kaybedecektir¹⁴⁰. Kanun 46. maddesinde sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurulması durumunda ilgiliye insani ikamet izninin verileceğini düzenlemektedir. İnsani ikamet izni, aynı hüküm uyarınca haklarında sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı hâlde, Türkiye'den çıkışları yaptırılmayan ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görülmemeyen yabancılar ile Kanununun 55. maddesi uyarınca hakkında sınır dışı kararı alınmayacak yabancılar bakımından da verilebilecektir. Söz konusu iznin en çok birer yıllık sürelerle, İçişleri Bakanlığının izni alınmak suretiyle ve diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan valiliklerce verilebilir ve uzatılabileceği öngörülmüştür (m. 46(1)).

Sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'de bulunan mallarının veya işlerinin tasfiyesine ilişkin bir hüküm Kanunda yer almamıştır. Konuyla ilgili açık bir hükme yer verilmemiş olması karşısında sınır dışı

¹³⁸ Kanununun 34- 37. maddelerinde düzenlenen aile ikamet izni, Türk vatandaşlarının, TVK'nın 28. maddesi uyarınca Türk vatandaşlığını çıkma izni almak suretiyle kaybedenlerin veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin; yabancı eşine; kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna; kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna her defasında iki yılı aşmayacak şekilde verilebilen ikamet iznidir.

¹³⁹ Öğrenci ikamet izni, Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecektir yabancılar için verilecek ikamet iznidir (m. 38(1)). İlk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancılar için bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilmesi ve velilerinin veya yasal temsilcilerinin muvafakatinin bulunması şartıyla öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni verilebilecektir (m. 38(2)).

¹⁴⁰ YUKK'nın 125. maddesinin 5. fıkrası ile Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun "Çalışma izninin geçerliliğini kaybetmesi" başlığını taşıyan 16. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi, "Yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olması veya Türkiye'ye girişinin yasaklanması" durumunda çalışma izninin geçerliliğini kaybedeceği şeklinde değiştirilmiştir. Hatırlanacağı üzere anılan hüküm "yabancıların ikamet tezkeresinin herhangi bir nedenle geçersiz hale gelmesi veya geçerlilik süresinin uzatılmaması" durumunu çalışma izninin geçerlilik süresinin sona ermesi dışında geçerliliğini kaybedeceği hallerden biri olarak düzenlemiştir.

edilen kimsenin Türkiye'deki işlerini vekilleri aracılığıyla devam ettirmesi mümkün olup mallarının tasfiye edilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır¹⁴¹.

SONUÇ

YUKK, yabancıların Türkiye'ye girişi, Türkiye'de bulunmaları ve Türkiye'den çıkışları konusunda kapsamlı ve yeni bir düzenleme getirmekte; bu bağlamda yabancıların sınır dışı edilmesi hususu da etraflı şekilde düzenlenmektedir.

Kanunun yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde, getirdiği en önemli yeniliklerden biri, sınır dışı edilecek kişilerin açıkça sayılmasıdır. Bu anlamda Kanun, kural olarak idareye takdir yetkisi tanımaksızın belli kişilerin sınır dışı edilmesini öngörmektedir. Bu şekilde YUKK öncesi dönemde mevzuatta dağınık şekilde yer alan sınır dışı sebepleri tek bir düzenlemede toplamış olmakta, YİSHK'nın 19. maddesinde yer alan ve kapsamı belirsiz olmakla eleştirilen genel sınır dışı sebepleri netleştirilmekte ve doktrinde söz konusu sebeplere dayandırılması savunulan farklı bazı durumlar da açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Bununla birlikte, Kanunun sınır dışı sebeplerine yer veren 54. maddesinin 1. fıkrasının "*Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar*"ın sınır dışı edileceklerine ilişkin (b) bendi eleştiriye açıktır. Zira anılan hüküm, ceza kanunlarında tanımlanmamış olan "*çıkart amaçlı suç örgütü*"nün yöneticisi, üyesi, destekleyicisi olan yabancıların sınır dışı edileceğini düzenlemekle kalmamış ayrıca anılan hükümde sayılan kişilerin sınır dışı edilmeleri için kesin bir mahkûmiyet kararının varlığını da aramamıştır. Dolayısıyla anılan hüküm hukukumuzda var olmayan bir ceza hukuku kurumuna sınır dışı etme gibi ağır bir hukukî sonucu bağlamakta ve ayrıca suçsuzluk karinesine ilişkin anayasal ilke ile AIHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin hükmünü ihlal etmektedir.

Diğer yandan Kanun, başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin sınır dışı edilmelerini ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunması veya kamu düzeni

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 159. Karş. DURAN, s. 15.

açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda idareye takdir yetkisi tanımak suretiyle mümkün kılmaktadır.

Kanun, sınır dışı etme kararının alınmayacağı istisnai halleri de düzenlemiştir. Bu çerçevede sağlık sebepleri, ilgilinin insan ticareti çerçevesinde mağdur destek sürecinden yararlanmakta olması, vatan-sız olması veya sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunması sınır dışı kararının alınmasını engelleyecektir. Anılan istisnai durumlardan özellikle sonuncusu AİHM içtihadında vurgulandığı şekilde ilgili bakımından sınır dışı edileceği ülkede böyle bir muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunmasını yeterli görmesi bakımından önemlidir.

Kanunda AİHM içtihadını yansıtan bir başka düzenleme idarî gözetime ilişkindir. Mahkemenin Türkiye ile ilgili olarak vermiş kararlarda Türk hukukunda idarî gözetim kararının verilmesi ve uzatılmasına ilişkin usûl, idarî gözetim süresi, idarî gözetim kararına karşı yargı yolu ve idarî gözetim altındaki kişilere sağlanacak adli yardım konularında herhangi bir yasal düzenleme olmamasına ilişkin olarak tespit ettiği eksiklikler Kanunun ayrıntılı hükümleriyle karşılanmıştır.

Diğer yandan, Kanunun sınır dışı etme kararının yargısal denetimi bakımından getirdiği yenilikler de önemlidir. Bu çerçevede idare mahkemeleri görevli tayin edilmiş, mahkemeye başvuru süresi ile mahkemenin karar vermesi gereken süre 15 gün olarak belirlenmiştir. Ancak söz konusu süreler sınır dışı kararının ilgili bakımından yaratacağı ağır sonuçlar dikkate alındığında oldukça kısadır.

Kanunun yargısal denetimle ilgili olarak getirdiği yeniliklerden bir diğeri dava açma süresi içerisinde veya yargılama devam ederken ilgilinin sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin düzenlemedir. Bir diğer ifadeyle sınır dışı kararına karşı yargı yoluna başvurulması durumunda yürütmenin durdurulması ile ilgili bir talebe ihtiyaç yoktur. Bu düzenleme AİHM kararlarında ifade edildiği şekilde “*otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yolu*” nun Türk hukukunda kabul edildiği anlamına gelmektedir.

Ancak bu çerçevede eleştiriye açık bir husus, Kanunun idare mahkemesi kararlarının kesin olacağına ilişkin düzenlemesidir. YUKK

öncesi dönemde idare mahkemesinin vermiş olduğu kararlar Danıştay denetimine tâbi olmalarına rağmen, Kanundaki açık hüküm gereği bundan böyle idare mahkemesinin söz konusu kararlarına karşı Danıştay'da temyiz imkânı bulunmayacaktır. Bununla birlikte, böyle bir denetimin sağlanması, bireye sağlanan yargısal güvenceler bakımından önemlidir.

Sınır dışı kararlarına karşı yargı yoluna başvuranlar bakımından adli yardım imkânının düzenlenmemiş olması da Kanunda eleştiriye açık bir başka husus olarak göze çarpmaktadır.

Kanun sınır dışı etme kararının sonuçlarıyla ilgili olarak da düzenleme getirmektedir. Bu çerçevede hakkında sınır dışı kararı alınan yabancı menşe ülkesine, transit gideceği ülkeye veya 3. bir ülkeye sınır dışı edilebilecek ve hakkında Türkiye'ye giriş yasağı alınmaması durumunda geri dönebilecektir. Sınır dışı kararının bir başka sonucu hakkında sınır dışı kararı bulunan yabancıya kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni ve öğrenci ikamet izni verilmeyeceği, verilmişse iptal edileceği, süresi biten izinlerin uzatılmayacağına ilişkindir. Bununla birlikte hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların Türkiye'deki işlerinin ve mallarının tasfiyesiyle ilgili bir hüküm Kanunda yer almamıştır. Bu sebeple ilgilinin Türkiye'deki işlerini vekilleri aracılığıyla devam ettirmesinde herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılabılır.

KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, T.: İnsan Hakları- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 2010.
- ALLEWELDT, R.: "Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, 1993, Vol. 4, s. 360-376.
- ASAR, A.: Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, B. 1, Ankara 2001.
- AYBAY, R./DARDAĞAN KİBAR, E.: Yabancılar Hukuku, B. 3, İstanbul 2010.
- AYBAY, R.: "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır dışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 2, s. 141-172.
- AYDOĞAN, D.: "Yabancı Çingenelerin Türkiye'ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleri İle Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 56, S. 1, s. 3-48.

- BOZLAK, A.: "Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukukî Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2009, C. 11, S. 3, s. 61-93.
- ÇELİKEL, A./ÖZTEKİN GELGEL, G.: *Yabancılar Hukuku*, B. 16, İstanbul 2010.
- ÇİÇEKLİ, B.: *Yabancılar Hukuku*, B.2, Ankara 2009.
- DARDAĞAN, E.: *Yabancılar Hukuku Açısından Sınır Dışı Etme*, Ankara 1993 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- DARDAĞAN KİBAR, E.: "Türk İdari Yargısında Sınır dışı Etme Kararlarının Ele Alınması", *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 175, Ankara 2010, s. 522-544.
- DARDAĞAN KİBAR, E.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, C.11, S. 2, s. 53-74 ("Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu").
- DURAN, L.: "Yabancıların Türkiye'den Sınır dışı Edilmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, 1980, C.2, S.1, s. 3-33.
- EKŞİ, N.: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2009, S. 1-2, s. 119-139.
- EKŞİ, N.: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 6, s. 2803- 2837 ("Sınır dışı").
- EKŞİ, N.: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye Davası*, İstanbul 2010.
- EKŞİ, N.: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, İstanbul 2011 ("Yabancılar Hukuku").
- EKŞİ, N.: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, İstanbul 2012 ("Tasarı").
- EKŞİ, N.: "AIHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanmaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AIHS'nin 5. maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, C. 32, S.1, s. 155- 166.
- EKŞİ, N.: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z.N.S. v. Türkiye (Başvuru no: 21896/08) Karar Strazburg 19 Ocak 2010- Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni*, İstanbul 2010.
- EKŞİ, N.: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin M.B. v. Türkiye, D.B. v. Türkiye, Dbo-uba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinadgan v. Türkiye Davalarında 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri*, İstanbul 2010.
- EKŞİ, N.: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Charahili v. Türkiye, Ranjbar and Others v. Türkiye, Tehrani and Others v. Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercümeleri ve İngilizce Metinleri*, İstanbul 2010.
- ERGÜL, E.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Ankara 2012.

- ERKEM, N.: "Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye Kararının Uygulanması- İzleme Raporu", İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2013/3, <http://www.aihmiz.org.tr/files/03_Abdolkhani_Karimnia_Rapor_TR.pdf> (Erişim tarihi: 5.7.2013).
- FEYZİOĞLU, M.: "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. 48, S. 1-4, s.135-163.
- GÖLCÜKLÜ, F. : "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, 1994, C. 49, S. 1-2, s. 199-134.
- GÖLCÜKLÜ, F./GÖZÜBÜYÜK, Ş.:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, B. 2, Ankara 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.: İdare Hukuku, Cilt 2 (İdari Yargılama Hukuku), B. 5, Ankara 2012.
- GUILD, E./MINDERHOUD, P.: The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Leiden 2011.
- GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, B. 10, Ankara 2011.
- KABAALİOĞLU, H./EKŞİ, N.: "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sevin Toluner'e Armağan, 2004, S. 1-2, s. 503- 522.
- LEVİ, S.: "Yabancıların Sınır dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Tartışma Yaratacak Bir Hükmü Nasıl Değiştirdi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 29-39.
- İnsan Hakları ve Mazlumder İçin Dayanışma Merkezi (MAZLUMDER): 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı' Hakkında Değişiklik Önerileri, 23.5.2012.
- SİRMEN, K. S.: "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, C. 67, S. 3, s. 29- 45.
- SOYKAN, C.: "The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey", *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2012, Vol. 2, No. 2, s. 38- 47.
- TAN, T.: İdare Hukuku, Ankara 2011.
- TEKİNALP, G.: Türk Yabancılar Hukuku, B. 7, İstanbul 2002.
- TEZCAN, D./ERDEM, M. R./SANCAKDAR, O.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, B.1, Ankara 2002.
- ÜZÜLMEZ, İ.: "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 41-72.
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları (1/619), <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf>> (Erişim tarihi 15.5.2013).

OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ VE İNSANCIL HUKUK

AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS AND HUMANITARIAN LAW

Gökhan GÜNEYSU*

Özet: Günümüz silahlı çatışmalarında hızlı karar alan ve bu kararını en iyi şekilde uygulayan ordular zafer kazanmaktalar. Bu ise savaş alanında yorulmak bilmeyen, aynı anda birden fazla veriyi algılayıp değerlendirebilen otonom silah sistemlerinin kullanımının artmasına neden olmuştur. Hâlihazırda bazı ülkeler tarafından kullanılan otonom silah sistemlerinden yararlanılmasında artış beklenmektedir. Bu artış elbette etik, siyasi ve hukuki açıdan bu meselenin incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu makalede bu silah sistemlerinin insancıl hukuk açısından değerlendirilmesi hedeflenmektedir. Bu incelemede ikili bir ayırımıda bulunmak gereklidir. İlk olarak silah veya savaş araç ve gereçlerinin doğasına ilişkin insancıl hukuk kuralları ele alınmalıdır. Bundan sonra silahlarının kullanımına ilişkin kurallara kısaca değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Otonom Silah Sistemleri, Uluslararası Hukuk, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Yeni Silahlar

Abstract: Pundits of international armed conflict and international law have been highlighting an important development in warfare that has been marking the conflict zones recently, i.e. the development and widespread usage of the so-called “autonomous weapon systems”. These systems are already being used by the armies of some countries like USA and Israel. There are reports that this tendency will continue and reshape the war machines of the future immensely. In this paper, I will try to probe into these systems and their status in international humanitarian law. In this endeavor, I shall have a two-fold approach; first the nature of these weapons in terms of humanitarian law will be investigated. Then, we will briefly highlight those humanitarian rules pertaining to the usage of weapons.

Keywords: Autonomous Weapon Systems, Public International Law, International Humanitarian Law, New Weapons.

* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

1988 yılında İran Körfezi'nde gerçekleşen trajik bir olayda, A.B.D.'ye ait savaş gemisi *USS Vincennes* İran Hava Yolları'na ait bir uçağı düşürmüş, uçakta bulunan 290 yolcunun ölümüne sebep olmuştur. Bu kazanın oluşumunda, gemide kullanılan *Aegis* adlı bir bilgisayar programı en büyük rolü oynamıştır. *Aegis*, radar ve diğer yollarla aslında sivil bir ticari uçuş halinde olduğu aşikâr olan bir hava aracını, İran Hava Kuvvetleri'ne ait bir F-14 olarak algılayarak saldırı tavsiyesinde bulunmuştur. Gemide görevli askeri personel ise bu tavsiyeye sorgulamadan ve durumu daha fazla da araştırmadan uymuştur. Sonuç, yüzlerce sivilin haksız ve gereksiz yere ölümü olmuştur¹. Enformatik bilimler ve hukuk ile ilgili birçok yazıda işaret edilen bir sıkıntı bu şanssız olayda kendisini göstermiştir; o da "automation bias" olarak adlandırılan davranış kalıbıdır. Burada bahsedilen "otomasyon önyargısı" ile bilgisayar sistemlerinden gelen her türlü yoruma aslında ilgili makinenin efendisi olması beklenen insanoğlunun sorgulamadan inanması ve gereğince davranması kastedilmektedir².

Aegis, gemileri havadan gelecek saldırılara karşı koruma amacıyla geliştirilmiş bir program olup, genellikle henüz saldırı gerçekleşmeden yaklaşan füze ve hava araçlarının sınıflandırılması ve ilgili askeri personele durumun bildirilmesini amaçlamaktadır³. Tamamıyla otonom bir silah sistemi olmayıp, daha ziyade çevredeki verileri toplayıp bir saldırının vuku bulup bulmadığını yorumlayan bir sistemdir. Bununla birlikte otomatik ve hatta tamamen otonom olarak çalışacak silah sistemlerini günümüzde üretmeye çok yakınız, birçok "robotik asker" halen savaş alanlarında görev almaktadır. Bunlar sayesinde, bilgisayar oyunu oynarcasına savaş sürdüren ve aslında Nevada'da bir askeri üstteki küçük bir odada kahvesini içen bir askeri personel sınıfı da doğmuştur. Teknolojik kapasitemizde gözlenen ve giderek de hızlanan gelişmeler, her geçen gün daha verimli çalışan, daha "zeki" olan makine ve programların ortaya çıkmasını mümkün kılmaktadır⁴.

¹ Chantal Grut, "The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law" *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 18 No.1, s.14.

² Human Rights Watch, *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, November 2012, s. 13.

³ Grut, *op. cit.*, s. 15.

⁴ Kenneth Anderson & Matthew Waxman, "Law and Ethics for Robot Soldiers",

Dolayısıyla, günün birinde Nevada'dan yönlendirilmeye dahi ihtiyaç kalmayabilecektir.

Otonom silah sistemleri, basitleştirirsek eğer, askeri bir görevi tamamen kendi başına veya sınırlı bir insan katkısı ile gerçekleştiren savaş araç ve gereçleridir⁵. Otonom silah sistemlerinin direkt olarak saldırmaktan, keşif ve gözlem yapmaya kadar değişen farklı görevler için yapılış türleri vardır. Yine, yarı otomatik sistemler olduğu gibi, tamamen otonom olarak çalışanları de mevcuttur⁶. Amerikan Savunma Bakanlığı'nın tanımına göre:

“(Silah sistemleri,) bir kere aktive edildikten sonra, herhangi bir insan operatörün müdahalesi olmadan hedefleri seçip, bunlara ateş edebilen sistemlerdir. Bunlara, insanların denetlediği, yani insan kullanıcıların silah sisteminin kendisinin belirlemiş olduğu uygulamayı durdurabildiği (override) ama (böyle bir müdahale olmadığı müddetçe) aktive edildikten sonra hedefleri tespit edip bunlara ateş edebilen sistemler de dâhildir”⁷.

Görüldüğü üzere bu silahlar bir kere çalıştırıldı mı, insan müdahalesine çoğu zaman gerek duymayan ancak şu ana kadar da sürekli olarak bir insan kontrolüne tabi tutulmuş silah sistemleridir. İdeal anlamında bir otonomiden şu an için bahsetmek aslında zor görünmektedir. Ancak bilimin çok hızlı ilerlemesi neticesinde tam veya tama yakın bir otonominin sağlanmasının çok uzak bir zamana kalmadan gerçekleşeceğini de kestirmek mümkün görünmektedir.

Günümüz silah sistemlerinde daha ziyade çevredeki faktörler değerlendirilmekte ve bir adım sistem tarafında tavsiye edilmektedir. Ancak bu tavsiye edilen veya seçilerek gerçekleşmesine başlanan adım ya insan kullanımı tarafından onaylanmakta veya onayın aranmadığı durumlarda da durdurulabilmektedir. Geleceğin sistemlerinin ise bundan çok daha yüksek seviyede otonomi sergilemesi beklenmektedir. Bilgisayar vb. teknolojilerde otonomi meselesini kavramlaştırabil-

American University WCL, Research Paper, No. 2012-32, s. 2.

⁵ Michael A. Gutlein, *Lethal Autonomous Weapons –Ethical and Doctrinal Implications*, Naval War College 2005, s.2. <www.dtic.mil.net>

⁶ *ibid.*s.2.

⁷ US Department of Defense, *Directive 3000.09, Autonomy in Weapon Systems* (21, November, 2012), << <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf>>>.

mek için OODA modeli kullanılan modellerdendir⁸. John Boyd tarafından geliştirilen model *Observe, Orient, Decide, Act* kelimelerinin baş harflerinden oluşmaktadır.

İlk olarak çevre gözlenmekte, çevre hakkında her türlü gerekli bilgi elde edilmeye çalışılmaktadır (*Observe*). Daha sonra oryantasyon aşaması, yani elde edilen bu bilgilerin yorumlanması safhası (*Orient*) gelmektedir. Bu aşamadan sonra ortaya çıkan değişik seçenekler birisi lehinde bir karar alınması (*Decide*) gerekecektir ve bu üçünü aşamayı ise son ve dördüncü aşama olan eylem (*Act*) takip edecektir⁹.

Boyd'un dört basamaklı modeli elbette aşırı derecede basitleştirilmiş bir modeldir. Bununla birlikte günümüz ordularında hala kullanılmaktadır. Amerikan Deniz Piyadeleri'ne göre; bu dört aşamayı daha hızlı şekilde tamamlayacak olan taraf, savaşı da kazanma yönünde büyük bir avantaja sahip olacaktır¹⁰. Dolayısıyla, aynı anda yüzlerce veriyi inceleyebilen bir otonom silah sistemi, bir insan karar alıcıya göre çok daha hızlı çalışabildiğinden savaşın kazanılmasında büyük bir avantaj yaratabilecektir. Yine, insanların sahip olduğu; duygusallaşma, açlık, yorgunluk gibi kısıtlayıcı faktörler bilgisayarlar ve makineler için geçerli değildir. Bu nedenle bir makine aynı seviyede saatlerce ve hatta günlerce çalışabilecektir. İşte bu avantajların da beklentisi ile Amerikan Silahlı Kuvvetleri'nin 2025 yılına gelindiğinde "büyük ölçüde robotik" bir hal almasının beklendiği de ifade edilmektedir¹¹. Hatta bir plana göre, bir birlik için 150 asker ve 2000 kadar robotun görev alması dahi öngörülmektedir¹².

Bu çalışmamızda, silah teknolojisindeki insan faktörünün azaltılması ve giderek otonom karar alıp hareket edebilen sistemlerin tercih edilmesi yönündeki eğilimin insancıl hukuk açısından neden olabileceği sonuçları tartışmaya çalışacağız. Yakın tarihli raporunda *Human Rights Watch*, otonom silah sistemlerinin "silahlı çatışmalar hukukuna

⁸ William C. Marra & Sonia K. McNeil, "Understanding "The Loop": Regulating The Next Generation of War Machines", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, No. 3, 2013, s. 9 vd.

⁹ *ibid.* s. 10.

¹⁰ *ibid.* s. 10.

¹¹ Peter W. Singer, *Wired for War, The Robotics Revolution and Conflict in the 21. Century* (Penguin Books, 2009), s.133.

¹² *ibid.* s.133.

riayet gösteremeyeceğini; bu nedenle bu silahların geliştirilmesi, üretilmesi ve kullanılmasının bir uluslararası sözleşme ile yasaklanması gerektiğini” ifade etmiştir¹³. Akademik çevrede ise bu tedbirin fazlasıyla sert bir adım olduğu, bilakis otonom silah sistemleri sayesinde silahlı çatışmaların daha insancıl bir özellik kazanacağı, insancıl hukuk kurallarına uyulmasında da eksilme değil artış olacağı fikri de öne sürülmektedir¹⁴.

Çalışmanın bu aşamasında silahlarla özellikle de yeni silahlarla ilgili olan uluslararası insancıl hukuk hükümlerini kısaca incelenmesi gerekmektedir. Bu hukuk hükümleri elbette her türlü silah ve silah sistemi için uygulanması gereken hükümler olduğu gibi, otonom silah sistemleri ve bunların modifikasyon sonucu elde edilen çeşitleri için de uygulanmalıdır.

SİLAHLARLA İLGİLİ İNSANCIL HUKUK HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

Uluslararası İnsancıl Hukuk, *silahların doğaları* ve üretilmeleri hakkında bir takım düzenlemeler öngörmüştür. Bu kurallar silahların insancıl hukuka uygun kullanımının mümkün olması için taşınmaları gereken vasıfları tespit etmektedir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol’ün¹⁵ 36. Maddesine göre; bir silahın henüz üretimi aşamasında, bu silahın insancıl hukuk ve diğer uluslararası hukuk hükümlerine uygunluğunun ilgili devlet tarafından araştırılması gereklidir. Yine, bir silahın hukuka uygun olabilmesi için, savaşan ve sivil ayırımında bulunmaya uygun bir silah olması da şarttır. Eğer bir silah doğası gereği belli bir hedefe kanalize edilemiyor, silahın kullanılması sonucu ortaya çıkan tahribat kontrol edilemiyor ve bu tahribat askeri hedefler kadar sivillere de zarar verebiliyor ise bu silahın hukuka

¹³ Human Rights Watch, **op. cit.** s. 5; Jeffrey S. Thurnher, “The Law That Applies to Autonomous Weapon Systems”, *ASIL Insights*, Volume 17, Issue 4.

¹⁴ Bu görüşte olan akademisyenlere iyi bir örnek için bkz. Michael N. Schmitt, “Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to Critics”, *Harvard National Security Journal*, 2013. <<<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/02/Schmitt-Autonomous-Weapon-Systems-and-IHL-Final.pdf>>>

¹⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), **U.N.T.S.**, Volume 1125, s.3.

aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu hüküm de I. Ek Protokol'ün 51. Maddesinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, *silahların kullanımı* ile ilgili insancıl kurallar da mevcuttur¹⁶. Bu gibi hükümler ile doğası gereği aslında hukuka aykırılığı olmayan bir silahın silahlı çatışmalar hukukunun yasakladığı tarzda kullanılması gibi durumların engellenmesi amaçlanmıştır. Tüfekler, örneğin, doğası gereği insancıl hukuka aykırılığı mümkün silah veya savaş araçlarından değildir¹⁷. Bu silahlar gayet kolay bir şekilde, yalnızca muhاریpler üzerinde kullanılmaya elverişlidir. Bununla birlikte bir tüfeğin, teslim olmuş yahut yarası gereği artık silahlı çatışmaya katılamayacağı aşikâr bir savaş esirinin öldürülmesinde kullanılması mümkündür ve maalesef sık sık da rastlanan bir durumdur.

İlk olarak, silahlar ve savaş araç-gereçlerinin doğasına ilişkin kurallar incelenecektir. Bundan sonra, silahların kullanılmasına ilişkin insancıl kurallara da değinilecek ve neticede ortaya çıkan tablo ışığında otonom silah sistemleri hukuki açıdan değerlendirilecektir.

Yeni Silahların Geliştirilmesi ve İnsancıl Hukuk

I. Ek Protokol'ün 36. Madde metni şöyledir¹⁸;

“Yeni bir silahın, savaş aracının ya da metodunun üzerinde çalışmalar yapılması, geliştirilmesi, elde edilmesi ya da benimsenmesi durumunda; bu silahın kullanılmasının, belli bazı koşullarda veya her koşul altında, bu Protokol ile yahut Yüksek Akit Devlet için bağlayıcı olan başka bir uluslararası hukuk kuralı ile yasaklanıp yasaklanmadığının tespiti bir Yüksek Akit Devletin yükümlüğüdür.”

Bu hüküm gereği Akit Devletlere yeni bir silahın yaratılması aşamalarında bir takım görevler düşmektedir. Bir silahı üreten yahut

¹⁶ Schmitt, *op. cit.* s.1.

¹⁷ Örnek için Michael N. Schmitt'e borçluyum; bkz. *ibid.* s. 3.

¹⁸ Maddenin İngilizce resmi metni şöyledir; “In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party”.

satın alan her devlet söz konusu silahın kendisi açısından bağlayıcı olan uluslararası hukuk hükümlerine uygunluğunu objektif bir değerlendirmeye tabi tutmak ile mükelleftir. Burada sadece I. Ek Protokol hükümlerine uygunluğun kontrolü ile yetinilmemektedir. Maddenin açık atfı gereği, ilgili devletin tarafı olduğu başka uluslararası hukuk andlaşmaları var ise ve bunlar da silahlar ve diğer savaş araç gereçleri ile metotları hakkında hükümler ihtiva etmekteyse; bu hukuk kurallarına uyarlılığın da gözetilmesi 36. Madde tarafından istenmektedir¹⁹.

Maddenin hazırlığı aşamasında Raportör tarafından yapılan açıklamaya göre bir silah sisteminin hukuka uyarlılığının araştırılmasında, “ilgili silahın normal ve beklenen kullanımının” değerlendirilmesi gerekmektedir²⁰. Bu kontrol sırasında ilgili devleti, bu silahın gelecekteki olası tüm kullanımlarını ve suiistimallerini tahmin etme ve buna göre değerlendirme gibi bir yüküm altına sokma niyeti bulunmamaktadır. Yine, eğer bir hukuka aykırılık tespit edilecekse, bu hukuka aykırılığın silahın olağan kullanımından kaynaklanması da gereklidir. Doğası gereği insancıl hukuka ve genel olarak uluslararası hukuka aykırı olmayan bir silahın elbette kötüye kullanılması mümkündür. Bu durumda silahın kendisi hukuka aykırı hale gelmemektedir. Burada hukuka aykırı olan o silahın kullanımını ve hukuka aykırı kullanımı gerçekleştiren kişi sorumlu olacaktır.

36. madde gereği inceleme yapan bir devlet, eğer bu inceleme sonunda söz konusu silahın veya savaş aracının hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşıyorsa o zaman bu madde tarafından ilave bir yüküm altına sokulmamaktadır. Yani, 36. Maddenin esas amacı ulusal bağlamda bir yükümlülük ve farkındalık yaratmaktır. Bu madde ile yükümlenmiş bir uluslararası hukuki görev mevcut değildir. Elbette bu gayet anlaşılabilir bir durumdur. Devletlerin büyük masraflarla ve gizlice geliştirdikleri silah sistemleri hakkındaki bilgileri diğer devletler ile paylaşması beklenmemelidir. Bu madde değinildiği üzere sadece bir ulusal platformda yeni sistemlerin hukuka uyarlılığını kontrol etme yükümü yaratmaktadır.

¹⁹ Jean Pictet et. al., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross (Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), s.423.

²⁰ *ibid.*s. 424.

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin 1977 tarihli Ek Protokoller hakkında hazırlamış olduğu 1987 tarihli Şerh'in 427. Sayfasında ilginç bir başlık bulunmaktadır. "Geleceğin Silahları" başlığı altında, Şerh'i hazırlayan yazarlar inanılmaz bir öngörü ile savaş alanındaki "otomasyon" hakkında ciddi bir uyarıda bulunmuşlardır. Yazarlara göre; "insanın artık teknolojinin efendisi olmadığı bilakis teknolojiyi hâkim kıldığı bir durumda, kendisi de teknoloji tarafından yok edilecektir"²¹.

Human Rights Watch'a göre, bu yükümlülük, silahın üretilmesi aşamasında, olabildiğince erken bir safhada icra edilmeye başlanmalıdır²². Bununla birlikte, uygulamada bu kurala yeterince önem verilmediği de hatırlatılmaktadır. Daha önce kontrole tabi tutulmuş iki ayrı savaş aracının, yeni bir şekilde birleştirilmesi halinde ortaya çıkan bu "modifiye" silahın²³ ABD otoritelerince teste tabi tutulmadığını hatırlatan Human Rights Watch, meselenin özellikle robotik veya otonom silah sistemlerine gelince daha büyük bir hassasiyet talep ettiğini ifade etmektedir²⁴. 21 Kasım 2012 tarihli ABD Savunma Bakanlığı Direktifi'ne göre de otonom ve yarı-otonom silah sistemlerinin hukuka uygun mahiyette olması ve çalışmasının sağlanması için gerekli kontrollerin, silah geliştirme sürecinin olabildiğince erken safhalarında icra edilmesi gerekmektedir²⁵.

I. Ek Protokol'ün 36. Maddesi ile öngörülmüş olan genel bir kontrol etme yükümü vardır ancak uygulamadaki eksiklikler nedeniyle tek başına yeterli hukuki güvence sağlamaktan uzaktır. Yine de Protokol'ün 35. Maddesindeki genel insancıl hukuk kurallarına riayetin güçlendirilmesi amacını taşıyan²⁶ 36. Maddenin önemsiz görülmesi de doğru değildir. Bu madde, uygulandığı takdirde, insancıl hukuka riyeti art-

²¹ *ibid.*s. 427-428.

²² Human Rights Watch, *op. cit.* s. 22.

²³ Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından hazırlanan "Rehber"e göre modifiye silah ve silah sistemlerinin de yeniden kontrol edilmesi gerekmektedir; International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, (Geneva: January, 2006), s.10.

²⁴ *ibid.*s. 22-23.

²⁵ Thurnher, *op. cit.*; US Department of Defense, *Directive 3000.09, Autonomy in Weapon Systems* (21, November, 2012)<< <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf>>>.

²⁶ Bu madde ile 35. Madde arasındaki direkt bağlantı için bkz. Jean Pictet et. al, *op. cit.*s. 421-422.

tırıcı bir rol oynayacak ve hukuka aykırı olan silah araç ve gereçlerinin üretilmesinin veya satışının engellenmesine katkı sağlayacaktır.

Özel olarak 36. Maddeden genel olarak da uluslararası insancıl hukuktan beklenen katkının sağlandığı somut durumlar da olmuştur. Gerçekten de yakın tarihimizde kullanılmadan yasaklanan silah veya savaş aracı bulunmamaktadır. Örneğin dum dum mermilerinin yasaklanması için bu silahların ve korkunç etkilerinin sahada tecrübe edilmesi gerekmiştir. Kural olarak kullanım ve tecrübe sonucunda bir bilinç oluşabilmekte, ancak bundan sonra yasaklama yönünde irade ortaya konulmaktaydı. Ancak bunun bir istisnası söz konusudur; o da kör edici lazer silahlarının, hem de savaş alanında hiç kullanılmadan yasaklanmış olmasıdır²⁷. Görüldüğü üzere, tamamen olmasa dahi, *temkinli bir iyimserlikle* insancıl hukukun giderek artan etkisinden bahsetmek mümkündür.

Doğası Gereği Ayrımında Bulunamayan Silahlar

İnsancıl hukukun en temel özelliklerinden birisi, sivil-savaşan ayrımı (distinction) yapması ve sadece son gruba dâhil olan kişilerin ve aynı şekilde sadece askeri açıdan önemi olan hedeflerin saldırıya uğramasına izin vermesidir²⁸. Uluslararası Adalet Divanı da vermiş olduğu Nükleer Silahlar İstisari Görüşü'nde, bu ayrımın silahlı çatışmalar sırasında uygulanan ve "*insancıl düşünceler ve insan bireyinin korunması için çok önemli olan*" insancıl hukuk kurallarının en temel olanlarından birisi (cardinal principles) olduğunu ifade etmiştir²⁹.

Bir askeri saldırı; uzmanlarca hedefi vurma konusunda yanılma payının çok düşük olduğu ifade edilen Cruise füzesi ile veya özel kuvvetler üyelerinin icra ettiği bir operasyon şeklinde gerçekleşmekteyse, bu durumda muhtemelen sivil-savaşan ayrımında bir sıkıntı

²⁷ Additional Protocol to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (Protocol IV, entitled Protocol on Blinding Laser Weapons), U.N.T.S. Volume 1380, s. 370.

²⁸ Markus Wagner, *The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical and Political Implications of Autonomous Weapon Systems*, s. 18. http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/01/Wagner_Dehumanization_of_international_humanitarian_law.pdf.

²⁹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996, s. 257, para. 78-79.

çıkmayacaktır. Bu durumda sadece askeri hedefe yapılan ve sadece bu hedefe zarar verecek olan bir fiilden bahsetmek mümkündür. Bu tip saldırılar hassaslığından dolayı *cerrahi operasyon* olarak da adlandırılmaktadır. İleri teknoloji, hedefleme noktasında askerlere önemli imkânlar sunmaktadır. Bununla birlikte, bazı silahların kullanılması durumunda, yukarıdaki örneklerden farklı olarak bu silahların etkilerini kontrol etmek imkânsız hale gelmektedir. Nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar, doğası gereği ayırım yapamayan, bir kez kullanılmakla sonuçlarını belli bir coğrafya veya kişi grubu üzerine yoğunlaştırmanın imkânsız olduğu silahlara verilecek en iyi örneklerdendir. Kitle imha silahlarına ilaveten, sivil savaşa ayırımı yapma kabiliyeti olmayan ve hatta bir anlamda otonom veya otomatik silah sistemi olarak görülecek başka bir silah da kara mayınlarıdır. Bunlar da belli bir ağırlığın tetiklediği “kör” silahlardandır. Hatta yağmur veya toprak kayması gibi doğal olayların etkisi ile kontrol dışına çıkmaları veya unutulmaları kolay, maliyeti düşük ancak tahribatı yüksek olan kara mayınlarını hem “kör” hem de “başıbozuk” silahlar olarak nitelendirmek gerekmektedir.

I. Ek Protokol’ün 51. Maddesinin 4. Fıkrasının (b) ve (c) bentleri ile doğası gereği ayırımı bulunmaya izin vermeyen silahlar ve bu silahların silahlı çatışmalar sırasında kullanılması yasaklanmıştır³⁰.

Otonom silah sistemlerinin sivil savaşa ayırımı yapmakta zorluk çekeceği kaygısı ifade edilmektedir. Daha fazla ve daha iyi “yapay zekâ” kullanılması ile bu sorunun üstesinden gelinebileceği düşünülse bile, yakın zamanda o seviyede yapay zekâ üretilmesi pek olası görülmemektedir. Yine, aslında sivil bir hedefe saldırma konusunda öneri geliştiren bir otonom silah sisteminin, şu an için hemen her zaman, bir insan tarafından kontrol edildiğinden bahisle; bu gibi hukuka aykırılıklardan korkulmaması gerektiği, kontrolde olan insanın (man in the loop) verilen yanlış emri etkisizleştirerek hukuka uyarlığı sağlayacağı da düşünülmektedir. Ne var ki bu yeterince ikna edici bir argüman olamamaktadır. Bunun nedeni de yukarıda örneğiyle zikredilen “otomasyon önyargısı” (automation bias) olmaktadır. Gerçekten de askeri

³⁰ Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Auflage, (München:Verlag C. H. Beck, 1999), s. 1092; Markus Wagner, “Autonomy in Battle Space: Independently Operating Weapon Systems and the Law of Armed Conflict”, *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, 2012, s. 110. <<http://ssrn.com/abstract=2211036>>.

personel, bilgisayar destekli ileri teknoloji ürünü bu silah sistemlerinin teklif ettiği önerileri genel olarak kabul etme eğilimindedir. Burada insanoğlunun teknolojiye karşı sahip olduğu sorgulamayan bir güven de devreye girmektedir. Binlerce işlemi ve faktörü aynı anda işleme sokabilen ve değerlendirebilen gelişmiş sistemlere karşı olan bu güven yersiz değilse de oldukça tehlikelidir. Bunun en çarpıcı örneği, yazımızın başında zikrettiğimiz *Aegis* sisteminin her haliyle sivil ve ticari bir uçak olduğu belli olan bir hava aracını düşman savaş uçağı olarak tespit etmesidir.

Başka sıkıntılı bir durum da otonom silah sistemi tarafından yapılan saldırı veya tehdit uyarısı ile (eğer tehdit uyarısı gerçek ise) saldırının bundan çok kısa süre sonra gerçekleşecek olmasıdır. Dolayısıyla, savunma veya karşı saldırı için verilecek tepkiye de saniyelerle ölçülen kısa zaman aralıklarında karar vermek gerekmektedir. Kontrol eden konumundaki insan operatörün, bu kadar kısa bir süre içinde eldeki karışık verileri değerlendirmesi ve doğru karar vermesi de asla kolay olmayacağından, *otomasyon önyargısına kendisini kaptırması* daha muhtemel bir seçenek haline dönüşmektedir.

Halen, insan operatörlerin kontrolünde kullanılan otonom silah sistemlerinin kısa bir zaman içinde tamamen otomatik ve bağımsız, yani otonom hale gelmesi öngörülmektedir. O zaman, zaten güvenilir olmaktan gayet uzak olan "insan kontrolü" de ortadan kalkacak, insancıl hukukun hükümlerini bir robotun uygulaması gerekecektir. Bu tip silahlara iyi bir başka örnek de Güney ve Kuzey Kore sınırında nöbet tutması beklenen robotlardır³¹. Şu an için askerden arındırılmış bölge (DMZ) olan bu coğrafyada sivil-asker ayrımı yapmak çok gerekli olmayabilir. Günümüzde bölgeye sivil girişi yasak olduğu için bu silahların ayrımında bulunamama gibi bir risk yarattığından bahsedilemezse de başka şartların gelişmesi durumunda, ileri teknoloji ürünü bu nöbetçi robotların tüfek tutan askeri personel ile örneğin tarım ekipmanı taşıyan çiftçileri ayırt etmesi gerçekçi bir beklenti olmayabilir. Bu durumda, bu nöbetçiler, kendisine göre gayet geri bir teknolojiye dayanan mayınlardan çok da farklı olmayan bir konumda değerlendirilecektir. Mayınlar ağırlığa tepki verirken, bu silahlar uzaktan aldıkları görüntülere tepki vereceklerdir, aradaki tek fark bu olacaktır.

³¹ Anderson & Waxman, *op. cit.* s.1.

Silahların Kullanılmasına İlişkin İnsancıl Hukuk Hükümleri

Bir silah sisteminin kendisinin hukuka aykırı olması için bu silah sistemlerinin yukarıda bahsedilen 36. madde gereği gerçekleştirilen kontrol sonucunda hukuka aykırılığın tespit edilmesi gereklidir. Eğer bir silah *doğası gereği* insancıl hukuka uyarlık gösteremiyorsa ancak bu durumda, bir savaş araç ve metodu olarak hukuka aykırı kabul edilmelidir. Silahın *kullanımının* ise silahın hukuka uygunluğa dair bir tespitte bulunmak için uygun bir ölçüt olmadığını düşünmekteyiz. Aslında, insancıl hukuka uygun bir silah olan anti-tank füzesinin, sivil şahıslar üzerinde kullanılması dolayısıyla hukuka aykırı bir eylemde bulunulması mümkündür. Bu kötüye kullanım ise söz konusu füzenin bir silah veya savaş gereci olarak hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz. Burada hukuka aykırı olan silahın kendisi değildir. Hukuka aykırı olan, o silahı amacından farklı bir şekilde direkt olarak sivil şahıslar üzerinde kullanan kişinin eylemidir. Yine, doğası gereği belli bir hedef üzerinde odaklanması mümkün olmayan bir nükleer silahın sadece askeri kadrolar üzerinde kullanılması durumunda da bu silahın hukuka uygun hale gelmesi söz konusu olmayacaktır³². Böylesi bir kullanım sonucunda ortaya çıkan etkinin sınırlandırılması zaten mümkün değildir. Bir fiksasyon olarak, bu kullanım direkt bir sivil kişi veya hedefin etkilenmediğini kabul etsek dahi, bu kullanım silahın doğası gereği insancıl hukuka aykırı olmasından dolayı bir hukuk ihlali olarak değerlendirilmelidir³³.

SONUÇ

Uluslararası gelişmeleri, hukuki veya siyasi açıdan incelerken mümkün olduğunca rasyonel ve gerçekçi olmak zorundayız. Otonom Silah Sistemleri de aynı şekilde ele alınmalıdır. *Human Rights Watch* tarafından dile getirilen ve bu tip silahların tamamen yasaklanmasına yönelik istem, eğer bu silahların faydası büyük olacaksa, yani siyaset belirleyicilerin bu şekilde bir kabulü var ise, gerçekçi olmayan bir taleptir. Eğer bu silahların kullanılması sayesinde asker kayıplarında bir

³² Schmitt, *op. cit.* s.3.

³³ Kaldı ki böyle bir silahın kullanılması neticesinde örneğin çevreye uzun, kalıcı ve şiddetli bir zarar verilmesi riski ortaya çıkacaktır. Bu ise 1977 tarihli I. Ek Protokol'ün 55. Maddesi tarafından yasaklanan ve Roma Statüsü tarafından (m. 8,II, b (IV)) bir savaş suçu olarak kabul edilen bir eylemdir.

azalma söz konusu olacaksa; bu askerin kendisi ve yakın akrabalarının seçmen olarak oy kullandığı seçimleri de düşünmek zorunda olan siyasi karar alıcıların bu silah sistemlerini desteklemeleri fazlasıyla olası görünmektedir.

İlaveten, bu sistemlerin kullanılması savaş alanındaki başarıyı da arttırma potansiyeline sahipse yine bu projelerin devam edeceğini düşünmemiz gerekiyor. Gerçekten de insani herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan; yorulma, açlık, korku gibi duygulara kapılmadan çalışabilen robotik otonom silah sistemlerinin, askeri anlamda insanoğluna kıyasla çok daha verimli olması beklenmektedir. Irak ve Afganistan'daki askeri tecrübeler de sahada çatışmalara katılan askeri personelin bu tip silahlardan çok memnun olduklarını göstermektedir. ABD, İngiltere ve İsrail gibi fiili olarak uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanan ülkelerin bu sistemlere gösterdiği ilgi de *HRW*'nin teklifinin kabul edilme olasılığını *düşük* görmemize neden olmaktadır.

Bununla birlikte, otonom silah sistemlerinin henüz tasarım safhasında yukarıda zikredilen insancıl hukuk kurallarına uygunluğunun kontrolünden de taviz verilmemelidir. İlgili maddelerin yürütülmesinde titiz davranılmalı, daha önceden kontrolü yapılarak hukuka uygun bulunmuş iki ayrı silah sisteminin öngörülemeyen bir şekilde birleşmesinden elde edilen yeni sistemlerin de bir kez daha kontrole tabi tutulması gereklidir. Otonom silah sistemlerinin bir başka soru işareti ise bu silahların sosyal ve siyasal maliyeti düşürmesidir. Bununla kastedilen, yapılacak silahlı çatışmalarda can kaybının azalacağı beklentisi nedeniyle devletlerin silahlı çatışma opsiyonunu daha sık ve daha kolay düşünür hale gelebilmesi tehlikesidir. Elbette bu daha ziyade *jus ad bellum* ile ilgili bir kaygıdır. Ne var ki bu yerinde bir kaygıdır. Uluslararası anlaşmazlıkların şiddete başvurulmadan çözülmesinin önünün açılması burada belirleyici olacaktır.

Olası bir savaş durumunda, teknolojik olarak üstün devletler lehine asimetrik güç durumu yaratarak savaş maliyetlerini her anlamda düşürecek otonom silah sistemlerinin gelecekte varlığını sürdüreceği ve giderek artan şekilde kullanım bulacağı kabul edilmelidir. Bu meselelerin ayrıca uluslararası hukuk düzenlemesine tabi tutulması doğru bir adım olarak değerlendirilmelidir; çünkü *doğası gereği* insancıl hukuka aykırı olmadığı tespit edilmiş olan otonom silah sistemlerinin tamamen yasaklanması gerçekçi bir beklenti olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Anderson, Kenneth / Matthew Waxman, "Law and Ethics for Robot Soldiers", American University WCL Research Paper, 2012-32
- Grut, Chantal. "The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law" *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 18, No.1.
- Gutlein Michael A. *Lethal Autonomous Weapons -Ethical and Doctrinal Implications*, Naval War College 2005. www.dtic.mil.net.
- Human Rights Watch, *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, November 2012.
- International Committee of the Red Cross. *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, (Geneva. January 2006).
- International Court of Justice. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, s. 226-267.
- Ipsen, Knut. *Völkerrecht*, 4. Auflage, (München:Verlag C. H. Beck, 1999).
- Marra, William C. / Sonia K. McNeil. "Understanding "The Loop": Regulating The Next Generation of War Machines", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, No. 3, 2013.
- Pictet, Jean et. al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross (Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987).
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) U.N.T.S. Volume 1125.
- Schmitt, Michael N. "Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to Critics", *Harvard National Security Journal*, 2013. <<<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/02/Schmitt-Autonomous-Weapon-Systems-and-IHL-Final.pdf>>>
- Singer, Peter W. *Wired for War, The Robotics Revolution and Conflict in the 21. Century* (Penguin Books, 2009).
- Thurnher, Jeffrey S. "The Law That Applies to Autonomous Weapon Systems", *ASIL Insights*, Volume 17, Issue 4.
- US Department of Defense, Directive 3000.09, *Autonomy in Weapon Systems*, (21, November, 2012). <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf>.
- Wagner, Markus. "Autonomy in Battle Space: Independently Operating Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, 2012.
- Wagner, Markus. *The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical and Political Implications of Autonomous Weapon Systems*. http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/01/Wagner_Dehumanization_of_international_humanitarian_law.pdf.

KÜLTÜREL HUKUK: GELENEKSEL KONTROL MEKANİZMALARI

CULTURAL LAW: TRADITIONAL CONTROL MECHANISMS

Mehmet Şükrü NAR*

Özet: Antropolojik anlamda değerlendirdiğimizde hukuk kavramı, kültürel bir olgu veya kültürün bir yansıması olarak ortaya çıkan bir kavram biçimi olmaktadır. Bu yönüyle hukuk, kültürel kontrol mekanizmalarıyla ait olduğu topluluğun düzenini sağlamaya çalışır. Bu anlamda örf, adet, gelenek, ahlak, inanç biçimleri... gibi geleneksel hukukun kökenini oluşturan temalar topluluk denetiminin en önemli aracı ve gücü olmuştur. Bu çalışma, daha ziyade kapalı, içe dönük geleneksel toplumlarda, baskın kültürel olgunun bir yansıması olarak ortaya çıkan kültürel hukukun işlevsel yönünü kültür, suç ve hukuk kavramları içinde açıklamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Sözcükler: Hukuk Antropolojisi, Geleneksel Hukuk, Kültürel Hukuk, Kontrol Mekanizmaları, Kültür, Suç, Töre

Abstract: When evaluated in anthropology the concept of law becomes a term which appears as a cultural phenomenon or a reflection of a culture. In this respect, law aims to control the order of the society which it belongs to through cultural control mechanism. In this sense, themes which forms the source of such traditional law as tradition, moral and belief became the most significant tool and power of social control. This study, aims to explain the functional aspect of the cultural law that occurs as a reflection of dominant cultural phenomenon that mostly exist in closed, introvert societies, in terms of culture, crime and law.

Keywords: Anthropology of Law, Traditional Law, Cultural Law, Control Mechanisms, Culture, Crime, Mores.

GİRİŞ

Sosyal ve kültürel bir varlık olarak doğan insan, çoğu kez belirli bir topluluğun parçası olarak doğar ve yaşamını sürdürür. Ancak bireyin, bir arada yaşama eğilimi bağlı olduğu topluluk ya da grup içindeki ilişkilerini belirli bir düzen içinde yürütmesi ve bu düzenin kalıcılığı için birtakım normlara uymasını gerekli kılar. Diğer bir ifade ile toplumsal düzenin sağlıklı bir şekilde işleyişi, sınırları ve kuralları

* Dr.(mehmet.sukru@mynet.com)

tespit edilmiş olan ortak bir uzlaşya ya da otoriter bir anlayışa dayanır. Bu durum, insan doğasının getirdiği bir zorunluluk olup bu ilişkiler çerçevesinde birey yaşadığı topluluğun birer parçası olur.

Ancak topluluk içinde tam manasıyla bir uzlaşya sağlanamamakta, bir şekilde anlaşmazlıklara rastlanabilmektedir. Patolojik bir olgu olarak ortaya çıkan böylesi bir sonuç ise kaos ve çatışma ortamının oluşmasına neden olmaktadır. Oysaki mevcut düzenin güvence altına alınarak düzensizliğin bertarafına yönelik anlaşmazlıkların çözülmesi gerekli olmakta, aksi durumda toplumsal birliğin devamlılığı tehlikeye düşmektedir (Roberts,2010).

Genel anlamda toplumsal denetiminin en belirgin araçları sınırları yasalarca belirlenmiş olan kurallardır. Bunun yanında, topluluk üyeleri kurallara uymayı sağlamak ve bunu sürekli kılmak için yasalar dışında, toplumların kendi içsel değer yargılarının bir ürünü olarak kabul edebileceğimiz toplumun resmi olmayan araçlarına da ihtiyaç duyar. Bu kurallar, topluluğun, inanç biçimleri, ahlak, adet, örf, gelenek-görenek gibi yerleşik unsurları ile açıklanabilir.

Özellikle bu durumu geleneksel yaşam biçiminin hakim olduğu toplumlarda görmek daha olasıdır. Geleneksel toplumları şekillendiren ayırıcı güç, çoğu kez cinsiyet, etnisite, din, davranış örüntüleri gibi unsurların oluşturduğu grup içi baskın olan kültüre dayalı sosyal ilişkiler ağıdır. Bu yönüyle sosyal ve kültürel çevre, insana nasıl ve ne şekilde davranacağına ilişkin kalıplaşmış roller sunmaktadır. Bu anlayış içinde, bireyler tarafından toplumca kabul edilen normların ihlali söz konusu olduğunda az ya da çok sosyal ve kültürel baskı topluluk denetiminin önemli bir unsuru olabilmektedir (Bates, 2009).

Küçük ölçekli ve uzmanlaşmanın basit olduğu toplumlarda, devlet örgütlenmesinin sahip olduğu merkezi bir kontrol mekanizması bulunmamakta toplumsal kontrol, çoğu durumda yasa harici mekanizmalarla sağlanmaktadır. Böylesi bir yaklaşım, örgütsüz toplulukların veya örgütlenmesini kısmen tamamlamış olan geleneksel topluluklarda, düzeninin sağlanmasına dair hukuk kuralları harici normatif düzenleyicilerin varlığını ortaya koymaktadır. Aynı zamanda bu anlayış, hukuk ve kültür kavramlarına bütünler bir nitelik kazandırarak hukuka, formel niteliğinin yanında kültürel bir olgu olarak bakmanın da önemine işaret eder. Aslında asıl olması gereken de bu söylemdir;

çünkü hukuku sadece yasalarla açıklamaya çalışmak ona alan daraltıcı bir anlam yükleyebilecektir. Bu çalışma daha ziyade kapalı, içe dönük geleneksel toplumlarda, baskın kültürel olgunun bir yansıması olarak ortaya çıkan kültürel hukukun işlevsel yönünü *kültür, suç ve hukuk* kavramları içinde açıklamayı amaçlamaktadır.

I. Kültürel Hukuk Kavram ve Kapsamı

Her toplulukta maddi ve manevi gereksinimleri gidermek amacıyla oluşturulmuş insan ilişkilerini düzenleyen, kurallar, gelenek ve görenekler, kişisel düşünceler, tavır ve davranışlar vardır. Bu ilişki ağının bir araya gelmesi “kültür” adı verilen sosyal olguyu meydana getirir. Bu yönüyle kültür, genel anlamda bir toplumun, diğer toplumlardan farklı olan yaşam şekli, alışkanlıkları ve öğrenilmiş davranışlarıdır. Kültür bir topluluğu diğerinden ayıran, tüm üyelerce paylaşılan, sürdürülebilir değer ve davranışları tanımlayan, topluluğun dili, dini, davranışları, değerleri, gelenekleri, sembelleri ve kurallarıdır; kısaca yaşama dair her şeydir (Malinowski,1998;Wells,1994).

Hukuk ise hemen hemen bütün örgütlenme yapılarında var olan, toplumsal yaşamın temelini oluşturan sosyal yapılarından biridir. Bu özelliğiyle hukuk, sosyal ve kültürel düzenin devamlılığını temsil eden bir tür sigortadır. Genel anlamda hukuk, toplumların sosyo-ekonomik, siyasal ve kültürel boyutlarından bağımsız olan resmi bir sistem olarak nitelenir. Bu sınıflandırma içinde hukuk, daha ziyade yazılı hukuk kuralları bütünü içinde dikkate alınan kanunlar, kurallar...kısaca resmi uygulamalar dizini olduğudur. Diğer bir ifade ile hukukun yasalar sonucu ortaya çıkan bir takım yazılı hükümler içerdiği vurgusu yapılır. Bu anlayış içinde hukukun kaynağının genellikle devlet olduğu, devletin karar alma gücünün ise yasalar biçiminde ortaya çıktığıdır. Yani hukukun *pozitif(dogmatik) hukuk* kavramıyla açıklanabilmesidir (Hafizoğulları,2000).

Oysaki hukuk, kanunlar yanında kaynağında kültürel değerleri de bünyesinde barındıran bir bütündür. Hukukun belirli bir sosyal yapının tamamını ya da bir alt sistemini temsil etmesi, onu toplumsal yapıdaki diğer unsurlarla ilişkili kılmaktadır. Hukuk, kendisini her ne kadar kanunlarla özdeşleştirmiş olsa da, kökenini kültürün bir ürünü olan geleneksel anlayıştan ayrı tutması da mümkün değildir. Bu yö-

nüyle hukuk, bağlı olduğu toplumun değer yargılarını taşımakta ve birçok yönden yazılı olmayan kurallar neticesi de varlığını sürdürebilmektedir.

Öyle ki, yasaların yanında normatif düzenlemelerle grup içinde oluşabilecek bir hukuksal yapı, topluluk içinde düzenleyici bir öge olarak gereklidir. İnsan düşünsel, aynı zamanda sosyal ilişkileri olan bir varlık olarak kabul edersek ki öyledir; o zaman hukuku, insan ilişkilerinin bir sonucu ya da insan ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak ortaya çıkan düzenleyici bir unsur olarak görmek mümkündür.

Kültürel hukuk ise alt-kültür ya da topluluğa egemen olan değerler arasındaki ilişkileri konu alır. Terminolojik olarak kültürel hukuk, belirli bir topluluğun sosyo-kültürel yaşamını biçimlendiren, ona yön veren kurallar dizini ya da topluluk genelince geçmişten beri sürdürülen kalıplaşmış davranışlar, alışkanlıklar olarak açıklanabilir. Bu ölçütler bireylere, toplumun ihtiyaçlarıyla bağlantılı olarak *kültürleme* yoluyla topluluk içerisinde aktarılmakta ve kültürün sürekliliği içerisinde kuşaklar boyu öğretilmekte ve uygulanmaktadır. Bu kapsamda kültürel hukuk ve onun uygulayıcısı normlar (kontrol mekanizmaları), doğal örgütlenmelerde bireylerin örgüt içindeki ve örgüt dışındaki rollerini, davranış ve tutumlarını, alışkanlıklarını düzenleyen (tanımlayan ya da sınırlayan) araçlardır. Bu durum, ilkel topluluklar, geleneksel toplumlar ya da modern toplumların alt kültürlerinde atfedilen değerlere göre daha bir anlam kazanır. Kültürün bir yansıması ve hukuksal uygulamalarının bir sonucu olarak ortaya çıkabilen bu tür yaklaşımlar, yerine göre suç önleyici sosyal kontrol aracı yerine göre de cezayı yaptırımını olabilen yazılı olmayan bir hukuk normu şeklinde olabilmektedir.

İnsan, kültürü yaratmakla birlikte kültürde insanı biçimlendirmekte faaliyetlerinin konusu ve sonucu olmaktadır. Etkinliği gerçekleştiren bir varlık olarak insan, içsel ve dışsal çevresini değiştirmekle birlikte kendisi de bu süreçten etkilenmekte ve kendi değişimini de gerçekleştirmektedir. Bu etkinlik içinde kültür eylemi, bireyin oluşumu, gelişimi ve var oluşunun da bir ölçütü olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle hukuk kavramı, kültürel bir olgu veya kültürün bir yansıması olarak ortaya çıkan kavram biçimi olmakta ve antropoloji disiplinine kaynak oluşturmaktadır.

Her toplumda o topluluğa özgü ahlak, örf, din gibi sosyal ve kültürel yaşamı belirleyen ve biçimlendiren yapılar bulunur. Hele ki bu durum, geleneksel yaşam şeklinin benimsendiği informal örgüt yapılarında çok daha fazla ön plandadır. İlkel ve geleneksel toplumlarda mevcut düzenin korunması, daha ziyade akrabalık ilişkilerinin şekillendirdiği yazılı olmayan hukuk mekanizmaları ile sağlanırken, modern toplum anlayışında, çoğu kez yazılı hukuk sisteminin ortaya koyduğu normlar ile sağlanır. Örneğin antropolog Malinowski, Trobriand Adası'nda düzenin sürekliliğini grup üyeleri arasındaki karşılıklı yükümlülüğe ve akraba ilişkilerindeki bağlılığa bağlamıştır. Her iki örgütlenme yapısındaki uzlaşma ise var olan normların, toplumun üyeleri üzerinde bir güç aracı olarak kullanılması ve bunun mevcut düzenin devamlılığı için zaruri görülmesidir (Roberts,2010). Yaklaşımlar arasındaki temel ayrım ise bir tarafta yasa metinlerine bağlı yargı kararları ile hukuk kurallarına uyulmasını sağlamak iken, diğer tarafta normatif düzenleyicilerin bir tür yasa hükmünde olması ve bağlayıcı bir nitelik taşımasıdır.

Geleneksel kontrol mekanizmalarının etki alanı değer yargılarına, inanç biçimlerine, coğrafi faktörlere ve örgütlenme yapılarına bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Örneğin, ataerkil aile yapısının hakim olduğu gruplarda ya da coğrafi şartların zor olduğu topluluklarda, güvenlik ya da yiyecek temini gibi gerekçelerle gayri resmi denetim araçları büyük bir önem taşır. Böylesi bir çıkarsama ise hukuk antropolojisinin erken ve geç dönem araştırmalarına dayanak sağlar.

Hukuk antropolojisi, ilkel toplumlardan günümüz toplumlarına kadar olan gelişim çizgisini hem pozitif hem de normatif hukuk içerisinde karşılaştırmalı olarak inceleyerek gerekli olan saptamaları yapar. Bunu yaparken de geleneksel kontrol mekanizmalarının, insan davranışı ve tutumu üzerindeki etkisini kapsamlı nitel saha araştırmalarıyla analiz eder. Dolayısıyla, insan doğasının bir istenci olabilen örf, adet, inanç biçimleri, ahlak...gibi yerleşik geleneksel kontrol araçları antropolojinin özüne ait niteliklere sahiptir.

Antropolojik literatüre göre kültür, genel anlamda insanın maddi ve manevi tüm unsurlarını içinde barındıran yaşama dair her şeydir. Diğer bir ifade ile kültür, insanın doğal ve sosyal çevresi ile karşılıklı ilişki içinde yarattığı anlamlar ve değerler bütünüdür. Hukuk olgu-

sunu ise insanın yaşam biçimini düzenleyen normlar bütünü olarak kabul edersek bu durumda kültürel hukuku, her topluluğun kendine özgü sosyal ve kültürel yapısına göre ortaya koyduğu kurallar bütünü olarak açıklayabiliriz. Hukukun kültür alanı içinde incelenmesi hukuku, kültürel farklılıklara göre (Sümer,1998:314), değişimini ve gelişimini anlayabilmektir. Bu noktada kültür ve hukuk kavramlarının odak noktasını *kültürel görecelik*¹ düşüncesi oluşturduğunu varsaydığımızda bu kavram, milli kültür ya da daha dar anlamda kültürel kimlik, etnisite gibi alt kültürel kimliklerle açıklanabilmektedir. Yani davranışların ve tutumların, kültürel görecelik ya da kültürel öznellik gereği toplumdan topluma farklılık gösterebilmesidir. Bu kapsamda değerlendirdiğimizde her topluluğun kendine özgü bir toplumsal yapısı ve buna uygun hukuksal düzenlemeleri bulunabilmektedir.

Kültürel hukuk kurallarının en önemli özelliği, bağlı olunan sosyo-kültürel yapıya göre-yani belirli bir davranışın, topluluk nezdinde kabulü ve reddi noktasında- yaptırımın ölçütüne bağlı olarak değişebilmesidir. Kültürel hukukun yukarıda varsayılan kuralları ile yasalar, bazı toplumlarda iç içe geçerken, bazı toplumlarda ise kesin çizgilerle birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin, Ortadoğu ve Afrika'nın çoğu bölgesinde şeriata dayalı dini ve örfi kurallar veya İngiltere'de olduğu gibi örfi nitelikteki kurallar yasa hükmünde iken, buna karşın pek çok batı toplumunda yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları birbirinden tamamen ayrı düşünülmektedir. Yani kültürel hukuk, toplumların geleneksel anlayışı olan bağlılığına, yerleşik yapısına göre toplumsal veya kamusal ya da her iki alanda geçerliliğini sürdürebilmektedir. Ya da kültürel hukuku bir yönüyle yasaların tanımlayamadığı veya boşluk olarak adlandırdığı durumlarda düzenleyici bir işlem olarak görebiliriz.

Diğer yandan, pek çok geleneksel hukuk² kuralının ve kanunların birbirleriyle örtüştüğü (adam öldürme, hırsızlık yapma... gibi suç

¹ Antropolojik kaynakta kültürel görecelik (kültür alanı) olarak da ifade edilen bu yaklaşım, her toplumun kendine özgü kültürel kalıpları, kültürel farklılıkları olabileceğini savunarak gruplar arasındaki bağımsız ayrıma dikkat çekmiş ve her kültürü, kendi koşulları (örf, davranış biçimleri, adet, inanç, hukuki düzenlemeler...) içinde incelemenin gerekliliği üzerinde durmuştur (Haris, 1988:590; Miller,2005:8).

² Çalışmada geleneksel hukuk kavramı ile kültürel hukuk kavramı birbirine benzer ya da aynı anlamda kullanılmıştır.

türleri her iki norm anlayışında da suçtur), aralarındaki temel farklılığın ise çoğu durumda yaptırımlarda farklılaştığı göze çarpmaktadır. Yaptırımlar ise toplumsal düzenin işleyişi bakımından bireyi(leri), yasalar veya kültürel normlar vasıtasıyla topluluğun belirlemiş olduğu kurallara uymaya zorlamaktadır. Topluluktan dışlama, ayıplama... gibi düşük dereceli yaptırımlar olabileceği gibi şiddet içerikli yaralama ve hatta ölümle sonuçlanan yaptırımlara da rastlanabilmektedir. Ülkemizde özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde görülen kültür veya töre suçları olarak atfedilen, suçun kültürel boyutunu yansıtan, namus ve kan davası adı altında işlenen cinayetler buna örnek teşkil edebilmektedir.

II. Suç Olgusunun Kültürel Boyutu

İlkel topluluklardan günümüz topluluklarına kadar insanlık tarihi pek çok aşama kaydetmiştir. Kominal yaşamamın getirdiği yaşam düzeninden, yerleşik yaşama oradan da modernitenin hakim olduğu günümüz toplumsal yaşamı ortaya çıkarmıştır. Ancak bu demek değildir ki, her topluluk aynı sosyal ve kültürel yaşam evresinden geçerek bugünkü manada toplumlari meydana getirsin. Birçok toplumsal yapı, bu değişimi belli bir dönemde hızlı olarak kabul ederken ve o şekilde uygularken, birçok topluluk bu değişim hızının gerisinde kalmıştır. Günümüzde bile komünal yaşamın hakim olduğu avcı-toplayıcı gruplara rastlanabilmektedir.

Süreç içinde teknolojiye, ekonomide, düşüncede, eğitimde, örgütlenme biçiminde... yaşanan hızlı gelişmeler geleneksel normlara ve yasalara farklı bir algılayış getirmiştir. Modernitenin var olduğu sanayileşmiş toplumlarda bu algılamamın bir sonucu olarak geçmişe dayalı örf, adet, tutum, görenek... gibi geleneksel yaşam tarzıyla özdeşleşen alışılmış davranış biçimleri büyük ölçüde terk edilerek yerine yazılı hukuk normlarının baskın olduğu bir realiteye bırakmıştır. Buna karşılık bu değişim sürecine ayak uyduramayan toplumlar ise ya geçmişten gelen geleneksel davranış kalıplarını devam ettirmişler ya da Anadolu toplumunda olduğu gibi bir tarafta geleneksel yaşam biçimi, bir tarafta modernitenin hakim kılındığı (veya kılınmaya çalışıldığı) bir anlayış hakim olmuştur. Dolayısıyla geleneksel anlayışın benimsendiği, kültürel değerlerin ön plana çıkarıldığı bu gibi toplumlarda

veya toplumların alt kültürlerinde yazılı olmayan, geçmişten süregelen alışılmış davranış kalıpları suç ve suça yönelik yaklaşımların da belirleyicisi olmuştur.

Her toplumda davranışları yöneten, toplum bütününe ait normlar olduğu gibi; sadece belirli gruplar tarafından oluşturulan kültürel ve diğer sosyal farklılıklara bağlı olarak değişkenlik gösteren uygulama araçları bulunur. Bunlar daha çok o topluluğa özgü kültürel değerleri yansıtır. Bu yönüyle kültürel öğeler(ya da dinamikler), toplumsal işleyişin resmi olmayan kurallarıdır. Kuralları ise bireyin içinde yer aldığı sosyal ve kültürel yaşama uyumu sağlamak adına kişinin nasıl davranması gerektiğinin ortak bir algılanışı bir ölçütü olarak görebiliriz. Ya da kurallar, bireyin diğer bir kişi veya toplulukla olan ilişkilerini düzenleyen ve bunların sınırlarını belirleyen- herhangi bir olay ya da durum karşısında nelerin yapılmaması gerektiğini ya da nelerin nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiğini öngören- yaklaşımlar bütünü olarak açıklayabiliriz. Dolayısıyla kuralları, insan ilişkilerini düzenleyen, ona topluluk kimliği kazandıran ve bu ilişkileri bir o kadar da sınıflandıran ilkeler bütünü olarak görebiliriz (Lull, 2000:75-78).

Normlar, bir topluluk içinde kontrol mekanizmasıdır ve toplum, bireylerin öngörülen bu kurallara uymalarını bekler. Böylece var olan düzenin güvence altına alındığı ve toplumun anlaşmazlıktan doğan çatışma ya da kaos ortamından uzaklaştırılacağı varsayılır. Ancak bu demek değildir ki toplulukça düzenlenen her kural doğru bir anlayıştır. Uygulanan kurallar ve yaptırımlar hatalı davranışları düzeltirken, anlaşmazlıkları çözerken; buna karşın başka eşitsizliklere, anlaşmazlıklara hatta başka suçlara neden olabilir. Yani yasalar çerçevesinde veya geleneksel anlayışla oluşturulmuş bir uygulama biçimi kişinin/ kişilerin arzu ve ihtiyaçlarını karşılayamayabilir (Bates,2009:427-428).

Bir toplumda sapma ya da ahlak dışı olarak nitelendirilen bir davranış biçimi diğer bir toplumda kabul görebilir. Bu aşamada suçun, görecelik kavramıyla ifade edilmesi noktasında hareket tarzımız ne olmalıdır? Suç ve onu oluşturan nedenleri incelediğimizde ortaya çıkan en önemli sorun, suçun ne ifade ettiğinin tam olarak açıklanamamasıdır. Çünkü suçun bazı kesin çizgileri hariç(cinayet, gasp, terör...) suç olarak tanımlanması o topluma ait yasalar çerçevesinde veya geleneksel yaklaşım ile mümkün olabilmektedir.

Diğer yandan, bir diğer tartışma odağı da normlar arasındaki farklılıkların suç eylemini açıklamadaki açmazlığıdır. Acaba bir suç geleneksel kurallara göre mi? Yazılı kanunlara göre mi? Yoksa her iki normu içine alan bütünsel yaklaşıma göre mi? Tanımlanmalı ve açıklanmalıdır. Aslında her üç yaklaşımda kendi içinde doğruları barındırmakta ve bu durum toplumlar arası sosyo-kültürel farklılıktan kaynaklanan bir sonuç olarak ortaya çıkabilmektedir. Bir klan ya da aşiret örgütlenmesinin olduğu soya dayalı siyasal sistemlerde geleneksel kurallar daha katı bir şekilde uygulanırken; buna karşılık modern siyasal sistemlerin hakim olduğu yönetim unsurlarında geleneksel kurallar dikkate alınmakla birlikte esas olan evrensel nitelikli yazılı hukuk normlarının geçerli olduğunu söylemek pekala yanlış olmayacaktır. Her iki norm arasındaki temel ayrım ise çoğu durumda işlenen bir suçun cezai yaptırımlar bakımından karşılığının bulunmasındaki farkta yatar. Bir suç türü, yasalarca belirlenen yaptırımlara tabi tutulurken, aynı suça karşılık verilebilecek ceza geleneksel kurallarda topluluk tarafından dışlanma ya da ayıplama şeklinde karşılık bulabilir. Ya da töre adı altında işlenen bir cinayet suçu, yasalarca ve çoğu durumda insani nedenlerden ötürü kişice(lerce) suç olarak kabul görür. Ancak sosyal ve kültürel algı, topluluk içinde işlenen bu şiddet suçunu nedensellik ilişkisine bağlayarak (kan davası, namus cinayeti...) kabul edilebilir bir eylem biçimi olarak düşünebilir. Aslında her iki kuralda o toplumun koşullarına göre hazırlanmış ve ortaya çıkmıştır (normların yanlış yorumlanması ve istisnai durumlar hariç). Dolayısıyla bir davranışın suç olarak nitelendirilmesi ve kabul edilmesi toplumdan topluma veya kişiden kişiye değişkenlik gösterebilir.

İlkel topluluklarda hukuk ve ona ilişkin kurallar, grubun süregelen geleneksel anlayışına (inanç biçimi, alışılmış davranışlar, örfler, mitler...) göre biçimlenmekte ve bireye, sosyal-kültürel çevre tarafından daha ziyade kalıplaşmış davranış örüntüleri ve tutumlar olarak aktarılmaktadır. Geleneksel yaklaşımda normlar, alışkanlıklar, geleneklere bağlılık, buyruklara saygı, davranış örüntüleri... kavramları bir bütün olarak töreyi ifade ederken, bunun yanında grup duygusu, ahlaki normlar, tabu olarak kabul edilen değerler ve ortak sorumluluk ilkesi...gibi yaklaşımlar törelere bağlılığı güvence altına alan öğeler olarak kabul görür. Aynı zamanda töreler, salt toplulukların hukuki işlerliğinin yanında onların yönetim, ahlaki, karşılıklı ilişkiler...gibi

topluluğu bir bütün halinde algısını (kollektif tepkisini) ve yaşayışını temsil etmesi bakımından yasalara göre çok daha önemli bir olgudur.

Yani bir tarafta modernleşmenin getirdiği yasalar, diğer bir tarafta sürdürülen davranış kalıpları, suç ve suçlu arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmakta ve tanımlamaktadır. Örneğin bir hırsızlık suçu, avcı-toplayıcı gruplarda veya cemaat tarzı örgütlenme yapılarında çok az görülmektedir. Komünal yaşamın benimsendiği gruplarda besinin ortak tüketilmesi ve çalınacak ortada bir eşya olmaması nedeniyle hırsızlığa ihtiyaç duyulmamaktadır. Cemaat yapılanmalarında ise bu tip suçlar, kolektif anlayış içinde tepki görmekte ve ahlaki ve dinsel yönü dikkate alınarak ağır yaptırıma tabi olabilmektedir. Birey yaşam alanı olarak belirlediği ortamdan böylesi bir durumda dışlanacağını, saygınlığını yitireceğini ve akraba çevresinden maddi ve manevi her türlü yardımdan yoksun kalacağını bilmektedir (Malinowski,1998;Wells,1994).

Benzer bir örneği şiddet suçları içinde verebiliriz. Örneğin Eskimo, Dobu gibi bazı ilkel toplumlarda cinayet eylemi suç olarak kabul görmez. Oysa dinsel inanışlara bağlı olarak topluluk için önem arz eden *tabunun* veya *sembolün* çiğnenmesi doğaüstü varlıklara veya atalarının ruhlarına karşı yapılmış büyük bir saygısızlık ve günah olarak kabul edilir; keza *büyücük* suçu da kabilenin tümüne karşı yapılmış büyük bir suç nedeni olabilmekte ve klan üyesine ölüm cezası verilebilmektedir (Malinowski, 1998). Örneğin, Güney Pasifik Papua Yeni Gine’de Biami olarak adlandırılan avcı-toplayıcı bir grup için yamyamlık 1972 yılına kadar yemek kültürünün bir parçası olmuştur. Günümüzde ise bu topluluk yamyamlığı, bir kişinin büyücülük ya da cadılık yapması, kurban hakaret etme biçimi veya karşı kabileden intikam alma amacıyla yenilmesi olarak açıklamaktadır. Eskimolarda ise yük taşımayan ve iş görmez olarak kabul edilen ailenin yaşlı üyeleri, çocukları tarafından ormana götürülür ve öldürülürdü. Aynı durum, ritüelin bir parçası olarak insanın kurban edilmesi olayında da meydana gelmiştir. Uganda’nın köylerinde güç, sağlık ve refah anlayışının getirdiği bir inanışa bağlı olarak kabile büyücüleri tarafından çok sayıda çocuk kurban edilmiştir. Bu durum günümüzde de devam etmektedir. Keza yakın geçmişimizde Meksika ve Brezilya’da ortaya çıkarılan toplu mezarlarda yapılan incelemelerde de aynı durumu görmek olasıdır. Bütün bu yaşanışlar birer şiddet içerikli bir cinayet suçu olup o kültüre özgü bir davranış modeli-mevcut kültürün bir parçası ya da yaşam biçimi olarak kabul gören anlayışlar- olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlkel toplumlarda büyük ölçüde törenin çiğnenmesi davranışın neden olduğu sonuca göre değerlendirilmektedir. Eğer ortada zarar ve ziyandan doğacak bir mağduriyet varsa sebebine bakılmaksızın bu giderilmelidir. Ya da ortada bir kasıt yok ise Filipin yerlilerinde olduğu gibi zarar talep edilmeyebilir. Suçun tasarlanarak işlenmesi ise bazı ilkel topluluklarda cezanın arttırılma sebebidir. Yani, bu tür topluluklarda yaptırımın ne şekilde olacağı topluluklar arası değişkenlik gösterebilmektedir. Bu durum ekseriye geleneksel normların yorumlanması ve uygulama noktasındaki farklılıktan kaynaklanır. İlkel toplumlara göre daha karmaşık bir yapılanma gösteren cemaat, aşiret ve klan gibi örgütsel sistemlerde ise suçu işleyen kişiye uygulanacak cezai müeyyide topluluğun oy birliği veya klan liderinin eğilimleri doğrultusunda verilir. Cezalar mağdur olan kişinin ve onun bağlı olduğu birliğin beklentilerini karşılayacak şekilde olmalıdır. Aynı zamanda işlenen suç eylemi, kendi aşiretinin harici bir diğer cemaat ya da aşirete karşı yapılmış ise kolektif anlayış içinde diğer cemaat üyeleri birleşerek ortak tavır alabilir ve böyle bir durum aşiretler arası kan davasına dönüşebilir (Bicchieri,2006; Garland, 2001; Wells, 1994).

Geleneksel yaşam biçimin benimsendiği toplumlarda ya da onların alt kültürlerinde yer alan akraba grupları, klan veya aşiret örgütlenmelerinde ahlaki kaideler veya sürdürülen davranış biçimleri, yasalara göre daha fazla uygulama alanı bulan hatta onların yerlerine geçebilen toplumsal denetim aracıdır. Bu tür topluluklarda uygulanan kuralların ihlali durumunda cezalar çoğu kez, toplumsal baskı, yani suçun türüne göre yerme, dedikodu, kişiyi dikkate almayarak yalnız bırakma, dışlama veya inançlara dayalı ahlaki yaptırımlar şeklinde olabilmektedir. Öldürme cezası ise fazla uygulanmamakla birlikte, yinede intikam amacıyla görülebilmektedir. Örneğin kan davası, pek çok kültürde karşılaşılabileceğimiz-özellikle geleneksel topluluklarda-sosyo-kültürel kaynaklı bir şiddet suçu olma özelliğini korur (Bates, 2009: 423-428).

Suç kavramının kültürel bir olgu olarak incelenmesi suçun, çeşitli sosyal ve kültürel sebeplerle ilişkili olarak, kültürel yönden kişinin bağlı olduğu ve doğumuyla hazır bulunduğu ya da sonradan yaşam alanı olarak kabul ettiği çevre koşullarına bağlı olarak farklılık gösterebilmesidir. Bu yönüyle kültür, kişinin bağlı olduğu gruba özgü, yönelen eylem şekli ile bireyin, kişilik yapısını etkileyebilmekte ve kül-

türün etki yaptığı sosyal ve kültürel çevreye bağlı olarak negatif (sosyal normları yozlaştırarak) ve pozitif unsurlarıyla kişiyi etkileyebilecektir. Diğer bir mana ile bireyin yer aldığı topluluk içerisindeki davranış ölçütlerinin/kalıplarının nasıl olacağı konusunda, kültürün baskın bir yapı öngörmesi kişinin suça teşvik veya suçtan isnat noktasında önemli bir belirleyicilik sağlayacaktır.

III. Kültür, Suç ve Kontrol: Töre Suçları Örneği

Örgütlenme yapısının basit, yönetim unsurlarının gelişmemiş olduğu toplumlarda (özellikle klan kültürünün hakim olduğu ilkel topluluklarda ve soydanlık ilişkisinin yoğun olarak yaşandığı kabile, aşiret gibi örgütsel yapılanmalarda), yazılı olmayan normlar ve onunla ilişkili yaptırım uygulamaları suçu açıklamaya ve önlemeye yönelik önemli araçlar olabilmektedir. Bu tür topluluklarda kişi ve topluluk arasındaki ilişkilerin sürekliliği ve kalıcılığı, töre adı altında kavramsallaştırılan, büyük ölçüde kültürün şekillendirdiği sosyal ve kültürel normlarla sağlanmaktadır.

Töre kavramı, daha çok geleneksel toplumlar olarak ifade edilen kabile veya aşiret (akraba) örgütlenme yapısına sahip, dışı kapalı ve küçük ölçekli toplumlarda görülür. Töre genel anlamda, belirli bir grup ya da toplulukça benimsenen veya soyun ortak değerlerini ifade eden ve nesiller arası sürdürülebilir ortak davranış kalıpları ve tutum biçimidir. Bu bağlamda, töre kaynaklı şiddet suçlarını incelediğimizde topluluğun veya grubun değerlerine göre şekillenen bir yapı ve bu yapının ortaya koyduğu, doğruluğu veya yanlışlığı tartışılmayan kolektif bir anlayış biçimi vardır. Bir grupça benimsenen ve yerleşmiş olan gelenekler, görenekler, dini algılayışlar, soya dayalı informel örgütlenme biçimi, cinsiyetler arasındaki keskin rol ayrımı gibi sosyo-kültürel yaşamı düzenleyen ortak davranış ve tutumların uygulanması töre olarak kabul edilebilir. Kabul noktasında toplumlararası anlam ve önemi değişkenlik gösteren, sosyo-kültürel yapı içinde kimine göre bir kanun kimine göre bir gelenek ya da ahlaki bir norm olarak kabul gören yaklaşım şeklidir. Töre cinayetleri ise, bu ad altında yapılan ya da sebep gösterilen şiddete dayalı suç türüdür. Bu tür cinayetleri işleyen kişiler ekseriye, intikam alma ya da ailenin şerefini/namusunu kurtarma duygusu ile hareket etmektedirler.

Ataerkil yapıdan kaynaklanan, cinsiyet temelinin eşitlik ilişkisine dayanmadığı ve bu yapının katı olarak uygulandığı alt kültürlerde her türlü norm anlayışının töre adı altında uygulama ortamı bulması olasıdır. Bu tür suçları tam anlamıyla çözümlmek için toplumsal yaşamda o topluluğa ait cinsiyet rollerinin tam anlamıyla anlaşılması gerekir. Toplumsal yaşamda bireylerin cinsiyet rolleri etnisiteye, ekonomik fonksiyonlara, çevresel şartlara, dine ve geleneksel yaklaşıma göre değişebilmektedir. Yaşanılan alanda kadına ve erkeğe biçilen rolün farklı olması çoğu kez çocukların da bu rolü kabullenmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, toplumun kız ve erkek çocuklarına biçtiği rollerin farklı olması, beraberinde erkeklerin kontrolünde kadın ve onun cinselliğine odaklı namus kavramının ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Topluluk içi böylesi bir anlayışın yerleşik hale gelmesinin temel gerekçelerinden biri ise töre uygulamalarına toplumun yaklaşım biçimi, ikincisi ise kadınların hala davranış biçimlerinin uygulanma noktasında mülkiyet ilişkisine bağlı olmasıdır (Bates, 2009: 320-322; Majab and Abdo, 2006:3-7).

Ancak bu demek değildir ki, ekonomik özgürlüğe sahip her kadın yetiştiği çevresel koşullardan bağımsız hareket eder; çok iyi eğitim almış ve maddi olanaklara sahip kadınlarda şiddete uğramakta hatta töre cinayetleriyle yaşamlarını yitirmektedirler. Bu iki anlayış arasındaki organik bağı koparmak ise çok zor olmaktadır. Tüm toplumlarda görülebilen-batılı toplumlarda kısmen görülmekte- kan davası ve namus cinayetleri, özellikle Kuzey Afrika, Ortadoğu ve Güney Asya'da çok daha yaygındır.

Uzunca geçmişi bulunan bu tür cinayetlerin kökenini devletsiz toplumlar olarak niteleyebileceğimiz ilkel toplumların yaşam biçimlerine kadar götürebiliriz. Komünal yaşamın getirdiği kabile yaşamında grup üyelerine uygulanan cezai yaptırım, geçmişten süregelen töre adı verilen geleneksel davranış biçimlerine göre sürdürülürdü. Devletsiz toplumlar olarak niteleyebileceğimiz ilkel toplumlardan, kısmen örgütlenme yapısına geçen eskiçağ toplumlarına kadar (Hitit, Sümer, Antik Yunan, Babil...) töre adı verilen kurallar toplumun yönetim yapısında uygulanabilen cezalar olarak kabul görmüştür. Keza bu durumu geçmişte kurulan birçok Türk devletinin hem yönetim hem hukuki yapısında da görmek olasıdır. Yazılı yasaların tam olarak neredeyse hiç olmadığı bu dönemlerde cezai uygulamalar daha çok sultanlar ve

krallar tarafından ya da toplumca benimsenmiş ve yerleşmiş birtakım kurallar çerçevesinde verilmekte ve uygulanmaktaydı.

Sanayi devrimiyle birlikte örgütlenme yapısını büyük ölçüde tamamlamış ve büyük ölçüde hukuki otoritenin hasıl olduğu toplumlar ortaya çıkmıştır. Buna karşılık soya dayalı aşiret (akrabalık) örgütlenmesinin yer aldığı ülkeler (Ortadoğu'daki ve Afrika'daki birçok ülke) ve diktatörlükle yönetilen birçok devlette töre adı altında yapılan cezai uygulamalar halen devam etmektedir. Bazı devletlerde ise evrensel nitelikte hukuki düzenlemeleri yanında, kendi içsel dinamiklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilen, geçmişten gelen kemikleşmiş veya öyle varsayılan alt kültürün benimsediği davranış ölçütleri bulunmaktadır. Töre adı altında kavramsallaştırılan bu uygulamalara en güzel örneklerden biri olarak ülkemizi verebiliriz.

Töre kelimesi Türkçe'de ar, namus, iffet kelimelerine eş anlamlı olarak kullanılır. Namus kelime anlamı itibariyle daha çok cinsel onurla anılarak *aile namusu* veya *aile şerefi* ya da hepsini kapsayan *töre* kavramlarıyla özdeşleşmiştir. Arapça ve farsça kelimelerden ödünç alınmış olan bu terimler, cumhuriyetin ilanından sonra da Türkçe literatürde yer alan benzer birçok kelimeyle de ilişkilendirilmiştir. Temelde tüm bu anlamlar: şeref, onur, gurur, iffet, haysiyet aynı anlamda ve yaygın olarak kullanılan sözcüklerdir; ancak şeref yerine tercih edilen terim gurur sözcüğüdür. Örneğin bir olayın meydana gelmesi durumunda birisine atfen gurur meselesi yaptı denilir, şeref meselesi değil. Namus ve şeref kavramlarında grup değerleri son derece önemlidir. Bir kadının onurlu davranması bütün ailenin namusuna sahip çıktığı/koruduğu anlamına gelir. Namusun kaybından bütün aile sorumludur-namus meselesi ya da onur davası olarak nitelenir- ve genellikle bekâret ve cinsel sadakat ile temsil edilir. Aynı şekilde şeref meselesi de grup değeridir. Bir adamın bireysel olarak şerefini kurtarması ailenin tümünün şerefini kurtarması anlamındadır. Çoğu durumda namus suçu, kişinin aile ve efradının namusunu veya şerefini kirlettiği düşüncesine bağlı olarak işlenen cinayetlerdir (Eck,2003:19-25; Wikan,2008:49-50).

Töre cinayetlerinin diğer bir şekli de kan davası cinayetleridir. Namus davalarından farklı olarak kan davaları bireysellikten ziyade, organize olan bir grup ya da topluluğun öfke ve intikam güdüsünü bastırmak amaçlı yapılan eylemler olup kolektif bilinçle hareket etme

duygusu daha belirgindir. Geleneksel topluluklarda akrabalık ilişkilerinin yoğun olarak yaşanması, kolektif hareket etme davranışını geliştirmiş ve bu durum şiddete dayalı kan davası ve namus adı altında işlenen cinayetlerin sayısını arttırıcı etken olmuştur. Orjininde *intikam* alma arzusu bulunan kan davası olayları, *göze göz, dişe diş* ilkesi uyarınca şiddet içerikli bir öldürme eylemidir. Bu eylem, kan bağına sahip bir kişinin öldürülmesinin karşılığı olarak, karşı aileden (soya dayalı gruptan) bir bireyin öldürülmesiyle sürdürülen zincirleme cinayetlerden oluşur. Tercihen öldürülecek kişi erkek, ailede etkisi fazla ve çalışan biri olmalıdır. Cinayetler arası dönem çok uzun olabilir; bazen yirmi bazen de daha fazladır (Bicchieri, 2006; Eck, 2003; Garland,2001; Tezcan,1981). Kültürel, psikolojik, ekonomik veya her üç unsurun da yer aldığı birçok neden etkili olabilmektedir: arazi anlaşmazlıkları, kıt kaynakların paylaşılmasındaki sorunlar, namus meselesi(kız kaçırma...) ya da onur meselesi gibi...

Kan davası ve namus cinayetlerinin çıkış noktası genelde küçük ölçekli ve kırsal alanlar olmasına rağmen, bu tür olayların devam etmesi göç eden bireylerin aynı sorunları kentlere hatta ülke dışına taşınmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, kan davası ve namus cinayetlerinin sürdürülmesi sonucu Hollanda'da 1975-1982 yılları arasında ülke dışına göç eden dokuz Türk öldürülmüştür (Eck, 2003:32). Halen de kökeni töreye bağlanan cinayetlere yazılı ve görsel basında *sıkça rastlamaktayız*. Bu durumun temel sebebi olarak öç alma duygusunun yerleşik olmasına ve adalet sistemine duyulan güvensizliğe bağlanabilir.

TARTIŞMA ve SONUÇ

Küçük ölçekli ve iş bölümünün basit olduğu topluluklarda anlaşmazlığın çözümü, çoğu durumda anlaşmazlığa karışan bireylerin beraber kabul ettikleri ortak değerlerin kabul edilmesi ve bu yargıların uygulama alanı bularak kuralların yerine geçmesiyle sağlanır. Ancak bu noktada, normatif düzenleyicilerin topluluk geneli kabul edilmesi konusunda bir güç mücadelesi olabilir mi? Kuşkusuz böyle bir soruya verilecek cevap, normatif kuralların toplumdaki algılanmasındaki farklılıkların incelenmesiyle ortaya çıkabilir. Aslında, bir toplumdaki kuralların yaptırım biçimi, toplumların örgütlenme yapılarına bağlı olarak anlaşmazlıkların ne şekilde çözümlenebileceği konusunda değişkenlik gösterir. *Örneğin*, devletli toplumlarda yasaya dayalı

bir kontrol mekanizmasının, *çoğu kez iktidar sahiplerince temsil edilmesi ve merkezi bir güç yaklaşımı içinde bulunması* normatif kriterleri karar alma sürecinde dışarıda bırakabilir.

Oysaki ilkel ve geleneksel topluluklarda kurallar daha basit, uygulanabilirlik ölçütü daha muğlak ve kuralların değişkenlik ölçütü daha fazladır. Antropolog Malinowski, bu tür toplumlarda düzenin sürekliliğini, insan davranışları üzerinde kendiliğinden oluşan birtakım sosyal-kültürel kontrollerle sağlandığını belirtmiştir. Ancak bu *tür toplumlarındaki kontrolü* salt davranış örüntüleriyle açıklamak yeterli midir? Böylesi bir sav ilkel toplumlar için yeterli olsa da örgütlenme yapısının ilkel topluluklara göre daha karmaşık olduğu *aşiret örgütlenmelerinde* sosyal kontrolü açıklamak için yeterli olmayabilir. Bununla birlikte, daha çok alt-kültür özelliklerinde görebileceğimiz hem kanunların varlığı hem de normatif anlayışın kendine özgü yapısıyla topluluk içinde varlığını devam ettirmesi olayın açıklanması gereken diğer bir yönünü oluşturur.

Hukuk meşruiyetini ve otoritesini bağlı olduğu toplumsal çevreden alır. Bu yönüyle hukukun formel yapısının yanında, kültürel öğeleri içine alan genel bir anlayış içinde temsil edilmesi gerekir. Yani; sadece modern yaşamın gerekli kıldığı bir hukuk düzeni değil, bunun yanında toplumsal kültürden kaynaklı bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Ancak bu noktada yasalarla kültürel normlar arasında bir çatışma olabilir mi? Diğer bir deyişle, toplulukça her benimsenen ve kabul edilen yerleşik kural(lar) dizini üst kültür olarak tanımlayabileceğimiz kanunlar çerçevesinde kabul görmekte midir? Yasa koyucu tarafından çıkarılan kanunların kamu düzenini korumak adına mutlak suretle uygulanmaya çalışılması, kültürel hukuku ve yasaları karşı karşıya getirebilir. Bunun sonucu, kültürel hukuk ve onun dayanak noktasını teşkil eden kurallar, yasalar çerçevesinde kabul edilemez bir anlayış içerisinde değerlendirilebilir. Bu noktada yasa koyucunun kararlarının sınırlılığı tartışma konusu olabileceği gibi, üst kültür olarak niteleyebileceğimiz merkezi örgüt yapısının kabul ve reddi noktasında da diğer bir tartışma konusuna sebep olabilecektir. Dolayısıyla bu durum, toplumların gelişmişlik düzeyine göre süreç içinde o normun kabulü ya da reddi konusunda değişkenlik gösterebilir. Yine de her iki yaklaşım tarzının toplumların ihtiyaçlarına bağlı olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Hukuk bir bakıma sosyal ve kültürel kontrol aracıdır. Kültürel bir olgu olarak hukuk, hukuka kültürel olarak bakmanın önemine işaret ederek kültürel kontrol mekanizmalarıyla ait olduğu topluluğun düzenini sağlamaya çalışır. Aslında insanların komünal yaşamdan modern yaşama geçtiği varsayımdan hareketle kültürel hukuk ve ona bağlı normlar, pozitif hukukun (yasaların) temel dayanak noktasını oluşturur. Çünkü her bir pozitif hukuk uygulamasının kökenini geleneksel hukuktan almaması kaçınılmazdır. Diğer bir deyişle, yazılı olmayan hukuk kurallarını yasaların varlık nedenlerinin biri olarak görmek mümkündür. Hele ki ülkemiz hukuk kuralları açısından değerlendirdiğimizde bu durum daha da net anlaşılacaktır. Örneğin, ülkemizde resmi nikâh yasalar çerçevesinde zorunlu ve geçerli bir evlilik akdi olmasına karşın; resmi nikâh yanında dini nikâh ya da sadece dine dayalı nikâh varlığını sürdüren bir adet ya da uygulamadır. Bu noktada; sadece dini nikah yapılması kanunlar yönünden yapılan evliliğin meşruiyetini tartışma konusu eder ki, böyle bir sonuç medeni hukuk açısından (miras ya da boşanma durumunda) bireyin maddi ve manevi olanaklardan yoksun bırakılmasına neden olabilecektir.

Dolayısıyla, toplumlarda kontrolü sağlamak adına uygulanan hukuk kurallarını; sadece yasalarla açıklamaya çalışmak eksik bir sav olacaktır. Yani toplumları kendi geleneksel yapısı içinde değerlendirebilmek ve böylece hukuka, kültürel bir çözümleme getirebilmek bu eksik yaklaşıma bütünler bir nitelik kazandırabilecektir. Çünkü hiçbir kanun, o topluluğun kültürel yapısını yok sayarak oluşturulamamaktadır. Diğer yandan, mevcut kültürel yapının sosyal ve ekonomik faktörlere bağlı olarak değişmesi, süreç içinde toplulukların gelişmişlik düzeyinin artması ve buna bağlı olarak toplumsal algının değişerek geleneksel toplum yapısından uzaklaşma eğilimi, kültürel hukuk kurallarının ve buna bağlı kontrol mekanizmalarının topluluk genelinde zayıflamasına neden olabilir. Diğer bir mana ile böyle bir sonuç, toplumda ortak davranış duygusunun gücünü yitirmesine ve kültürel normların gerçek anlamda toplumsal ilişkilerde düzenleyici bir disiplin olmaktan çıkarak etkinlik alanından uzaklaşmasına sebep olabilecektir. Ancak bu durum etkinlik yönünde bir azalmayı işaret etse de tümünden geleneksel anlayışın etkisini yitirdiğini söylemekte mümkün değildir.

KAYNAKLAR

- Bates, Daniel G. (2009). 21. Yüzyılda Kültürel Antropoloji: İnsanın Doğadaki Yeri, Çev: S.Aydın ve ark., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Bicchieri, C. (2006). *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norm*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Eck, C. (2003). *Purified by Blood: Honour Killings amongst Turks in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Garland, D.(2001). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: Chicago University Press.
- Hafizoğulları, Z. (2000). *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, Ankara: Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları.
- Haris, M. (1988). *Culture People Nature: An Introduction General* New York: Happer Colling Publishers Inc.
- Lull, J. (2000). *Media, Communication, Culture: A Global Approach*, Cambridge: Polity Press.
- Majab, S., Abdo, N. (2006). *Namus Adına Şiddet: Kurumsal ve Siyasal Yaklaşımlar*, Çev: G.Kömürcüler. In S. Majob & N. Abdo(Eds.), *Giriş, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları*.
- Malinowski, B. (1998). *İlkel Toplum*, Çev: H.Portakal, Ankara: Öteki Yayınları.
- Miller, B. C. (1996). *Aile Araştırma Yöntemleri*, Çev: D.Köksal, Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları.
- Roberts, S. (2010). *Hukuk Antropolojisine Giriş: Düzen ve Kargaşa*, Çev: E. Koca, Ankara: Birleşik Yayınevi.
- Sümer, N. (1998). *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk*, *Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 38(1.2): 313-321.
- Tezcan, M. (1981). *Kan Davası Olayları: Sosyal Antropolojik Yaklaşım*, Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları.
- Wells, C. (1994). *İnsan ve Dünyası*, Çev: B.Güvenç, İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları.
- Wikan, U. (2008). *In Honor of Fadime: Murder and Shame*, Chicago and London: The University of Chicago Press.

İBRALAŞMAYI YOKSAYAN ETİK İLİŞKİ/ YOZLAŞAN GEREKÇE

ETHICAL RELATIONSHIP IGNORING RELEASE OF DEBT /
RETROGRESSIVE GROUND

Hilmi ŞEKER*

Özet: Çalışma, Yargılamayı kendi bağlamında öznel gerçeğini arayan etik bir ilişki olarak telakki eder. Gerekçeyi ise bu ilişkiyi kendine has, söylem söz ve kurallarıyla formüle eden, doğası gereği kürsünün birey toplum ve kamuyla ibralaşmasına özgülenen, salon kapılarını, dosyaların kapaklarını aralayarak yargının demokratikleşmesini, kürsünün insani değerlere sadakatini, hükmün kalıcı barışa hizmet sunmasını sağlayan bir rol, işlev olarak algılar.

Etik bir misyon olarak gerekçenin ard alanını, onu var eden nendenceleri, misyon hedefleriyle, ideallerini tarihi serüveni, tarihi yolculuğunda karşılaştığı engelleri onları aşma biçimi, dış alemle kurduğu ilişki ve iç dinamiklerinden aldığı destekle geliştirdiği özelliklere odaklanır. Bunu, karınca kararınca saptamaya, makalenin ömrü ve olanaklarıyla sınırlı olarak paylaşmaya çabalar.

Sınırların berisindeki anlayışa eleştirel gözle görür. Kapıları üzerine kapayan gerekçe anlayışının, içe dönük dünyası, gerekçeyi etik işlevinden uzaklaştırması, demokratik yanını unutması, bilgi kaynağını yitirmesiyle yaşadığı darboğazla etkilerini anlamaya çalışır.

Son olarak da olup bitenleri çözümlemeye, oluşan gerekçe sendrom ve krizinin aşılması için yapılması gerekenler, alınması zorunlu önlemler üzerine odaklanır. Önerilerde bulunur.

I-Giriş:

Yargılama, yargılanan özne veya meşru ilgililerin eylemine değer biçme, onlar arasındaki ilişkiyi önerilen, buyurulan usul, esaslara sadık kalarak tartma/ölçme eylemidir. Bu yönüyle muhakeme, eylem özne arasındaki ilişkinin öngörülen ölçütler üzerinden, kendi özgünlüğü içinde ve dinamiklerini kullanarak değerlendirmedir.

Bu ilişki özü itibarıyla kürsüyü yargılanan nesne, özne hakkında korunan yararlar üzerinden bir değer biçmeye, olup bitenleri tartmaya icbar eder. Öteki ifadeyle değer biçme bir yargılamadır. İbralaşma etik ilişkide insana verilen değer bir başka görünüm biçimidir.

* Yargıç/İstanbul

Yargılama: yargılanan nesne ve özne üzerindeki kuşkunun önerilen veya buyurulan metodoloji izlenerek aşılmasıdır. Kuşkunun aşılması, kendisini hüküm olarak lanse eder. Bu açıdan hüküm meşru ilgililerle girilen etik ilişki sonucunda ulaşılan değerlendirmedir. Bu değerlendirme ile korunan hukuki değerlerin neden korunduğu ya da korunmadığını konu edinir.

Yargı, etik ilişkinin açığa çıkardığı bir sonuçtur. Bu sonuç; etik ilişkinin hangi değer ve parametreler üzerinden kendisini oluşturarak tahkim ettiğini başta etik ilişkinin muhataplarına bilahare yargının demokratik denetiminde pay sahibi olanlara meşru makul ve hukuki olanla açıklamak zorundadır. Yargı kullandığı meşru ve makul argümanlarla birey, toplum ve kamuyu olup bitenler konusunda ikna etmek ve inandırmak zorundadır.

Gerekçe bu açıdan yargılamanın meşru, makul ve hukuki bir ilişkiden neşet ettiğini ya da etik ilişkinin gerçek, doğru ve doyurucu değerlerle yapılandırıldığını izahla mükelleftir. Bu yükümlülük kendisini gerekçelendirme ödevi olarak lanse eder.

Çalışmamız, özü itibarıyla etik bir ilişki olan yargılamanın hedefleriyle nasıl ve ne şekilde buluştuğunu gözlerini yargılamaya, duruşma salonuna diken herkese anlatmaktan başka argümantasyonun etik ilişki için taşıdığı önemin altını çizer.

Dahası yargı pratiğinin etik ilişkiden neşet eden gerekçe ödevine ne denli bağlı olduğu, temellendirmenin hangi değer ve ölçütler üzerinden işler kılındığı, uygulamayla kuramın ilişkisini, etik ilişkinin değerler üzerinden ikamesi için yargıcın yapması gerekenleri, sorumluluklarını dili döndüğünce izaha odaklanır. Kötüye gidişin sebepleri üzerinde kafa yorarak, sağlıklı bir gerekçe düzeni için yapılması gerekenleri önerir.

Pozitif hukukun her daim bu değerlerle yoldaş olduğunu veya bu değerlerle özdeş bir paradigma ve değerlere sahip olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte, kendisini etik ilişki değerleri olarak lanse eden değerlere erişme ve ondan yararlanma imkanına sahip olduğunu söylemek olasıdır.

Etik bir ilişki olarak yargılamanın meşru sayılabilmesi, yargının etik değerlerini hatırd tutması, bu değerlere sadık kalması ve bu değerler üzerinde ayaklanarak hukuk ya da adalete yürümesi gerekir.

Yargılamanın üzerinde yürüdüğü etik ilişki değerleri ile yargıcın üstlendiği rol, işlev ve misyon arasında bu bakımdan sıkı ertelenemez ve yadsınamaz bir bağ vardır. Bu bağın kuvveti, yargıcın tanımlanması, kime, neye hizmet ettiğinin belirlenmesi açısından yaşamsaldır.

Kadimden beri insanlığın bin bir güçlkle kanı, canı ve özgürlüğü pahasına vücuda getirdiği ve kendisini hukukun genel ilkeleri şeklinde lanse eden damıtık normları baz alan bir uygulama, yargıcı yasanın gölgesinde oturan biri olmaktan olabildiğince uzak tutar. Böyle bir referansın yargıca biçtiği rol, yasayı hukuka dönüştürmek en nihayet yasadan adalet üretmektir.

İşte etik ilişki; bundan ötürü, insanın olanaklarını çoğaltan değerler üzerinde yükselmeye, kurumsallaşarak yaşamaya odaklanır. Buradan hareketle yargıcın insan ve yargıç olarak kişi değerleri ile etik ilişki değerleri arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu ilişkinin; kişi etik değerlerinin, etik ilişki değerleriyle ittifak ederek, yargılamanın insani değerler üzerinden yürütmesine katkı sunması olasıdır.

Çalışmamız; kürsünün yanlarla, hükmün hakimleriyle, yanların kendileriyle, ilişkilerini, hüküm üzerinden denetleyen gerekçeyi, etik ilişkinin üzerinde yürüdüğü zemin, dil ve ibralaşma aracı olarak telakki eder.

İnsanlıkla yaşıt olan gerekçe, yargıcın meşru ilgililer, toplum, kamu ve hükmün yargıçları ile dikey ve yatay bantta girdiği ilişkinin güvenilir, tarafsız ve verimli olduğunu kanıtlamaya yarayan bir helalleşme, ibralaşma ve aklanma vasıtasıdır.

Kendisini, ima yoluyla olgunlaştırarak gerekçeli karar alma hakkına eviren bu kurum, yargılamanın üzerinde yürüdüğü değerlerin belirlenmesi, tanınması ile bu değerlerin var ettiği hükmün meşruiyeti bakımından vazgeçilmez bir buluştur.

Kuşkusuz yargılama, etik ilişkinin yargısal türevidir. Kürsünün yanlarla, yanların yek diğeriyle, yargıcın aktarma yargısı, birey, toplum, kamuyla ilişkisi değerler üzerinden kurulur ve devam eder. Gerekçe hakkı bu ilişkinin özenle yaslandığı ve koruduğu arasındadır. Yanlarla girilen etik ilişkinin sağlam temeller üzerinden yürüdüğünün kanıtlanması gerekçe aracılığıyla mümkündür.

Kişi etik değeri ile etik ilişki değeri arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Değerlere saygılı bir kişi ile yüzünü hukukun kadim değerlerine

çeviren, yargılama/yargıç arasındaki akrabalık yadsınamaz. Bu açıdan gerekçeye iman eden, onun birey ve toplum için taşıdığı değeri fark eden bir yargıcın, yargısal ilişkinin taraflarına hesap vermesi sorumluluktur. Gerekçe anılan sorumluluğun gerçekleşme şeklidir.

Yargıçların hesap verebilmesi, dünya yüzünde cari olan ve yargıç etiğine odaklanan tüm hukuki metinlerin ısrarla savundukları ve etik değerlerin odağına koydukları öznel, nesnel yansızlık ilkesinin işlerliği gerekçeyle mümkündür. Gerekçe olmaksızın yargıcın muhataplarıyla, kişi ve kurumlarla girdiği ilişkinin değerlerle uyumunu sınamak olanaksızdır.

II- Gerekçenin Özgeçmişi:

1.Mezopotamya Günleri:

Suskun kadın davası, gerekçenin bilinen öncülü, saptanabilen ilk soyudur. Sümer Devletinin insanlığa armağan ettiği *tablet kararlar* üzerinde yapılan çalışmalar, yargı etiğinin sırtını yasladığı gerekçenin, Sümer’le yaşıt olduğuna tanıklık eder.¹

İlk gerekçeli karar, bir berber, bir bahçıvanın mesleği saptanamayan diğeriyle işbirliği yaparak, aile birliğinden neşet eden ödevlerini ihmal eden kocasını öldürttüğü iddia edilen kadının beraatına ilişkindir.

¹ Samuel Noah Kramer; Tarih Sümer’de Başlar, Çev.Hamide Koyukan, Kabalcı, İstanbul, Birinci Baskı, s.82-85 İ.Ö. 1850 dolaylarında Sümer Ülkesinde bir cinayet işlendi. Üç kişi-bir berber, bir bahçıvan ve mesleği bilinmeyen biri- Lu İnanna adlı bir tapınak görevlisini öldürdüler. Katiller belirtilmeyen bir nedenle, kurbanın Nin-dada adındaki karısına kocasının öldürüldüğünü haber verirler. Garip bir biçimde, kadın onların sırrını saklar ve yetkililere bildirmez. Ama o zaman bile, en azından uygar Sümer yurdunda adaletin kolu uzun ve kesindi. Cinayet Kral Ur-Ninurta’ya başkenti İsin’de bildirildi ve o da davayı Nippur’daki mahkeme işlevi gören yurttaşlar Meclisi’nin önüne çıkardı.

Bu mecliste bulunanların dokuzu, yalnızca üç katilin değil, kadının da cezalandırılması gerektiğini savlayarak suçluların sayısını artırır; olasılıkla cinayeti öğrendikten sonra suskunluğunu koruduğu için suç ortağı olabileceğini düşünmüşlerdi.

Bunun üzerine meclisin iki üyesi kadının savunmasını üstlenirler. Onun cinayette yer almadığını ve bu nedenle de cezalandırılmaması gerektiğini öne sürerler.

Mahkeme üyeleri savunmanın görüşüne katılır. Kocası sağlığında kadının gereksinimlerini karşılar gibi görünmediğinden kadının suskun kalmakta haklı olduğunu bildirirler. “Gerçek katillerin cezasının infazına” ifadesiyle karar sonuca bağlanır. Buna göre, Nippur meclisince yalnızca üç kişiye ölüm cezası verilmiştir.

Karar, aynı zamanda susma hakkı, delillerin kabul edilebilirliği ile hükmü temellendirme tekniği açısından güncel hukuku imrendiren başkaca özellikler de ihtiva eder.

Nippur'lu yargıçların kurduğu hükmün, aktüel sorumluluk anlayışıyla örtüşen bir paradigmaya sahip olmasından öte, kullanılan dil ile gerçeklik yargısına ilişkin noksansız okumaları, onun çağdaşlarıyla aynı kaygıları taşıdığına delalet eder. Bu eş zamanlı olarak, erken yargılamaların, zamanın ruhunu yakaladığını, ötesini gören bir vizyon ve derinliğe sahip olduğunu gösterir.

Erken gerekçe okuması yapan bu şaheser, bununla yetinmez, meclisin içinden çıkardığı iddia ve savunma kurumunu orta yerde, herkesin gözü kulağı önünde eşit ve özgür şekilde yarıştıır. Delilleri tartışma ve çürütme olanağı konusundaki duyarlılığıyla, çelişmeli yargı, eşitlik, özerklik ve delillerin kabul edilebilirliği kurumlarını tecrübeye dönüştürür.

Sümer Yargı'sının şahsında gerekçe 4000 yıldan buyana bireyin yaşamına, malına, özgürlüğüne hükmeden kararlara eşlik ederek, onları etik açıdan akladığına veya mahkûm ettiğine tanıklık eder. Bu nedenle gerekçenin, bir kararın yıllar geçse de onun meşruiyetini tartışan, anlaşılmasını kolaylaştıran, hükmün sırdaşı, dayanağı, kötü günün dostu, etik ilişkinin tartanı, hak ve özgürlüklerin dostu, öncülü olarak anımsanacağı, onun şu veya bu nedenle, birileri tarafından mutlaka ziyaret edileceğini unutmamak gerekir.

2. Platon-Aristo-Retorik/Usulün Babası/Tatlı Dil, Güler Yüz, jest, mimik, heyecan ve Coşkuyla Tanışma:

Doğulu gerekçe, uygarlıklarla birlikte batıya göç eder. Sulu şarapların düşünceye eşlik ettiği, akşam yemeklerinin fikri ziyafete dönüştüğü, felsefenin manayı aradığı devir ve devranlarla buluşur.

Burada demlenen gerekçe, felsefenin lojistiğini sağlamanın hazzına varır, felsefi bakışın sağladığı avantaj, tadı yakalar. Özü, sözle buluşturan bu perspektif, belagatin gerçekle yaptığı eşsiz düetin önemini kavrar. Özün dile gelişine değer atfeder. Böylece Argümantasyon kültürü, kökü derinlerdeki felsefi duyarlılıkla tanışır, burada durarak ciddi meseleleri anlamaya, çözmeye odaklanır.

Antik Çağda zirve yapan gerekçe, Platon'un ardılı Aristo'nun Retorik'i ile bir başka biçim, anlam ve damak yakalar.² Gerçekle buluşmanın usul, esasları üzerine kafa yorar. Temellendirmenin izleyeceği yöntemi taşıyacak en az yapıyı inşa eder.

Böylelikle gerçek ve doğru/hakikatle vuslatın usuli önemiyle, içeriğin ikna eden, inandıran yanının izlemesi gereken güzergah, rota, yaslanacağı argüman, araç, dil ve söylem hakkında söylenebileceklerin en azını ve ilkinin dillendirir.

Aktüel argümantasyonun antik temellerini atar. Sözün özü, yeni retoriksel kanıt öğretisi ve felsefi retorikğin nüvelerini eker.(Retorik/Önsöz) Öteki deyişle, retorikğin farklı söylem ve anlamları üzerine soluksuz bir tartışma yapar. Belagatin gerçeği zehirleme etkisini kontrol eder. Gerçek ve doğrunun, sağlıklı yöntem ve araçlarla yakalanması için gecesini gündüzüne katar.

Gerekçeyi besleyen damarlar üzerine kafa yorar. Yasak delilin hüküm üzerindeki etki ve sonuçlarına işaret eder. Böylece diyalektiğin borçlu olduğu etik değerleri bundan yüzyıllar evvel taşlara kazımış olur. Bu haliyle pozitif hukuku imrendiren antik bir usul okuması, zamanının ileri seviye bir temellendirme öğretisi olarak tarihteki yerini alır.³

Retorikğin, belagatle özdeşleşmesi, gerçeğin tatlı dil ve sözle bütünleşmesi, jest, mimik ve tarzın ispat sahasına sürülmesi manasına

² Aristoteles; *Retorik*, Çev. Mehmet H. Doğan YKY, 8.Baskı, Nisan 2006, İstanbul; Bu çalışmada Aristoteles, günün geçerli sistemlerin karşı bir saldırıya girişir, onların bir tartışma öğretisi yaratamamış olmalarını ve bütün dikkatlerini coşkusal çekicilik üzerine toplamalarını kınar. Hocası Platon da, retorikği-"bu inandırma Ustası"nı-, onu uygulayanlar, hakikat bilgisine ya da saygısına sahip olmaksızın inandırma yollarını aradıkları için reddetmişti. (Mehmet H. Doğan) Retorik bir bütün olarak, gerçeğe erişmede izlenmesi gereken usul ve esaslar üzerine kafa yorar. Temellendirme özü itibarıyla gerçeğe erişmede izlenen yöntem dâhil olmak üzere gerçek üzerine yapılan tartışmaların da özü özeti olmaktan öte bir anlam taşımaz. Geliştirilen tartışma kuram ve kültürü, tatlı dilin gerçekle olan bağı koparmasına izin vermemekle birlikte gerçeğin açığa çıkarılmasındaki söylem, tatlı dil ve güler yüzün rol ve işlevini de kısıtlayarak reddetmez. Bu haliyle ilkin Platon sonra da ardılı ve öğrencisi Aristoteles geliştirdiği kuramla, çağcıl gerekçe anlayışı ile usul hukukunun babası ve öncülü olarak kabul edilebilir.

³ Bu ilk usul okumasının, günümüz yöntem hukuklarının atası olduğunu ifade edebiliriz. Özellikle ispat sahasına tuttuğu ışıldak ile kanıtlama usul esasları üzerine imrendirecek bir düzey yakaladığı tartışmadan ayrılır. Bu özelliklerine rağmen hiç bir usul hukukçusunun dikkatini çekmemesi ve hukuk tarihçileri tarafından keşf edilip kürsü ile tanıştırılmaması ciddi bir kayıp olarak telakki edilebilir.

gelir. Akıl ile kalp arasındaki mesafeyi azaltan bu bakışın, gerçek için taşıdığı anlamı kavrayan retorik, kendini toparlar, etkili önlemler alır. Belagatin sihri ve içerdiği şeytan tüyü ile fırsatını bulduğunda gerçeği peçeleme teşebbüs ve gayretine karşı koyar. Olup bitenlere duyarlı temellendirme; âlemi, gerekçeyi zehirleme potansiyeli olan belagatin cazibesine karşı uyanık kalmaya davet eder.

Usuli rasyonalitenin aktüel sürümü olan gerekçelendirme, bu yönüyle bir usul hukuku sorunudur. Gerekçelendirme aynı zamanda retoriksel bir kanıtlama işlevinin adıdır. Antik felsefe bu açıdan aktüel gerekçenin öncülü, sorumluluğun erken halidir.

3.Gözden Düşüş/Modernleşme - Sekülerleşme /Diriliş:

Antik çağda felsefenin itkisi ile zirve yapan Argümantasyon kültürü, tanrıyla yurttaş arasına giren gücün etkisiyle takatinden, dem ve devranından epey kaybeder. İktidarın gökle ilişkilendirildiği, göksel olanın, hayat pahasına sorgulandığı dönemlerde gerekçe teferruata dönüşür. Gereksizleşir. Böylece, itham temellendirmeye ihtiyaç duymadan, elini kolunu sallayarak hükümleşir, kabul edilemez kanıt ve ikrarlar hükmün biricik dayanağı olur.

İnsanlığı ve düşün hayatını askıya alan bu yaklaşım, epeyce hüküm sürer. İnsanlığın iktidarı canı, kanı ve hürriyeti pahasına frenlediği an bu anlayışın sonuna işaret eder.

Bu an meşruiyet temellerinin kuşkulu hale geldiği veya meşruluk anlayışının değiştiği modernite dönemine tekabül eder. Dur durak bilmeyen modernleşme kendisini Sekülerleşmeyle aşar. Birey özgürleşir, insan aklı zincirlerini kırar, vesayeti reddeder. Ayakları üzerinde duran, kendine yeten birey gerçekliğe yaslanır, gücü yargılayarak etik bir ilişki inşa eder. Bundan ötürü Sekülerleşme aynı zamanda etik olmaklığa tekabül eder. Özetle egemenliğin yerselleşmesi, gökle alakasını kesmesiyle birlikte insan, tebaa olmaktan yurttaş olmaklığa evrilir. Dönüşümle eş zamanlı olarak, iktidarların denetlenerek sınırlandırılması fikri uç vermeye başlar.

Dönüşüm, adaletin herkese eşit, tarafsız şekilde dağıtılması, gücün ölçütlere vurulması, ölçü ve ölçütlerin gerekçeyle denetlenmesi manasına gelir. Toplumsal ve demokratik talepler öne çıkar, iktidar bilgiye dayanır, ilişki etik bir özellik kazanır. Egemenliğin hukukun

içine çekilme ve orada tutulma ihtiyacı, onu denetleyecek, disipline edecek gerekçenin anımsanmasına vesile olur. Gerekçe için toparlanarak kayıplarını telafi edeceği mutlu ve mesut günler başlar.

Gerekçe; böylece egemenlik kaynağının değişmesi, insan eliyle kullanılmaya başlamasıyla ikna eden, inandıran, denetleyen, dengeleyen olarak bireysel, toplumsal ve kamusal hayatın odağına taht kurur. Öteki deyişle insan aklının dogmayı alt etmesiyle neden, niçin, nasıl, kim gibi sorularla gerekçe atak yapar, koşullara koşut bir zihinsel gelişim gerçekleştirir, hatırı sayılır bir hamle yapar.

4.Amerika ve Avrupa'da Gerekçe:

Gerekçe, argümantasyon teorileriyle erişim modellerinin ilgi alanında olmayı, hatta bir bilgilendirme, aklanma aracı olarak ayakta kalmayı ve hukukun gözdesi olmayı başardı.

Kökleri Aydınlanma' ya uzanan ve bireyin eşit, tarafsız, özgürce adaletle vuslatını hedeflediği için, hukukun doğru anlaşılmasını, uygulanmasını misyon edinen *Hukuki Şekilcilik Akımı* ile onu eleştiren, hukukun vaat ettiklerinden ziyade, gerçek yaşamdaki yansımalarını ve sonuçlarının anlaşılması gereğine vurgu yapan, *Hukuki Gerçeklik Hareketi*'nin yarışı, yirminci yüzyılı adaletle erişim kavramıyla tanışır.

Amerika'nın bir asırdır, Avrupa'nın üççeyrek yüzyıldır üzerinde kafa yorduğu ve geliştirme çabası⁴ içinde olduğu adaletle erişim projesinin önemli bir ayağı olmaktan geri kalmadı.

Bu bakış açısı adaletle erişimin zaman sınırını dava öncesine çekerek bireyin adaletle erişimini önleyen ve geciktiren her ne var ise, onları mücadele edilmesi gerekenler listesine alır. Bireyin hukuk ve adalet ihtiyacını olabildiğince kolay, ucuz, eşit, tarafsız ve özgürce karşılamanın olanak ve kolaylığı üzerine ömür tüketir.

⁴ Aydınlanma döneminin bir eğilimi olarak görülen, Hukuki Şekilcilik Akımı ile Hukuki Şekilciliğin bir eleştirisi olarak ortaya çıkan Hukuki Gerçeklik hareketi'nin uzantısı olarak tezahür eden adaletle erişimin kökü 20 yy'a yaslanmaktadır. Hukuki taleplerin çoğalması ve hukuki meselelerin çeşitliliğinin artması sonucunda hukuk sistemin beklentilere cevap vermemesi, adaletle erişim akımını ortaya çıkaran toplumsal gelişmelerden yalnızca biridir. Adaletle erişim ile sosyal devlet ilkesi arasındaki ilişkiyi salt resmi hukuk mekanizmalarının yetersizliği üzerinden anlamamak gerekir; çünkü bu ilişki kişilerin toplumsal kaynaklara erişiminde eşitsizliğe neden olan tüm yapısal ve tarihsel engelleri de ima eder. Seda Kalem Berk; Türkiye'de Adaletle Erişim, Göstergeler ve Öneriler; TESEV, Haziran 2011, s. 15-18

Bilgi ile adalete erişim arasındaki yoğun ve doğrudan bağa dikkat çeken bu yaklaşım; bilginin yetersiz dağılımı/paylaşımı, bilginin kasten gizlenmesi, hukuki jargonun anlaşılabilirliği, hukuk dilinin resmiliği (anadilde hak arama sorunu.) gibi olguları, erişimin karşısına dikilen engeller olarak görür. Onlarla mücadelenin imkânı için çaba gösterir, mesai ve emek harcar.⁵

Genel anlamda bilgilendirme, özel olarak da gerekçelendirme, bu iki akımın yarışmasıyla vücuda gelen ve pekişerek kurumsallaşan bir haktır. İçerdiği birçok nüve ve erekdaşlarla kurduğu akılcıl ve samimi ilişki, onu aktüel gerekçe anlayışına dönüştürür.

Adalete erişimin başat unsuru malumatın gerek adil yargılanma, gerek hukuki dinlenilme hakkının sıfır noktası olması, optimum bilgi olmaksızın bireyin kürsü ve yanlarla diyalog kurması mümkün olmaz. Dahası gerekçenin meşru ilgililerin beyan ve katkılarından yararlanmasını imkânsız hale getirir.

Anlaşılabilirlik, hükmün tabanını dil aracılığıyla büzen ve ciddiye alınması gereken potansiyel bir erişim engelidir. İlk bakışta fark edilmeyen, kusurlarını, etki ve sonuçlarını peçelemede mahir bu engel, gerekçenin kullandığı ağıdalı, teknik, dikey dille erişim için zorunlu olan bilgiye ulaşmayı kısıtlar ya da önler.

Gerek sözlü gerek yazılı hukuk işlemlerinde kullanılan dilin, özellikle yoksul ve eğitimsiz gruplar için çoğu kere anlaşılabilir olması UNDP raporunda “hukuki haklara ilişkin bilgisizlik” durumuna sebep üçüncü bir sorun olarak değerlendirilir.⁶

Özellikle kişilerin avukat yardımı olmadan işlem yapmalarının teşvik edildiği desteklenmiş bir ortamda, temel hukuki bilgilerin sadece erişilebilir değil, aynı zamanda anlaşılabilir olması da gerekir.⁷ Mahkemelerde hak arayışına giren bireyin, adalete erişebilmesi işlem, yargılama, karar dilinin anlaşılmasına, kullanılmasına ve yayılmasına bağlıdır.

Hukukun dikey dil kullanma alışkanlığı ve zorunluluğu bireyi yardım almaya zorlarken, bu yardımı alamayan, eksik alanları yüzüstü ve çaresiz bırakır. Böylelikle adalete erişim anlaşılabilir, konuşulamaz dil aracılığıyla bilinmeyen bir zamana ertelenir.

⁵ Kalem Berk, 2011,51

⁶ Kalem Berk, 2011,51

⁷ Kalem Berk,2011,55

Bu bağlamda; gerekçeli karara erişmek kadar, onu anlayıp, yorumlamak ve buradan edinilecek gerekçe bilgisini kullanarak savunma hakkıyla kanun yolunun etkin, verimli şekilde kullanılmak, gerekçeli karar alma hakkının yegâne arzusudur.

Gerekçeye saldırma olanağı veren bilgi olmaksızın, bu hakkın kullanıldığından söz etmek beyhudedir. Buradan bakıldığında mahkemelerin savunma ve kanun yolu için yaşamsal bu malumatı doğrudan, yeterli ve aracısız olarak servis ettiklerinden söz etmek olanaksızdır.

Tercüme yetersizliğinin aktüel engellerle oluşturduğu koalisyonun, blok olarak, yargı dili aracılığıyla erişim talebi ve gerekçe hakkının karşısına dikileceği muhakkaktır.

III- Hükümün Demokratikleşmesi/ Dil Gerekçe Bağlamında Erişim Hakkı/Anadille Çalışma Arkadaşlığı:

Resmi/yargılama dilini konuşamayan, anlamayan ya da resmi dilde kendilerini optimum şekilde ifade edemeyenler için tercüme hizmetleri eşitliğin dayattığı zorunluluktur.

Uluslararası çalışma ve raporlarda zaman zaman değinilse de sistimli bir şekilde ele alınmamış diğer hususu; kişilerin, resmi hukuk dilini konuşabilseler dahi, adli işlemlerde ana dillerinde iletişim kurmayı talep edip edemeyecekleri meselesidir. Bu bağlamda, ana dilde savunma yapmak bir zorunluluktan ziyade bir "tercih" olarak addedilmiş, böylece mesele eşitlik temelli bir anlayıştan siyasi ve kültürel haklar zeminine kaydırılmıştır.⁸

"Zorunluluk" ve "tercih" eksenlerinin aslında devletin anadil politikalarının bir uzantısı olduğunu söylemek olasıdır. Sistem, yargılama dilinin Türkçe olduğunu benimseyerek, bu dil dışında bir dille yargılama yapılmasını reddetmektedir. Güvenlik kaygısının izlerini ziyadesiyle taşıyan bu bakış açısı, insanın mahkeme nezdindeki olanaklarını genişletme, çoğaltma ve kolaylıklardan yararlanmasına ilişkin endişeleri ise görmezden gelerek, bu konudaki talepleri ötelemekte dışlamaktadır. Yanlardan birini ötekileştiren bu bakış açısı, eşitliği dil üzerinden ciddi şekilde riske eden, öncüllerini aratan bir tutumdur.

⁸ Kalem, Berk,2011,60

Dil üzerinden gelişen inatçı tavır, diyalogun demokratik tabanını büzmekte, oluşan yetmezlik buradan gerekçeye sirayet ederek, hükme taşınması muhtemel bilgi ile katkıyı yargı diline tanıdığı konuşma yazma ve anlatma tekeli üzerinden kısıtlamaktadır.

Dilin uyum versiyonu, insanı baz almaktan ziyade geleneksel kodlardan beslenen ideolojik, politik tercihi yansıtsa da yargı diline sınırlı, cılız ve içinde kısmen soluklanacağı bir alan ve alternatif yarattığı ifade edilebilir. Bu, yargı dilinin ana dile hukuki olmayan parametreler üzerinden duyduğu kuşkunun uyum paketi aracılığıyla teyit edilmesi, yinelenmesidir.

Oysa yargı dilinin egemenliği hemen her yerde kabul görmeye birlikte, ana dili yargı diliyle çeliştiren bir uygulama ise sıra dışıdır. Öteki ifadeyle ana dilin yargı diliyle çelişen bir rol ve işlev üstlenmesi mümkün değildir.

Anadil, kendini dilediğinde ifade etme, düşüncüyü yayma, paylaşma gibi kadim ve vazgeçilmez iki insani olanağı gerçekleştirilmeye özgüdür. ⁹Dolayısıyla yargılama diyalektiğinin eşit ve özgürce oluşmasından, ilerlemesinden başka bir amaca hizmet etmez. Ana dil, yargılama diliyle çalışma arkadaşlığı yapar, onun yetersiz soluksuz kaldığı yerlerde bayrağı olarak hukukun adalete dönüşmesi üzerine kafa yorar.

Ötekileştirilen, olanakları ve desteği reddedilen bir dilin, yargı diyalektiğine olan insani katkısını etnik ve kültürel hassasiyetle kuşatılan yargılama anlayışı onay vermez.

Böyle bir bakış açısının dilin olanaklarını gerekçenin emrine verdiğini ya da yargılamanın dil üzerinden sağlıklı bir ibralaşmaya hazır olduğunu söylemek mümkün değildir. Dil sorunlarına duyarsızlık, dili başka amaçlara özgüleyen yaklaşımda sebat, yargılananların özgür ve eşit şekilde kendini temsil ve ifade etmesini önler, yargının demokratik, çoğulcu yanını örseler, yapısını bozar.

⁹ Anadil, anlamın ilk kökeni, bir öznenin oluşumu için vazgeçilmez olan dogmatik kaynakların ilkidir. Onun her bir kişiye tanıdığı dilediği gibi düşünme ve kendini ifade etme özgürlüğü, herkesin ana dilinin içinde barındırdığı kelimelere anlamlarını veren sınırlara tabi olduğunu varsayar; onun radikal heteronomisi olmadan özerklik var olamazdı. Ancak varlığın bilincine söz ile ulaşmadan önce, her yeni doğan isimlendirilmiş, bir uzam içine yerleştirilmiştir; ona nesiller zinciri arasında bir yer verilmiştir. Alain Supiot; Homo Juridicus, Dost Kitabevi, Ankara, Mart 2008, Birinci baskı, s.10

Sözün özü, yoksanan dille sokağın salona taşındığını, burada temsil olunduğunu kürsünün kamu adına yargılayarak, toplumla ibralaş-tığını ifade etmek mümkün olmaz.

IV- Gerekçenin Yerel Versiyonu/Derdi Olmayan Gerekçe/Diriliş Çabası /Çekinceler:

Usul yasalarının ithaliyle gerekçe; pozitif hukukta bir temellendir-me, aklanma ve toplumla ibralaşma, bireyi ikna, kamuyu inandırma rol ve işlevi ile donatıldı.

Gerekçesiz kararların yaygınlaşmaya verilen tepkinin sonucu, kürsüyü çekip çevirmenin, disipline etmenin aracı olarak anayasalarla tanıştı. O gün bu gündür anayasal bir kod olarak normlar hiyerarşi-sinde gerekçesizliklerle mücadelenin aparatı, kürsü ve muhakemeye güveni sağlayan olarak hayatımıza nüfuz etti. Etik ilişkinin odağına taht kurdu. Buradan başarılı olmasa da ilişkiyi kontrol etmeye başladı.

Özellikle Uluslararası sözleşmelerle birlikte anayasayı da aşacak şekilde, kürsü yurttaş ve toplumla hukuki ilişkilerde bir maestro gö-revi üstlendi.

Özetle sistemin gerekçeye olan ilgisi yer, zaman ve kişiye göre azalıp çoğalsa da bu ilgi, aktüel gelişmelerin desteğiyle ivme kazan-dı. Özellikle; felsefeyle, adalete erişim, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve gerekçe ödevinin yanında, uluslararası metinler, hukukun genel ilkeleriyle ittifak ederek, kürsüye ve dizgeye kürsü ile yurttaş arasındaki güveni pekiştiren ve kurumsallaştıran bir dil, tarz ve olanak sundu.

Gerekçe hakkı eşsiz bu desteği arkasına alarak gelişti, sınırlarını zorlayarak, özellik geliştirdi nihayet gerekçeli karar alma hakkına dön-üştü. Aradan geçen zaman ve dış dünyayla kurduğu yoğun, samimi ilişki, bu ilişkinin yarattığı etkileşim, gerekçeyi salt yazılan olmaktan çıkararak, birçok derdi, sorunu, meram ve düşüncesi, muhakemenin diğer unsurlarıyla derin münasebeti olan devasa bir kuruma dönüştü.

Zamanı değerlendiren gerekçe, disiplinler arası etkileşimin sağla-dığı avantajlara yaslanarak sisteme ihtiyacı olan nüve, renk ve motif-ler kattı. Yargılamayı öznel gerçekliği içinde tutacak ve etik bir forma oturtacak güç, olanak ve kolaylıklara kavuştu.

1.Adil Yargılanma Hakkı'nın Gözbebeği /Strasbourg 'un Stratejik İlgi¹⁰:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesini yorumlayan Mahkeme, birçok deneyimiyle, kanun yolu ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesini yargı kararlarının gerekçeli olmasına bağlar. İma yollu bu perspektif, gerekçe hakkını benimser, gerekçesizliği soğuk karşılar, karardaki mantık hataları ile açık keyfilik olgusunu yalın bir gerekçesizlik olarak telakki eder. Yanı sıra, gerekçeye erişim hakkının sınırlarını belirleyerek¹¹ aşkınlık, ihmal, suistimal önler, tefrit ile ifrat arasındaki farkı sert hatlarla netleştirir.

Yargının demokratik denetimi için verilen kararların malumata elverişli, meşru, makul ve doyurucu olanla temellendirilmesini her fırsatta işaret eder, aydınlatır, ima eder. Gerekçe hakkıyla birey, toplum, kamunun aydınlanma, bilgilenme, denetleme hakkıyla kürsü yansızlığı arasındaki münasebeti gerçeklerle bağını muhafaza ederek, doğru yerden okumaya çalışır.

Temellendirmenin erişme hakkıyla ilişkisini birçok öncelik, öncül ve kaygı üzerinden kuran deneyimler, gerekçelendirmenin usul ve esasları üzerine söyleneceklerin en aزیyla yetinerek, yerel yargı organlarının asgari standartlara sadakatini yineler, perçinler, bunlardan ödün verilmesine asla onay vermez.

Devletlere, standartlara sadık kalmak, gerekçenin yerel motiflerle ilişkisini korumak, özüne saygısını artırmak ve Strasbourg ölçütleriyle çelişmemek kaydıyla, gerekçenin kontrolünü sağlayan bir takdir marjı tanır. Yerelin soluklanmasına imkân veren alan, yetki ve sorumluluk tevdi eder. Yerelin küreselle sürdürülebilir bir ilişki geliştirmesine fırsat tanır. Gerekçenin bu kanalları kullanarak, gerekçe hakkını insanın hizmetine sunan dizge ve kuruma dönüşmesi için didinir.

Yerel yargıya, anılan usul ve esaslara bağlı kalarak temellendirmeyi yerel koşul, özellik, ihtiyaç gibi öznel ölçütler doğrultusunda bi-

¹⁰ Hilmi Şeker, Esbab-ı Mucibe' den-Retoriğe Hukukta Gerekçe; Beta, İstanbul, 2010, Birinci Baskı. Anılan çalışma aralarında Sözleşme de olmak üzere birçok hukuki metin ve pratiği referans alarak gerekçe üzerine oldukça geniş bir alanda ve derinlemesine bir araştırmayı sonuç ve önerileriyle birlikte okuyucunun bilgisine sunmuştur.

¹¹ Reid,2000,136

çimlendirmesine fırsat tanır.¹² Böylece, öznel ihtiyaçların *Avrupa Kamu Düzeni* içinde erimesini, işlevsiz kalmasını önleyerek, değerlerin özgürlüğünü, öznel ve özgeliğini korumaya özen gösterir.

Avrupa Mahkeme'si, gerekçeyi adil yargılamanın paydaşı adde-derek birey, toplum, kamu ve yargı şemasının diğer aktörleri arasındaki etik ilişkinin, gerekçenin bilinen öncelikleri, öncelleri ve beklentileri üzerinden biçimlenmesini ister.

Derece mahkemesi olmaya heveslenmez. Gerekçe denetimi fikrini soğuk karşılar. Vesayetçi bir tutum sergilemekten ve dördüncü derece yargı otoritesi olmaktan özellikle kaçınır. Sözün özü, bu ödevi sahiplerine bırakır.

Deneyimler, bazı koşulların tahakkuku halinde, gerekçeye olan ihtiyacın azalabileceğini veya ortadan kalkabileceğini düşünerek, yükümlülüğü istisnalarla örseler,¹³ böylece hükmün almaşık yöntem, kendine has olanla soluklanmasını kolaylaştırır. Yeri zamanı geldiğinde bir adım geride durmayı, gerekçeden ödün vermeyi stratejisinin bir parçası olarak telakki eder.

Strasbourg, gerekçe hakkını besleyen ölçütleri belirleyerek, bunlarla zıtlaşan deneyimleri gerekçesizlik olarak deşifre eder. Deneyimlerle vücuda gelen gerekçe müktesebatının yarınını maharetli ellere bırakır.

Elimizdeki veriler, ima yoluyla sisteme kazandırılan gerekçesizlik modellerini, sıfır gerekçe¹⁴, yeterli¹⁵ ve yasal olmayan gerekçe¹⁶, yasal

¹² Gerekçelendirme, kararın niteliğine, somut olayın özelliğine, hükmün doğasına, ülkelerin kanun yapısına, örf ve adetlerine, meşruluk algısına ve değer yargılarına göre farklılık gösterebilir. Ruiz Torija/Seri A No.262(1995) Karen Reid Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri; KHRP Ekim 2000,İstanbul, S.39,135,136

¹³ Mahkeme, adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesiyle bağlantılı bir ilkeyi yansıtan içtihatlarına göre, mahkemelerin ve yargı yerlerinin verdikleri kararlarda yeterince gerekçe göstermeleri gerektiğini hatırlatır. Gerekçe gösterme ödevinin kapsamı, kararın niteliğine göre değişir ve bu ödevin kapsamı olayın içinde bulunduğu şartların ışığında belirlenir. (Ruiz Torija § 29; Hiro Balani, §27; ve Higgins ve Diğerleri, §42.) Sözleşme'nin 6(1) fıkrası mahkemeleri verdikleri kararlar için gerekçe göstermekle yükümlü tutmakla birlikte, bu yükümlülük, her iddiaya ayrıntılı yanıt vermenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılabilir. (Van de Hurk,§61).Dolayısıyla bir Üst Mahkeme bir üst başvuruyu reddederken, kural olarak sadece alt mahkemelerin kararlarındaki gerekçeleri onaylayabilir. (Helle,§59-60)Osman Doğru-Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1 Baskı, 2012, Şen Matbaa, Ankara, s.848-849

¹⁴ Salov/Ukrayna(655518/01.09.2005)

¹⁵ Georgiadis/Yunanistan; İngiliz v. Emery Reibold ve Strick

¹⁶ De Moor/Belçika

ifadelerin tekrarı¹⁷, içselleştirme¹⁸, gerekçeye erişememe¹⁹, belirsiz kavramlara yaslanma²⁰, savunma hakkının etkin kullanımı için gerekli zaman ve kolaylıklar sağlama²¹ ve hukuki yardım alamama, masumiyeti lekeleme²², aleni karar alma hakkı²³, duruşmanın açıklığı²⁴, kanun yolu ve savunma hakkının etkin kullanımının önlenmesi veya kısıtlanması ile karakterize olan olguların ölçütlerle bağını koparan sapma biçimleriyle sınırlar.

Adli yargı reform stratejisinin uzantısı olarak lanse edilen, politik figürlerin üzerinde epey kafa yorduğu yargı diliyle, ana dil arasındaki krizin gerekçe üzerindeki etkisi oldukça önemlidir. Sorunun birçok veri, politik tercih ve strateji referans alınarak tartışılması bir yana, gerekçenin ana dile soluk aldırması, gerçeğe katkı sunması, anadilin gerekçeyi beslemesi, zenginleştirmesi gerekçe adına sevindirici bir gelişmedir.

Savunma hakkı ile kanun yolunun etkin ve verimli şekilde kullanılmasının gerekçeye erişimle mümkün olması, yargılama diline yeterince egemen olamayan, dil ve anlam bilgisine nüfuz edemeyenler için gerekçesizlik, gerekçe kusurları hakla vuslatın önünde aşılması güç bir engele dönüşür.

Dolayısıyla mahkemelerin birey, toplum ve kamuyla ilişkilerinde etik sorunlar yaratmaya elverişli bu kusurla ciddi bir mücadele ajandası oluşturmadan, sapsmalara kaynaklık eden düşünsel ard alan analiz edilmeden gerekçe hakkının derin ve rahat bir soluk alması mümkün olmaz.

¹⁷ Georgiadis/Yunanistan; Sakkopoulos/Yunanistan

¹⁸ Helle/Finlandiya; Garcia/İspanya

¹⁹ Burada Yüksek Mahkeme'ye yapılan temyiz başvurusu, başvuru sahibi temyiz ettiği hükümlerin kopyalarını elde etmeyi başaramadığı halde reddedilmiştir. 15553/93 Hollanda,(Rep.) 17 Ocak 1995, kabul edilebilir bulduktan sonra çözüme kavuşmuştur. Reid,2000,141; Melin/Fransa; Artico/İtalya; Goddi/İtalya; Roiz Torija/İspanya; Hadjianastassiou/Yunanistan

²⁰ Belçika, 8950/80; Golder/Birleşik Krallık

²¹ Canada v./İtalya

²² Adolf/Avusturya; Englert/Almanya; Lutz/Almanya; Nölkenbockhoff/Almanya; Sekanina/Avusturya; Lamana/Avusturya; C.H./Avusturya; Hammern/Norveç; Y./Norveç; Ringvild/Norveç; Baars/Hollanda

²³ Dewer/Belçika; Artico/İtalya;Werner/Avusturya

²⁴ Axen/F.Almanya; Fisher/Avusturya;

Yasa, içerdiği tuzaklarla ana dili susturan, savunmayı yıldıran, yargı dilini dayatan bir engele dönüşme potansiyelini canlı tutar. Düzenlemenin ana dil ile savunma hakkını morfolojik açıdan oldukça dar bir alana sıkıştırması, yargı diyalektiğinin zemininde daralmaya yol açar. Örtülü bir anakronizme düşer, yargılamayı kendi öz, bağlam ve dinamiklerinden bilerek uzaklaştırır. Gerçeklik ve hukuki tanı aşamalarında söyleneceklerin önemli bir kısmını atıl bırakarak, gerekçenin ana dille kucaklaşmasını, getirdiklerinden doyasıya istifadesini bir hayli kısıtlar.

Ana dilin, diyalektiğe katkısının tercüme giderleri ile engellenmesi, kısıtlanması, *dil-erişim-gerekçe üçlüsü* arasındaki yoğun, derin, kadim ve güçlü bağı hiçe sayan bir başka paradokstur. Bu haliyle, mülga düzenlemenin gerisine düşen ve onu aratacak bir oluşuğa dönüşen hükmün, aklı cebinde kalan savunmaya gelecek vaat etmesi, gerekçeye arzuladığı katkıyı doyasıya tanmasına izin vermez.

Bu yaklaşımı tartışmalı kılan diğer husus; savunma, yargılama ve hükmün ana dile olan ihtiyacının gerçek ve doğruluğunu sınaama yetkisinin kürsüye verilmiş olmasıdır. Yargılama kendine has bir dil kullanır. Bu özgülük sokak dilini hepten yadsımaz. Ondandır bir ihtiyacı ölçüsünde yararlanarak kendi jargon, söz ve söylemini inşa eder. Nevi şahsına münhasır bu söylem, gerektiği yer, zaman ve ölçüde esneklesir, görece davranarak, gerçeği uğruna mütevazıleşir. Bu etik olmaktır. Kibir, yargılamayı, kürsüyü, hükmü öznel gerçeğinden farkında olmadan koparır.

Kürsünün yargılama dilinin derinliğine, inceliğine, dil ve anlam bilgisine yeterince vakıf olmamasına rağmen, ana dil gereksiniminin sahiciliğini saptamakla ödevli kılınması, mukkederatını tayine kalkışması ironidir. Siyasetin zorladığı bu yaşam tarzı, yargılamayı ekşinden çıkarır, politik düşünce ve konseptle etik olmayan bir ilişkiye zorlar. Saflaşan gerekçe anlayışı, siyasetin müdahale ettiği, biçimlendirmeye kalkıştığı nahoş bu ilişki tarzını kesinlikle yoksar. Onun usul hükümlerini sömürmesini, olanaklarından yararlanarak şekillenmesini, manüplasyona aracılık etmesinin omzuna yüklediği vebalden çekinir, sorumluluğu ağır bulur.

Ölçütsüzlük, bu yetkinin bir başka otorite nezdinde denetlenmesini güçleştirmekle kalmaz, yasamanın ana dile verdiği olanağın kısıtlı ve yetersiz de olsa uygulanmasını önler.

Kürsü-yargılanan ilişkisinin; anadilin ifade ve düşünce özgürlüğü gibi kadim ve vazgeçilmez iki insani olanağı gerçekleştirmeye özgülendiğini ve bu değerleri içtenlikle gözeten bir yaklaşıma sahip olduğu söylenemez.

Mahkeme, gerekçe ödevi ile civar haklar arasında ilkeler üzerinden sağlıklı bir ilişki kurmayı başarır. Onlarla kurduğu hısımlığı geliştirerek, ilişkiye boyut, oylum ve anlam kazandırır. Erişim, dinlenme hakkı, yargının demokratik denetimi, kürsü yansızlığı, hükmün açıklığı, açık yargılama gibi öncelik ve hedefleri örseleyen kusurları ajandasına kaydeder.

Gözünü gerekçeye diken Mahkeme; yerel mahkemelerin her soru ve istemi ayrıntılı yanıtlamak zorunda olmadığını²⁵, jürili sistemde hükmün kaideten gerekçesiz olarak verilebileceğini²⁶, hakkın kötüye kullanılmasından neşet riskler²⁷ ve ceza yargısıyla sınırlı olarak temyiz hakkının garanti dışı olmasından ötürü, temyiz mahkemelerinden verilen hükümlerin gerekçesiz olmasını tolare eder.²⁸

Strasbourg, anılanları sorun olarak görmez ve gözetim ödevini bir miktar sığlaştırır. Demem odur ki, kuralın yarattığı aşkınlığı sayılı örnekler söz konusu olduğunda, gerekçeden ödün vererek dengelemeye çalışır. Bu durumda gerekçe düzeninin yara almayacağını, temellendirme ihtiyacının doğmadığını, alternatif model ve yollarla bu ihtiyacın giderildiğini varsayar.

2. Hukuki Dinlenilme Hakkının Misyoneri Olarak:

Hukuki dinlenilme hakkı, adalete erişimin bir başka zaman ve be-
dendeki soydaşdır. Bu hak kendisinden öncekiler gibi hakkın etkin

²⁵ 6.madde,1. Paragraf, mahkemeleri, bu her soruya ayrıntılı cevap verilmesini gerektirmese de, kararlarının gerekçelendirmeye zorluyor biçiminde yorumlanmaktadır.(Van de Hurk) Karen Reid; Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, SCALA/KHRP, Birinci Baskı, İstanbul, s.135

²⁶ 25852/94 Avusturya, 15 Mayıs 1996; 1957/90 Belçika, (dec.) 30 Mart 1992,72 D.R. 195;Reid, 2000,137

²⁷ Bununla birlikte eğer yerel mahkemeler kötü niyetli olmayan ve konuyla ilişkili başvuruları cevaplamakta akim kalırlar ise bir ihlal söz konusu olabilmektedir. Reid,2000,139

²⁸ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı; Beta, Mayıs 2002, İstanbul, s.315

ve verimli olarak kullanılmasını, adalete olabildiğince erken, kestirme, isabetli olarak ulaşılmasını hedefler.

Hak, Kıta Avrupa'sı doğumlu olup, özü itibarıyla bilgilenme, açıklama, dikkate alma, değerlendirme, gerekçeli karar alma ve sürpriz karar verme yasağından oluşur. Yargılamayı etik bir ilişki olarak algılayan bu ilke, yanlarla münasebete giren yargıca ilişkinin üzerinde yürüyeceği ayakları belirleyerek, yargıç ve yanları bu ilişkinin değer, ölçüt ve önceliklerine karşı hassas olmaya çağırır.

Hukuki dinlenilme hakkı gerekçeye ve bilgilenmeye karşı oldukça duyarlıdır. Bireyin hakkında olup bitenlerle ilgili olarak yeterince bilgilendirilmeden yargılanamayacağını düşünerek, duruşmayı diyaloga dönüştürür. Böylelikle yarışmanın, tartışarak ilerlemenin nesnenin bilgisine sahip olmaksızın mümkün olmayacağını benimser. Sevk ve idareye yetki ve değerlendirmesini temellendirerek bireye malumat olarak tevdiini buyurur.

Genel olarak bilgilendirmeye müptela bu kurum, bununla yetinmez. Bir kaç adım ötede yargıca dönerek, yargı kararlarının muhakkak surette gerekçeli olmasını dili döndüğünce anlatmaya çalışır. Böylelikle her türlü yargı kararının malum etki ve sonuçlarını doğurabilmesini, onların meşru, makul, doyurucu temellere yaslanması koşuluna endeksler. Bunlarsız bir hükmün etkin, verimli dolayısıyla saygın olmayacağını muhatabına anlatmaya çalışır.

Bunu yargılananların ikna edilmesi, toplum ve kamunun inandırılması için zorunlu bir yükümlülük olarak telakki eder.

3. Yargının Demokratikleşmesi/Çoğulcu Yargı:

Yargılama özü itibarıyla çoğulcudur. Kadimden beri yargıçlar, yargılananlar çoğulcu ve demokratik bir tabandan beslenmiş, hüküm olabildiğince geniş bir alanda çok kişiyi etkisine alabilmesi için tabanını olabildiğince genişletmiştir.

Genişlemek ve derinleşmek; yeknesaklıktan, darlık, merkeziyetçilik ve teklikten neşet eden gerekçe sorunlarının aşılmasını kolaylaştırır. Gerekçeye aradığı kimi özellikleri buldurur. Kabul edilebilirlik standartlarını keşf etmesini sağlayarak kendisini aşmasını, ihtiyacı olan soluğu almasını sağlar.

Tabanın genişletilmesi, *Erga Omnes* hükümlerle buluşmanın, 'İnter Partes' in büzen, uyuşmazlığı canlandıran, sürdürülebilir kılan niteliğinden kurtulmanın, etkin, etkin olmanın, etik davranmanın öteki adıdır.

Çağdaş hukuklar, bu paradigmanın izlerini taşıyan birçok uygulamayı sinesinde barındırır. Özellikle hükümden etkilenenlerin tespitinde, hükmün sınırlarının tayininde, hükmün çoğulcu ve demokratik özellikleri belirleyici bir rol üstlenir. Dinlenmeyen hükümden etkilenmeyeceği, hükmün davada dinlenmeyi bağlamayacağına ilişkin kaidenin kökeninde bu giz yatar.

Birçok kuralın yazgısını belirleyen bu yaklaşım, uyuşmazlığın meşru ilgili kavramına duyarlı, tabanı geniş, kapsayıcı bir hükümle sonlandırılmasını, çoğun demokratik usullerle hükme katılmasını, çağdaş usullerin odağına alır. Gerekçe ile hüküm arasındaki ilişkinin derinliği, demokratik usullerle gerekçeye taşınan, kapsayıcı, kucaklayıcı ve çoğulcu bir tabandan neşet etmesinden aldığı güçle motive olur. Hükmün geniş bir alanda birçok kişinin yazgısını belirleyeceğini kabul eder.

Bu, hükmün gerisine bakmadan, duraksama yaşatmadan, uygulama sorunu oluşturmadan kendinden emin, çoğulcu ve demokratik usullerle oluşması, zengin, katılımcı birikiminden aldığı ilhamla yol alması, engelleri ikna ederek aşması demektir.

V- Yazmaya İndirgenen/Hiçleşen/İddiasını Yitiren Gerekçe:

Buraya kadar ifade ettiklerimiz, sistemin gerekçe hakkını koruyabilecek ziyadesiyle olanak, kolaylık, araç, altyapı ve organizasyon sunduğunu benimsemek gerekir.

Cumhuriyetin kuruluşuyla sisteme eklenen gerekçe hakkı o günden bu güne ileriye yönelik bir yatırım yapamadı, hatırı sayılır ya da imrenilecek bir pratik sunamadı, rezerv oluşturamadı. Kuruluş yıllarındaki kimi gerekçelerin kıyas kabul etmeyecek denli ileri bir dil tartışma, içerik ve üslup sunmaları, aradan geçen zamanın boşa harcadığı konusundaki kuşkuları aşmaya yetmedi.

Ülkemizde gerekçe, tüm çabalara rağmen istenen patlamayı yapamadı, yurttaş hayatına malına ve özgürlüğüne hükmeden kararla-

rı vücuda getiren nedencelere her şeye rağmen hasret kaldı. Gerekçe diye lanse edilenler, yarattığı gerekçesizlikle yurttaşın adalet beklentisini boşa çıkardı. Senelerini hapiste geçiren yurttaş neden tutuklandığını, hükmün konusunu infazdan sonra dahi öğrenemedi.

Yargılamanın etik bir ilişki, gerekçenin ibralaşmayı formüle eden etik araç, olduğu anlaşılamadı, fark edilemedi yahut unutuldu. Kapıları üzerine kapadı, dış dünya ve bağlamla diyalogunu kopardı. Gerekçenin rol ve işlevini elinden geldiğince büzdü, mevzi ve hududu daralan gerekçe, gelecek düşüncesi, hayal, iddia ve idealini yitirdi. Merak ve hevesi kalmayan gerekçe kendisini sözde bir temellendirmeye, iddiası, sözü ve söylemi kalmayan, birkaç cümleye sığdırılmış hayata indirgedi. Bu şimdi ve ati üzerine söyleyecek bir söz ve söylemi kalmadı. Sıradan metne, hükmün senede bir kez, mecbur kaldığında yüzüne baktığı, canı istediğinde istifade ettiği araca dönüştü.

O günden bu güne sistemin kavramsal, kuramsal, kurumsal açıdan gerekçe adına taş üstüne bir taş konulduğunu söylemek maalesef mümkün olmadı. Buna birçok olgu neden oldu. Özetlersek:

1.Değerle Bağını Koparan Sokak / Gerekçeyi Hafife Alan Kamusal Yaşam/ Yozlaşan Etik İlişki:

Bireysel, sosyal, politik, kültürel ve ekonomik hayat gerekçeyi hafife aldı. Gözden düşen gerekçe, ihtiyaç olmaktan çıktı. Etik ilişkide gerekçenin değer olmaktan çıkması, nedencelerin açıklanmasını gereksiz kıldı, değerlerin çiğnenmesini, hafife alınmasını, hor görülmesini meşrulaştırdı.

Randevusuna geç kalan, gecikme sebeplerini açıklama nezaketini gereksiz gördü. Toplumsal görgü kurallarını askıya aldı. Yılın ödülünü alan bir filmi, ödüllük kılan nedenlerin topluma anlatılmasına gerek duyulmadı.

Senato salonları fahri doktorayı gerektiren nedenceleri yurttaş ve bilime makul nedenlerle izah edemedi. Tezlerin, istisnalar hariç, hangi buluşu yaptığı izahtan varsete tutuldu, düşen eşiği elini kolunu sallayarak geçenler kutsandı.

Gerekçesiz bilirkişi raporları hükme dönüştü, paralel yargı yetkisini kullanır hale geldi.

Yürütme, birçok eylem ve işlemini ondan etkilenen toplum, birey ve kamunun denetiminden kaçırdı.

Yasama faaliyeti gerekçe ile yollarını defalarca ayırmakta beis görmedi. Torba yasalar amacını hedef ve beklentilerini ondan ömür boyu etkilenecek yurttaşa anlatmayı teferruat addetti. Yasama işlemleri doyurucu, makul, hukuki temellere yaslanmayı reddetti. Yorum ve boşluk doldurmada paha biçilmez materyal olan gerekçeler, madde metinlerini gerekçe fakirine dönüştürdü.

Kural oluşturma ve çözüm üretme misyon ve ideali kurak, çorak kanun metinleriyle bir başka bahara kaldı. Kürsüyü yasamaya yaklaştıracak olanak ve kolaylıklar, olmayan gerekçelerle imkânsızlaştı.

Yurttaşlık Yasası'nın birinci maddesiyle kürsüye verilen yasama yetkisi, bilerek bilmeyerek geri alındı, etkisiz kılındı.

Velhasıl hesap kaçınılığı; yaşam biçimi, yönetme, siyaset üslubu ve yasama yönteminin çeşitli vesilelerle ertelediği, yoksadığı ve reddettiği bir kültüre dönüştü, bu giderek kanıksandı. Özetle meşru, makul ve doyurucu nedenlere yaslanarak eyleme bireysel, toplumsal ve kamusal yaşamdan giderek çekildi, gereksiz olmaya başladı. Oluşan boşlukların gidereceklere içinde eyleyecek bir çerçeve hat sunmaktan mahrum bıraktı.

Etik olmaktan uzaklaşan ilişkiler ağı, ucu bucağı görünmeyen ve birbirini besleyen ittifak eden sorunlar zincirine yol açtı. Hukuk, yargılama, yargıç, hüküm ve gerekçe de sorunlu bu yapıdan, gelişme ve zihniyetten hissesine düşeni aldı. Tarihsel, sosyolojik, zihinsel ve düşünsel bu ard alan ve onu vücuda getiren nedenler anlaşılmadı. Bu konuyu araştırması gerekenlerin ilgisizliğı ibralaşmanın düştüğü darboğazın aşılmasını zorlaştırdı.

2. Yabancıya Gösterilen Direnç/ Hazımsızlık-Uyumsuzluk/ Politik, Psikolojik ve Sosyolojik Reddediş:

İdeolojik, politik ve seçkin tercihlerin gerekçe üzerindeki tahakkümü onu bağlamından kopardı, kendi dinamikleriyle ilişkisini bozdu. Kendi siyasetini oluşturması ve ondan beslenmesini önledi.

Kuramsal açıdan sistem gerekçe hakkının etkili ve verimli kullanılabilmesi için yeteri bilgi ve donanıma sahiptir.

Pozitif hukuk yeterli olsa da, özellikle *Avrupa Kamu Düzeni'* nce yapılan önerilerinin paralel bir yönetim ve yargı yetkisi olarak algılanması, ithal edilenin özümsemesini, içselleştirilmesini güçleştirmektedir.

Devletin hassasiyetleri olarak lanse edilenlerle, içtihat ve düzenin yol ayırımına gelmiş olmaları, kopuşu tetikleyen önemli bir nedendir. Yargının, kendisini devletle özdeşleştirme, gücü hukukun içinde tutmaya, disipline etmeye, hukukun içine çekilmeye özgülünen iradeye karşı refleks geliştirmeye, tutum takınmaya zorlar.

Malum duygular, bireyin insanca yaşaması için lazım olanları belirleyerek karşılama yerine, bunlara özgülüneni, temine çabalayanları düşman addeder. İyicil ve insancıl çabalar direngen bu tutum karşısında geriler, geleneksel yapı karşısında hayat şansı bulmakta çoğu kez güçlük çeker.

Politik tercihlerle işbirliği yapan yasama faaliyetinin beklentisi tüm çabalara rağmen, devlet aklıyla özdeşleşen pratiği aşmayı başaramaz. Gerekçe kültür ve düzeninin bu akıbetten hissesine düşeni alması olanaksızdır. Ortaya çıkan tablo, hikmetinden sual olunmaz iradeyi tahkim etmekte, oldukça güçlü bu irade, devlet aklıyla uzlaştığı noktalarda birey, toplum ve kamuyu aydınlatma fikrini ciddiye almaz. Gerekçenin etik rolünü ve işlevini gerçekleştirmesini hafife alır, teğet geçer, özellikle önler.

Bu nokta; gerekçenin devlet, güç ve siyasetle koalisyona girdiği, totaliter, otoriter anlayışa ev sahipliği yaptığı nirengi noktalarıdır. Tamda burada iğfal edilen gerekçe, özgün söylem, dil, gerçek, kaynak ve siyasetinden vazgeçer. Başkalarının yürüngesine girerek başka amaçlara hizmet eder. Makasın değişmesiyle eş zamanlı olarak gerekçe sapmaları zirve yapar. Bu yargının, hukukun dışına çıkması, hüküm üstüne hüküm giymesi manasına gelir.

3. Anakronik İctihatlar/Paternal Denetim/Mecalsiz Gerekçeler:

Başta Yargıtay olmak üzere, ardışık dereceli mahkemelerin varlık nedenlerinden biri, gerekçe denetimidir. Gerekçe denetimi, hukuka uygunluğun sınanabilmesi açısından, üst dereceli yargı yerlerinin görev tanımı içinde olmayı her daim başarmıştır.

Kendini gerekçe hakkı üzerine konuşandıran yargılama şeması, fırsat bulduğu her yer ve aşamada, yargılamaya katılanlara, sevk, idare edenlere ve hükmü denetleyenlere eylem, işlem ve kararlarını meşru makul, hukuki ve doyurucu olanla temellendirilmeleri emreder.

Aktarma yargısının bu rol ve işlevini her halükarda ve beklentilerle uyumlu olarak yerine getirdiğinden söz edilemez. Bu ödev, iş yoğunluğu, organizasyon bozukluğu ve alt yapı noksanları gibi meşhur, maruf ve kadim nedenlerin elbirliğiyle vücuda getirdiği sözde meşruiyete istinaden gerçekleştirildiğinden söz edilemez.

Gerekçe ödevi ve gerekçe denetimi çoğu kez “usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına, yerinde bulunmayan temyiz nedenlerinin reddine, daire kararına direnmenin anılan nedenlerle bozulmasına” gibi şablon argümanlarla özdeşleşir. Böylece gözünü aktarma yargısına diken, genel kuruldan gerekçe bekleyen, nefesini tutarak yukarıdan esba-ı mucibe bekleyen yurttaşın bu beklentisi karşılanmaz, muradı çoğu kez gözünde kalır.

Böylelikle gerekçe denetimi, disiplini arzulanan düzeyi, derinliği, genelliği, özneliği ve kerteyi yakalayamaz. Varlık sebebine duyarsız kalan derece mahkemeleri, yarattığı defolu örneklerle öncüllerine gerekçe konusundaki ilgisizliğini, kusurları görmezden tutumunu, gerekçeyi hafife alan direncini, umursamazlığını ihraç eder, aşılar, sapmaları kusurlu gerekçe denetim ve metinleri aracılığıyla kutsamış olurlar.

Bu rahatlık denetleyen ve denetleneni ortak bir paydada buluştururken, şımaran gerekçe kusurları henüz emeklemekte olan gerekçe kültüründe kapatılması güç gedikler açar. Herkesin içinde olduğu bir kusurlar ortaklığı oluşturularak, sorumluluk yaygınlaştırılarak hiçleştirilir. İbralaşmayı soğuk karşılayan, hikmetin sual olunmaz bu yargı, yargılama kültürü kültleşmekten aldığı güç ve ivmeyle, yeni sapmalara doğru yol almakta beis görmez.

4. Ölçütsüz Kalmak, Ölçüsüz Eylemek/Rol ve İşlev tanımındaki Tutarsızlık:

Yargı deneyimlerinin ima tembelliği, kuramın pratikten beklediklerini karşılıksız bırakır. Uzun soluklu araştırma ve toplanan yüzlerce deneyimin kullandığı dil ve dile getirdiği meram, birikimin kuram yaratacak düzeye erişmediğini gösterir.

Sapmaların nitel ve nicel açıdan iyi sayılabilir bir rezerv sunmasına rağmen, bu türlerin sağlıklı olarak sınıflandırılmaması, tanımlanıp betimlenmemesi onların teşhis ve tanısını güçleştirdiği gibi, mücadelenin kurumsallaşmasını da önledi.

Karşılaştırmalı hukuk ile bu alanda paslaşma ve işbirliği yapmayı düşünmeyen deneyimlerin habis huylu gerekçeleri tasnif ederek adlandırılması bir kaç örnekle mahduttur. Rastladığımız ve öncüllerden istifadeyle betimleyerek karakter özelliklerini saptadığımız motiflerin kırka yaklaşması, iki anlama gelir. Birincisi, habis huylu gerekçelerin epey derinlik ve deneyim kazanması, ikincisi ise bunlarla mücadele edecek kurumsal bir konseptten yoksunluktur.

Gerekçesizlikle mücadeleyi varlık ve yaşam biçimi olarak telakki eden bir aktarma anlayışının sıradan, tesadüfi ve dağınık bir mücadele sergilemesi, sapmaların derin çatlaklar bularak güçlenmesini kolaylaştırdı.

Uluslararası hukukun gerekçe bağlamı asırlık brikimi ve argümantasyon kültüründen bihaber bir deneyimlerin gerekçe denetiminin üzerinde yürüyeceği sağlam kolon ve kirişler bulması mümkün değildir. Gerekçenin, gerekçeleri üzerine kafa yormayan, el alemin gerekçesizlikle mücadele disiplinine sırtını dönen deneyimlerin, ölçütsüzlüklerle kusur aramaya kalkışması, kusursuz deneyimlerle müçtehit olması beyhudedir.

Ölçütsüzlüğün bizi getirdiği nokta ölçütsüzlüktür. Ölçüsüz ve ölçütsüz bir gerekçe alemi, kurduğu sağlam ve sarsılmaz gerekçesizlik kültürü ile özgürlükleri temelsizliğe biat etmeye zorlar. Kararların savrulmasını, güç karşısında çaresiz kalmasını görevin uzantısı olarak görür. Kendine ve işine sadakatsizliği olağan ve günlük aktivite olarak telakki eder.

Yargılamayı duruşma ile sınırlayan, özdeşleştiren bu bakış açısı gerekçelendirmeyi kürsüyle yurttaş arasındaki etik ilişkiden neşet eden sorumluluk olduğunu unuttur. Unutkanlık, sıradanlaşan sapmalara karşı yargıyı duyarsızlaştırırken, yargı-etik ilişkisi çiftinin kan kaybetmesinde doğrudan rol alır geriye dönüşü imkansızlaştırır.

5. Kafasını Kuma Gömen Öğreti/Üç Maymunu Oynayan Kibir:

Bu alanda günahsız bulmak mümkün değildir. Amaç ve hedefi yarının hukukçusunu yetiştirmek, hukukunu yaratmak olan akademinin, gerekçe üzerinden bu hedefini gerçekleştirdiği söylenemez.

Bir avuç idealist, tez, makale ve deneme dışında akademinin bu misyonuyla barışık eylemediğine, gerekçe konusundaki birikimin yavanlığı, çoraklığı ve azlığı tanıklık eder. Usul üzerine yazan-çizen eserlerin gerekçe üzerine söyledikleri öncekilerin yinelenmesiyle sınırlı olup, buluş ve kuram yaratmaktan uzaktır.

Sıradan bir kaynak, gerekçe bahsinde bir veya birkaç yargı deneyimiyle yetinerek, gerekçenin sınır ötesindeki uğraş, birikim, misyon, ideal, hayal ve beklentilerine kulaklarını tıkar, gözlerini kaçırır ve susmayı yeğler.

Gerekçenin kitabını yazmak, temellendirmenin tarihi yolculuğunu izlemek, belgeselini yapmak, felsefi kökenlerine inmek, kuytu ve koyaklarında turlamak bilgi üreten, gerçeği kovalayan kurumların işidir. Gerekçesizliğin kol gezdiği bir pratikten yaka silken, el eman eden, feryat figan koparanların haykırış, iç çekişlerle çılgınlıklarını duymayanları sorumluluktan muaf tutmak adil değildir.

Usul kürsülerinin gerekçeye ilgilerini, bir kaç Yargıtay içtihadı, vaktiyle kıt imkanlarla ve is kokusu taşıyan eserlerle, bu meseleye eğilen idealistlerin birikimiyle sınırlamaktan kaçınmaları elzemdir.

Kendilerinden önce gelen deneyimler karşısında üç maymunu oynayan kibrin bırakılması, akademinin gerekçe hakkını, gerekçeli karar alma hakkına eviren küresel değerleri keşf etmesi, yürek yakan, insan zekasıyla dalga geçen, bireyi çaresiz kılan sapmaların erkenden teşhis edilip sisteme sızmasını önler.

Akademi'nin yükünü ağırlaştıran bir neden daha var, sıradan ve masum olanla peçelenen bu günah, kendisini kesin hükmün sınırlarının belirlenmesine gizler. Kesin hükmün sınırlarının belirlenmesinde gerekçeye hakkettiği payı vermekten kaçınan görüş, ittifakla ve ısrarla senelerdir gerekçenin belirleyiciliğini küçümser, bir kaç sebep ve olguyla sınırlar.

Yek diğerini tekrardan ibaret, kendisini doktrin olarak lanse eden girişim, hukuki dinlenilme hakkı, adalete erişim, görünen adaleti ve ilişkide olduğu civar özgürlükleri hesaba katan bir derinlik, lisan ve stratejiden uzaktır. Aradan çok zaman, köprüden çok sular geçmesine, bu fikri gözden geçirecek onca done ve sebep doğmasına rağmen, hükmün öznel sınırlarının yeni aktörünü hesap dışı bırakmak tercih olmaktan çıkarılmalıdır.

Hükmün kesinlik sınırlarını belirleme rol ve işlevini çoğun hükme kaptıran gerekçe, giderek gözden düşer. Bu, gerekçeye olan ilgiye dip yaptırarak onun içini dökmesini önler, filizlenen gerekçe hukukunun ileriye görmesini, yarına kalma olanağını kısıtlar. Gerekçenin varoluş-çu çabasını iğdiş eden bu yaklaşımın, kurumsallaşmaya yeminli düze- nin isteği olamaz.

VI- Usul Hükümlerinin Sömürülmesi / Potansiyel Gerekçesizlik Motifleri:

1.Sır-Giz üzerinden gerilen İlişki/ Yoksunluk Sendromu / Prematüre Hüküm:

Yargının sır olarak telakki edilen nesneye ulaşmakta çektiği güç- lük, kendisini hükmün, gerçeğin bilgisine doyasıya ve gönlünce eriş- mesini önler.

Saklanan ve karartılanın, tartışmayı sır ve giz ölçüsünde engelle- mesinin, yargılama-giz-savunma-hüküm üzerinde bıraktığı izler, ya- rattığı etki, sonuçların tartışılmasını gerekli kılar.

Mevcut düzenleme, sırrın tartışma alanından uzaklaşması öteki ifade ile sır olarak kabul görenden mahrum kalan yargı diyalektiğinin, karşılaştığı savunma sendromunun giderilmesi konusunda etkin, ve- rimli, kalıcı, hatta stabil bir öneriden yoksundur.

Sır ve gizi tanımlayacak, betimleyecek, belirleyecek sınırlandırıc- ak ve kurumsallaştıracak ulusal bir politikadan yoksun olmak, adil yargılama hakkını sır gerekçe üzerinden etkileyen başat parametredir.

Bileşik bir stratejiden yoksun olmak, her yargılama usulünün sırra vereceği tepki ile sır karşısındaki tutum tavır, refleks ve çözüm önerisi- ne göre farklılık yarattı. Böylece hükmün sırra olan gereksinimi, daha çok öznel yargılama ile temin edilmek istenen maksat, uygulanan yön- tem ve sırrın paradigması tarafından tayin edildi.²⁹

²⁹ Anayasa, İdare ve Ceza hukukunun sır ve gizden beklentileriyle bu alanı düzen- leyen sır anlayışı, sırrın yargılama özne ve süjelerle ilişkilerini düzenleyen usul ve süreçlere bırakıldığını belirledik. Kimi noktalarda benzeşen kimi yerlerde de ayrışan bu hükümlerin görünen adalet ve adalete erişim hakkı üzerinden yarata- cağı kırımların etki ve sonuçlarını disipline edilebilmesi, onların bir çatı altında

Hükmün tartışıldan teşekkül etmesi, tartışılanın gerekçeye malzeme sağlayan olması, gerekçe-sır arasındaki ilişkiyi kaçınılmaz kılar. Bu bağlamda gerekçe tartışılan kuşkunun nasıl, neden hükme dönüştüğünü, evrilenin ne olduğunu belirleyen ve anlatandır.

Dolayısıyla tartışma masasından uzaklaştırılan, her ne sebeple olursa olsun tartışılmayanın, evveleminde yargılama, gerekçe ve hükmün kaybı olacağını unutmamak gerekir.

Gerekçe ile neden sonuç ilişkisi kuracak denli köklü bağları olan sırrı, lokalize edecek bir düzenlemenin olmaması, kendisini şu veya bu şekilde peçeleyen nesne ve öznenin yargılanmasını önleyerek, yaşamın ve sistemin derinliklerine yerleşir. Orada uyuyan yapıları yargının görüş alanından çıkarır.³⁰

Rejim ve toplum açısından hayati olan bir çok adli vaka duruşma salonuna bir türlü getirilemeyen sır ve gizlerden ötürü yargılanma imkanı bulamadığı gibi, bin bir güçlükte edinilen sırrın yetersizliği, olayı aydınlatmadaki kifayetsizliği bir çok suç ve suçlunun yargılanmasını engeller.

Sırrın yargı üzerindeki kontrolü, savunmaya irtifa ve mevzi kaybettirdi. İddianın gücü karşısında biçare kalan savunma, sırrın iddiaya sağladığı destek karşısında gerileyerek, değerlerle inatlaşan eylemin mahkumiyetini önlendi. Hatta almaşık imkan ve olanaktan mahrum savunmaya ispat sahası kapatıldı.

Yargının, sırrın egemenliği karşısında savunmaya verecekleri hakkında aktüel bilgi ve çareden yoksun olması, gözleri sınırların ötesindekilere çevirir.

Deneyimler, sır ve gizlerin savunmayla yarışından ötürü oluşan kayıpları bertaraf edecek usul ve süreçler konusunda kürsüye ima

birleştirilmesini gerektirir. Birleşme, bir bütün olarak sır ve giz konusundaki bakış açısının değerler üzerinden yeniden şekillenerek kurumsallaşmasından başka, yaratacağı farklı uygulamaları da önleyecektir.

³⁰ Başta *Dink Cinayet'* i olmak üzere bir çok cinayet, mahkeme ile kamu otoriteleri arasında sır üzerinden oluşan ihtilaflardan ötürü, elde edilemeyen bilgisizlikten neşet eden yoksunluk yüzünden oluşturulan hüküm ve onu vücuda getiren süreç aklanamadı. *Dreyfus Davası* olarak bilinen davada da savunma sirlara erişerek, kendisini tahkim edememenin sıkıntı ve sendromunu uzun süre üzerinden atamadı. Bu örnek, sır-savunma-gerekçenin tarihi kavgasını gözler önüne seren ve bir çok dersi barındırır.

yoluyla alabileceği önlem ve izleyeceği strateji hakkında öneride bulunur. Kürsünün önerilen önlemler konusunda ne denli bilgi sahibi olduğu tartışmalıdır. Örnekler bu sürecin yeterince algılanmadığına, rezervlerden yeterince istifade edilmediğine karine oluşturur.

Sırrın yargılama diyalektiğini sekteye uğratan hücumunu durduracak çareleri durumdan etkilenen her süje için ayrı ayrı formüle eden içtihatlar, sevk ve idareye bu etkiyi süspanse edecek ve gerçeğin açığa çıkması için özgürlüklerin hareket kabiliyetini artıracak bir marj bırakmıştır.

Bu eş zamanlı olarak kürsüye sırların şerrinden özgürlüklerin olabildiğince az etkilenmesi için optimum önlem almakta özgür olduğuna dair önemli bir mesajdır.

Sırrın kim tarafından kontrol edileceği, bu tasarrufun gerçek ve doğruluğunu sınavacak ulusal bir düzenlemenin aktüel gerekçe ve yargılama anlayışı karşısında tutunamaması, toplumsal beklentileri yeterince yanıtlayamaması, sırrın etik ilişkilere verdiği diğer bir zarardır.

Güvenliğin süspanse ettiği sırrın, yargılama diyalektiği üzerinden gerekçe ve hükme verdiği zararların minimize edilmesi, buna odaklanan protokollerin iyice kavranması, etik ilişkinin sınırlarının belirlenmesi ve güvenceye alınmasına bağlıdır.

Eksiklerin tamamlanması, sır gerekçe ilişkisinin doğru bir yerden okunmasına bağlıdır. Bu okumayı yapamayan bir düzenin, gerekçe hakkını tamamıyla güvenceye aldığından, koruduğundan söz edilemez.

Sırrın hesap kaçınılığını körüklemesine izin verilmemesi, etik ilişkinin yaslandığı değerlerin yegane arzusudur.

2.Aynılaştırma ve Benzeştirme / Sıradanlaşarak Yozlaşma:

Aynılaştırma ve benzeştirme yargının kadim tutkusu, alışkanlığıdır. Kürsünün araya karbon alarak denediği ve yakasını bir türlü kurtaramadığı sapma biçimi varlığını koşullara uyarak korudu. Gelişen teknoloji ile duruşma salonlarının bilgisayarla tanışması, anılan sapmalarla bütünleşerek yaşamayı kolaylaştırdı.

Birleştirilen davaların paydası üzerinden oluşturulan aynılaştırmadan ayrı olarak, yargılanan nesne ile öznenen neşet eden farklılığı reddeden diğer sorun, gerekçenin benzer kararlardan yaptığı alıntı, gönderme, içselleştirme ve özdeşleşme tutkusudur.

Varlığını büyük ölçüde organizasyon bozukluğu, alt yapı eksikliğine yaslayan bu aşkınlık, gerekçenin somut olayın özgünlüğünden neşet eden farklılığını ortadan kaldırdı. Nedenceleri benzeştiren, aynılaştıran ve örtüşüren bir kusur türüne dönüştü.

Anılan defo, gerekçe tembelliğini tetikleyen, gerekçe dil ve anlamını hiçe sayan bir modelidir. Bu model, gerekçeyi sabitleyerek, yargılanan nesne ve özneye dair bilgiyi uyarlayarak, gerekçe üzerinden özgünlük, öznellik ve özgelik arayan etik ilişkiyi aradığı hayat tarzından uzak tuttu. Farklılıklardan kaynaklanan çoğulluğu ve renkliliği yoksadı.

3. Fizik Kurallarıyla İnatlaşmak / Yayılarak Sığılan Yargı:

Gerekçe usuli güvencenin önemli bir boyutu, saydamlık vaat eden bir usul donanımdır. Yasa yapıcı, olup bitenlerin safahatını izledikleri usul ve süreçleri çoğunla bu teminat aracılığıyla izler.

Temellendirme kurumu, doğası gereği bilinen diğer enstrümanlarla aynı amacı gerçekleştirmeye adanır. Kendilerine ayrılan kulvarda, öznel araçlarla görünen adaleti sağlama misyonu, onların çelişmelerini önleyecek bir yapıya kavuşmalarını sağlar.

Bu bakımdan usuli güvencelerin yek diğeriyle çelişecek bir koda sahip olduklarını söylenemez. He şeye rağmen, hedef ve amaç birliği yapan umumiyetle yarışan kurumların, ölçütsüz uygulamaların tetiklediği bir çelişki yaşamaları muhtemeldir.

Defolu pratiklerin vücuda getirdiği gerilimin, yarattığı komplikasyonların etik ilişkiyi zehirlediklerine defalarca tanık olduk. Bir çok uygulama hatasından beslenen sapmaları saymak, onları bu kısa tura sığdırmak güçtür. Bunlar içinde son dönemde bir çok yakınmaya vesile olanı, çok sanıklı davaların birleştirilmesi ile oluşan sapmalardır.

Birleştirme özü itibarıyla paydası özne ve nesne olan uyumsuzlukları aynı potada eritmeye çalışan ya da aynı doneler üzerinde yükselen

davaları makul sürede, az kaynakla ve çelişkisiz şekilde tartışmaya, çözmeye özgülünen bir muhakeme hukuku aparatıdır.

Sınırlı ancak özgün bir amaca özgülünen bu kurumun çok sanığı ve nesneyi aynı çatı altında yargılama girişimi, alan genişliğine bağlı olarak bir derinleşme sendromuna neden olabilir. Adalete erişimi önlemenin yeni adı, davaları birleştirerek, yargılananları aynılaştırmak ve benzeştirmektir. Çok sanıklı davalar yaratmak usul ve süreçleri atlamamanın, malzemedan kısarak kuşkuluları pekiştirmenin bir başka türevidir.

Derinlik, gerçeklik yargısı ile ilgili olup, yargılanan hayat olayının aslına yakın şekilde tecrübe edilmesine odaklanır. Buradaki olası bir sığılaşmanın, miyopluğun ve genelliğin kendisini gerekçeye taşıyacağı muhakkaktır. Geniş alana yayılan yargılamanın, derinliğini yitirerek gerçeklik yargısının ihtiyacı olan kazı ve tartışmadan kaçınacağı, malzemedan kısacağı katidir. Fizik kurallarıyla inatlaşan, derinlik, gerçekliği hızla yeğleyen kestirme yargının iflah olması, hükmün ise saflaşması olanaksızdır.

Onca sanık ve eylem arasında, yargılanan nesne ve özneyi belirleme, onlar arasında tipiklik üzerinden sağlıklı bir ilişki kurarak, birey ve toplum nezdinde itibar gören bir hüküm kurmaya, sanık sayısının çokluğu, tecrübenin farklılığı yaşananların özgünlüğüyle birleştirme kurumuna yaşatılan yozluk izin vermez.³¹

Bu olgunun, kes yapıştır metinlerle yaptığı ciddi, yaygın ve derin ittifak, ortaya gerekçe hakkını temelden sarsan, malumatı imkansız kılan, bilgilenmeyi sıradanlaştıran kontrolü olanaksız, özümsemesi imkansız bir metin çıkarır.³²

³¹ Bu bağlamda, 30 sanıklı İnternet Andıcı Davası, *Ergenekon 2.Davası* ile birleşmesiyle sanık sayısı 148'e ulaştı, 27.04.2012'de 1 ve 2. Ergenekon Davaları'nın birleşmesiyle sanık sayısının 255 e ulaştı. Avukatların yargılandığı 50 sanıklı *KCK Davası'*nda aynı sanıklara ait 15 ayrı dava 16. Ağır Ceza Mahkemesi'ne ait dosyada birleşti. Diyarbakır'da 01.10.2012'de verilen karar ile ana KCK davasındaki birleştirme kararı yıla 175'e yükseldi. İşçi Partili kişinin yargılandığı dava Ergenekon davasıyla birleşti. Sanık sayısı 273 oldu. Ergenekon Davası bağlamında birleşen 21 dosyanın birleşmesiyle, yargılanan sanık sayısı 275, celse sayısının ise 600'e erişti.

³² Uygur hukukun sitti senedir üzerine titrediği Argümantasyon teorilerinde zerre-i miskal haberi olmayan deneyimlerin, binlerce sayfadan oluşan gerekçeli kararı oylumu-niceliği üzerinden değerlendirme çabası, temellendirmenin bir çok kaygısını dert edinmeyen bir yaklaşımın sonucudur. Böyle bir metnin sayıları yüzler-

Binlerce sayfa içinde savunma hakkı ile kanun yolunun etkin şekilde kullanılmasına imkan veren, sahici bir denetime elverişli bir unsur, metin veya değeri arayıp bulmak dikkate alınmasını, değerlendirilmesini savunmak insan üstü çaba gerektirir. Oysa aktüel ölçütler, insanı, hadleri zorlayan usul ve süreçleri soğuk karşılar, onay vermez.

Tutuklamanın, özgürlüklerle çelişkisini besleyen gerekçenin, aradan çekilmesiyle oluşan mağduriyetin tolare edilememesi, edilememesi gerekçe ile tutuklama üzerinden gelişen bir başka paradokstur.

Onca söz, yazı ve yaşananlara rağmen tutuklamanın gerekçeyle girdiği düelloyu kaybetmesi, gerekçenin önlenemeyen düşüşü, baş edilemeyen çaresizliğinden, dize vurduran trajedisinden başkası değildir.

Muhakeme araçları arasındaki dostluğun, karşıtlığa dönüşmesinin yegane nedeni, zıvanadan çıkan, yozlaşan uygulamalardır. Tutuklama gerekçelerinin bir iki istisna dışında, adalete erişim ve görünen adaletin kaygılarını taşımaktan giderek uzaklaştığı resmi geçit yapan, yaptığı yanına kar kaldığı tecrübelerle sabittir.

Kendisini dördüncü uyum paketi olarak lanse eden yasa çalışmasının bir kaç maddesini tutuklamaya ayırması, sorunun ayyuka çıktığının kabulünden başka, uygulamanın özgürlüklere yönelik sağır, kör ve dilsiz tutumunu aşmaya çalışan cılız bir girişimdir. Neredeyse her paketten tutuklamayla ilgili bir hüküm çıkması, aralarında Anayasa Mahkemesi'nin de bulunduğu kademeli mahkemelerin tutuklamayı kendince disipline etme uğraşları, tutuklamanın uygulamadan gelen disiplinsizliği, şımarıklığı, ele avuca sığmaz tutumunun başka cephe-den görünen biçimidir.

Yasamanın, kötü gidişatı önleme çabası, yasamanın uygulama karşısındaki aczinin bir başka türevi, idarenin didinen yasamayla inatlaşmasının diğer adıdır. Uygulamanın yasayla giriştiği bu didişmenin, güçler ayrılığı ilkesinin örtülü olarak uygulama tarafından çiğnenmesinin açık teyididir. Ölçüt ve ölçüler üzerinden meydana gelen

le ifade edilen yargılananların teşhis ve tanınmasına yarayan bilgi ile hatırı sayılır kadarını hükme ayırması, bakiye kısmın doyuruculuğu konusunda ciddi kuşku-lara neden olmaktadır. Kararın çok sayfalı olmasından ötürü arananın bulunama-olması erişim hakkı üzerinden gerekçe hakkına yönelik ciddi bir saldırı olarak telakki edilebilir.

bu meydan okumanın, kurumlar arası saygınlığı örseleyerek bertaraf edeceği, zamanın biriktirdiği bu stresin yarattığı anayasal buhranla sistemi çürüteceğini unutmamak gerekir.

Ciddi kırılma ve alinganlıklara neden pratiklerin, özgürlüklerle içten hesaplaştığını, kürsünün muhataplarıyla etik değerler üzerinden helalleştirdiğini varsaymak olanaksızdır. Gerekçe tutuklama ikilisinin insani değerlerden uzak bir ilişki yaşamaları, etik ilişkinin tutuklama mevzubahis olduğunda işini yapmadığını, onun endişe ve beklentilerine ilgisiz kaldığı, tutuklamanın da etik ilişkiyi takmayan bir hayat tarzında sebat ederek, etik ilişkinin güvencesindeki insan hakkını askıya aldığını görmek, benimsemek gerekir.

4. Teknolojinin Savurduğu Etik Sorumluluk:

Uyap sisteminin sağladığı avantaja yaslanan kürsü, tutanak muhteviyatını olduğu gibi gerekçeye taşıyarak, tutanağı gerekçeyle özdeşleştirir. Tutanak, gerekçenin rolünü üstlenir, işlevini içselleştirir. Dolayısıyla gerekçenin tipiklik için harcayacağı zamanı tüketir. Kuşkunun nasıl aşıldığını, iddia ve savunmanın hükme ne şekilde dönüştüğü gibi somut olayın özelliğinden neşet eden sayısız özel, özgün soruyu yanıtızsız bırakır.

Binlerce sayfadan oluşan kararlar³³ infaz anını beklerken bunca sayfa arasında gerekçeye ayrılan sahici payın ne olduğuna ilişkin soru varlığını her defasında inatla ve ısrarla muhafaza eder. Kes yapıştır usulü, sesin duruşma için taşıdığı önemi kavrayamadığı gibi görmezden gelir. Sabır taşına dönüşen yargılama, gerekçe ve hüküm, sesin, sözün, jest ve mimiğin sunduklarından nasibini, dilediğini bir türlü alamaz.

Teknolojik olanakları sömüren kürsünün, payı farklı, paydası aynı, benzer uyumsuzlukları aynı, örtüşen gerekçelerle temellendirilmesi, gerekçenin yaşadığı bir başka talihsizliktir.

5. Durağan Doktrin/ Gen Haritasından Yoksunluk:

Kürsü yüz yıllık gerekçe mücadelesi ve gelişmesini bir çok nedenin itki, çaba ve ittifakıyla kaçırdı. Argümantasyon teorilerinin temel-

³³ Balyoz davasında 1475, Hrant Dink Davasında 216, Şike Davasında 628, İmar Davasında ise gerekçeli karar 521 sayfaya ulaştı.

lendirme konusundaki kıran kırana ve soluksuz mücadelesini seyretti. Hukuki şekilcilik ve hukuki gerçekçiliğin yarışmasıyla vücuda gelen adalete erişim hakkını fark edemedi.

Avrupa'ya taşınan bu mücadele; gecesini gündüzüne kattı, boş durmadı yaptığı yerinde, isabetli ve ilerletici yorumlarla erişim hakkından hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkını vücuda getirdi. Damıtılarak oluşturulan bu hakların gerekçe ve temellendirme hakkının civar hak ve özgürlüklerle olan hısımlığını, ilişkisini ve paradigma-sından doğru bir yerde durarak analiz edilemedi. Buradan yargının, birey, toplum ve kamunun ihtiyacı olan bir teori, kuram ve deneyim oluşturulamadı.

Birbirini tekrarlayan gerekçe söylemi bir sanata dönüşemedi. Gerekçe üzerinden hak ve özgürlüklerin insan için taşıdığı değer kavranamadı, anlamlandırılmadı. Söylem orijinal olmaktan uzaklaşarak, sığlaştı giderek hiçleşti.

Alan çalışması yapılamadı. Gereksizlik kusur, motif ve modellerinden bir soyut sapma faktör seti oluşturamadı. Analiz yapılamadı, sapmalar teşhis edilemedi. Velhasıl temellendirme hata ve kusurlarının yarattığı etki ve sonuçlardan hareketle gerekçelendirme teşhisi yapılamadı, geliştirilen özelliklerden yola çıkılarak sapmalara isim konulamadı. Gereksizliğin anlamı ve onlardan kurtulmanın formülü, sırrı her nedense bulunamadı, keşf edilemedi.

Akademik çalışma ve eserlerin umumiyetle başını kuma gömmesi, ilginin bir kaç deneyim ve sesle sınırlanmış olması, argümantasyonun sığlaşmasının önemli bir nedenidir. Özellikle usul hukuku alanında emek mesai ve çaba gösteren eserlerin, sıra gerekçeye geldiğinde, kendisinden önce bu alanda çalışanları görmezden gelmeleri, ilgiyi akademik unvan, titirle sınırlamaları, araştırmayı tekelle çevrelemeleri ya da gerekçe konusunda kaynak tüketmekten ısrarla kaçınmaları izahtan varestedir.

Yargıtay'ın gerekçe konusundaki sınırlı ve sığ söylemine yapılan göndermelerle yetinen çalışmaların çokluğu, ardılların atıf kolaylığına sığınarak öncükileri, öncülleri yinelemeleri gerekçe bağlamı araştırmaları önlemekte, gerekçe üzerine söylenebilecekleri kaynağına gömmektedir. Sözün özü, akademik terbiyenin, saygınlığın usul ve esasların sömürülmesi, gerisinde aralarında gerekçenin de olduğu bir çok

konu, hak ve özgürlüğün geliştirdiği özelliklerin keşfini önlemekte yahut sınırlamaktadır.

Akademinin bu konuda üzerine düşeni dört ikilik yaptığını söylemek gerekçesizlik modellerini şımartmak, olanları kutsamak, merakları uyutmak demektir. Bilimin kiblesi meraktır. İlgisini, merakını ve sorularını unutan bir akademinin gerekçe konusunda genelleşerek derinleşmesi olanaksızdır. Gerekçe hakkının kurumsallaşması için yapılanlarla yapılacakların çokluğu sınırların ötesinde dışını tırnağına takan hukuki çalışmalarla sabittir.

Özellikle gelecek vaat eden mastır ve doktora tezlerinin buraya odaklanması, etrafını kolağan ederek yerel hukukun ihtiyacı olanı bulup ithal etmesi, başkası ile arasında oluşan kod farkının nedenlerini belirleyerek gidermesi gereksinimi aşan bir ihtiyaçtır. Dahası bu alanda oluşan çoraklığın, kuraklığın bir nebze olsun giderilmesi, etik ilişkinin buradan beslenerek yoluna sorunsuz devam edebilmesine eşsiz bir katkı sunar.

Müfredatın gerekçeye ilgisizliği, hukuk eğitimini gerekçe konusundaki küresel gelişmelerden yoksun bırakmakta, gerekçelendirme kültürüne dışarıdan gelecek katkıları önlemektedir. Müfredatın gerekçe konusundaki genel duyarsızlığından azade olması beklenmemelidir. O da herkes ve her kurum gibi olup bitenlerden etkilenerek, payına düşen duyarsızlıkla gerekçenin gömülmesine gereken katkıyı hiç kuşkusuz vermektedir. Gerekçe konusunu bir iki içtihatla sınırlayan, ufku büzen kitaplardan beslenen bir akademik müfredatın, bir kaç yıl sonra duruşma salonuna gidecek bir öğrenci için gelecek vaat ettiğinden, gerekçenin karmaşık ilişki, yaşam tarzı ve etik ilişkiyle münasebeti konusunda ahkam kestiğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Katkıdan mahrum bir kültürün yarına gerekçe adına bırakabileceği bir şeylerin olabileceğini söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Temellendirme birikiminden yoksun bir hukuk eğitiminin, bir kaç adım ötedeki pratiklerle birey, toplum ve diğerlerinin temel, baz ve dayanak ihtiyacını karşılaması hayaldir.

Akademi sıralarında gerekçesizliğin kürsü-meşru ilgili ve toplum arasındaki etik ilişkiye verdiği zararların tartışılmaması, hafife alınması gerekçe üzerine sistematik bir çalışma yapılmaması, ikna etmeyen

ve inandırmayan hükümlere davetiye çıkararak, toplumun hesapsızlığın yarattığı bir kaosa sürüklenmesi, kendisiyle kavgaya tutuşması, kurumlarla sürtüşmesi muhakkaktır.

İkna olmayan birey ve inanmayan toplum muhakkak surette bir alternatif uyumsuzluk modeline tevessül eder, ihtiyaçlarını meşru ve hukuki olmayan yöntemlerle giderir, kamusal araç, organ ve kurumları rol ve işlevsiz bırakır. Bu iddiası öç almayı önlemek, öfkeyi dindirmek kontrol etmek olan bir yargılama anlayışının sonunu hazırlamak, insanı öfke ve ilkel duygularıyla baş başa bırakmak demektir.

6. Bilirkişi ve Gerekçe/Paralel Yargı Yetkisi:

Adli politikanın uluslararası hukuk, pratik ve küresel adli proje ve siyasetle yaptığı işbirliğinin önemli ayak, hedeflerinden biri de candan bezdiren, pervasızlaşan, dur durak bilmeyen, hadleri zorlayan bilirkişilik kurumu ve onu ısrarla ve inatla yozlaştıran uygulamadır.

Takdiri delil olmaktan öte bir rol ve işlevi olmayan bu kurumun, malum nedenlerle paralel yargı yetkisini kullanır hale gelmesi³⁴ için vahametinin anlaşılması açısından önemlidir.

Arşivler, kontrolü ele geçiren bilirkişiliğin kürsüye tırmandığı, kimi raporlar üzerinden kürsü ve cübbeyi ele geçirdiği, yargılama yetkisini kullandıklarını göstermektedir. Gözcüler, yargı dostları tarafından kaleme alınan ve her fırsatta ekrana yansıtılan raporlar, işin tadının epey kaçtığını, tez elden bir şeyler yapılması gerektiğini göstermektedir.

Görev tanımındaki isabetsizlik, muğlaklık, tanımdan kaçınma belirsizlik gibi sayısız bir çok sebebin koalisyonu, gerisinde hükme ve gerekçeye elini kolunu sallayarak evrilen bir mütalaa bırakmaktadır. Herkesin gördüğünü, gerekçe bilirkişi mütalaa üçlüsünün yanlış kurulan, kurgulanan ilişkisinin yarattığı defolar üzerine bir iki kelam etmeyi amaç edinen bu çalışmanın saklaması olanaksızdır.

³⁴ Bilirkişilik kurumunun yarattığı yozlaşmadan yakasını kurtarmaya çalışan adli tercih ve politikanın uluslararası kurumlarla işbirliği yaparak, sistemi zora sokan ve yargıcın yansızlığını riske eden bu kurumla mücadeleye başladı. Uyum sürecini değerlendiren raporların bilirkişinin yargı yetkisini üleştiklerine ilişkin saptamaları, işin ciddiyeti açısından dikkate şayandır. Bilirkişi raporunun gerekçeye dönüşmesi, yetki bağlamı gerekçe defolarına kaynaklık etmesi bir başka vehamet bir başka boyutudur.

Gerekçeden yoksun, aşkın, yetersiz gerekçe ve yargı verileriyle yolunu ayırmış yanların tezleri üzerine yoğunlaşmış, işini gücünü bırakarak gözünü hükme diken, hüküm kurmaya meraklı, yargıca direktif veren, hak ve borçları ima eden, yargıçların dikkatsizliğini sömüren, yaptıklarıyla şaibeleri tetikleyen, işini yapmak yerine tarafları öven/yeren raporların yargılama, hüküm kurma ve kürsüyle özdeşleşme çabası vakıadır. Bunun yoksanması üstünün örtülmesi, yargı yetkisine göz diken ve etik ilişkiyi içten içe çürütmekten başka bir şeye hizmet etmediği, aşkın mütalaalarla hükmü kontrol eden raporlarla sabittir.

Bilirkişi mütalaasının delillerin kabul edilebilirliği, çelişmeli yargı ve eşitlik ilkesinin koyduğu ölçütleri aşmadan değere dönüşmesi, toplumun yargıya olan kredisini bilirkişi pratikleri üzerinden tüketmekte, kürsü salt bu nedenle inandırıcılığını, saygınlığını yitirmektedir.

Özellikle aralarında kimi akademisyenlerin de olduğu bir kitlenin usul hukukunun hukuki konularda bilirkişi görüşünü yasaklayan kadim söylem ve direktifini hiçe sayarak mütalaa vermekte ısrar etmeleri, usul kürsülerinin samimiyetini tartışılır kılmaktadır. Akademik kadroların onca yasağa rağmen bilirkişilik üzerinden gerekçe kültürüne verdiği zararın ebatları, bu iddianın yiyilir yutulur olmadığını gösterecektir.

Politikanın bu alanı tartışmaya açması, güçlü deneyim ve dizgelerle işbirliği yapması, işi bilenlerle bu soruna neşter vurması, çalışmalarını yoğunlaştırması iyi niyetli bir çabadır.

Her isteyenin elini kolunu sallayarak bilirkişiliğe soyunduğu bir sistemde, kalitenin dip yapacağı muhakkaktır. Dileğimiz bilirkişiliği tanınmaz hale getiren mantalitenin kürsüleri kısa sürede terk etmesi, uluslararası platformlar ve slaytlarda kendisini paralel yargı yetkisi olarak lanse eden ve oldukça incitici olan bu yozlaşmaya son verilmesidir.

7. Adlileşen Toplum/Zıvanadan Çıkan Uyuşmazlıklar/ Tetikleyen Gerekçesizlik:

Gerekçe hakkına saygı duyulmaması, yurttaşın savunma ve kanun yolunun etkin ve verimli kullanılması için gerekli çaba ve duyarlılığın gösterilmemesi, gerisinde gerekçe bağlamı yeni uyuşmazlıklar yara-

tır. Savunma hakkı ile gerekçeli karar alma hakkına aykırılıktan neşet eden uyuşmazlıkların genel uyuşmazlık nedenleri içindeki hissesini ölçen bir istatistik bulunmamakla birlikte, aktarma yargısına intikal eden dosya sayısının çokluğu, bu bağlamı ihlallerin debi ve miktarını belirlemek bakımından kayda değerdir.

Gerekçe, atideki idari işlemlerin oluşturulmasında, biçimlendirilmesinde etkin bir rol ve işleve sahiptir. Anılan özelliği onu idare hukuku alanında özgün bir yere taşımaktan başka gerekçesiz işlem, eylem ve kararların yarattığı uyuşmazlık potansiyeli, gözleri idari işlemleri konu edinen yargı deneyimlerinin gerekçesine ve gerekçe bağlamı davalara odaklar.

Bu tablo, uyuşmazlıkları dışarıda aramak yerine, gerekçesiz kararlarla vücuda getirilen uyuşmazlıkların yarattığı etki ve sonuçlara yönelmeyi gerektirir.

Biz işin yargıya intikal etmesinden sonra kusurlu muhakemeden neşet eden uyuşmazlıkların gözetilmemesinden ötürü, gerekçe- uyuşmazlık ve adlileşme üçgeninin yarattığı tablonun etraflıca tartışılmasını öneriyoruz.

Uyuşmazlıkları söz dinlemeyen, ihtilafları mayalayan kaynakları kurutmakta akim kalan kürsünün, neden olduğu gerekçe bağlamı iç kusurları tetikleyen bir sistemde, çığ gibi büyüyen davalara şampiyon adliyelerin yetişmesi, kürsünün huzur bulması, erişim hakkının beklentilerine arzulanığı yanıtı bulması olanaksızdır.

8. Değerler Haritasından Yoksunluk/Performansı Düşük Ağ:

Yargının, bir bütün olarak üzerinde eyleyeceği, gerekçe denetimine referans alacağı bir değerler haritası, temellendirme kusur rezervi veya referans külliyatından söz etmek olanaksızdır. Özellikle gerekçe denetimi ile sorumlu hatta klasik ödevlerinden biri mahkeme kararlarını gerekçe açısından denetlemek, disipline etmek olan üst dereceli mahkemelerin, bu ödevlerini ne denli yerine getirdikleri tartışmalıdır.

Bu zaaf, gerekçe denetimini gözden düşürmek, zayıflatmakla kalmaz, referans yokluğundan neşet eden rotasızlığın oluşturduğu savrulmalara neden olur. Akademiden yeteri desteği alamayan, kendisi de denetimin baz alması gereken ölçütleri bulmakta akim kalan dene-

tim aparatının, her geçen gün özellik geliştiren sapmalarla baş etmesi mümkün olmaz. Gerekçenin geliştirdiği niteliklerden habersiz, üstelik ölçütsüzlüğün yarattığı körlüğü hissedemeyen mekanizmasının, kendisini mütemadiyen geliştiren ve sistemin çatlaklarına yerleşen, derinliklerinde saklanan kusurları düşük bu performansıyla zapt etmesi, yakalayıp ayıklaması olanaksızdır.

Bir kaç özelliğin yarattığı ölçütün veya malum, maruf ve meşhur kusurları teşhisten öte bir performansı olmayanın, mükemmel bir iş çıkarması, ustalaşmış sapmalarla baş etmesi hayaldir.

Değerlerden uzaklaşma, kendisini daha çok kamusal motifli veya toplumun yazgısını derinden, doğrudan etkileyen politik, ekonomik karakterli davalarda gösterir. Değerlerle bağını kesen davaları sırtlayan gerekçelerin, kavramlarla kurduğu sıkı ilişki, geleneksele yatkın, insani olanla yolunu ayıran kusurlar şeklinde belirir.

Yanar döner kavramların yarattığı hareketlilik gerekçe denetimine yansyarak, yarını olmayan “değerlerle” birey, toplum ve kamunun temellendirme ihtiyacı karşılanır. İhtiyacın kırılğanlığı politik, ekonomik ve sosyal ilişkilerde güvensizliğe zirve yaptırır.

Özellikle parti kapatma, siyasi katılım, demokratik sistemin özünü ilgilendiren, yerel kamu düzenini yakından ilgilendiren davalarla, çocuk ve kadın hukuku ile dirsek teması kuran uyumsuzluklardaki sapmalar, gerekçenin sağlam bir zeminden yoksunluğuna işaret eder.

Belirsizliğin yarattığı endişelere neden olan yönsüzlük, köpük değer ve kavramlar üzerinden yargının yargılanan, toplum ve kamuyla kurduğu doğrudan, dolaylı ilişkinin etik açıdan sorunlu olduğu, her defasında yarattığı ciddi açmaz, kaos kararlara yönelen ciddi ve sürekli eleştirilerle sabittir.

9. İstisna Hukuku ve Gerekçe/ Çoğulla Kavgalı, Ötekiyle Sorunlu Temellendirme:

İstisna hukukunun tetiklediği kılıf, ideolojik ve sözde gerekçeler ötekileşen toplum kesitleri ile bireyleri bekleyen özgürlük, eşitlik ve kardeşlik paradigmasıyla öteden beri derdi, sorunu olan sabıkalı sapma biçimleridir. Hukuk dışı kaygıların yönettiği nedenlere yaslanarak oluşturulan bu sistem, ötekiler olarak nitelendirdiklerini, hak ve öz-

gürlüklerden yararlanmalarını yarattığı ayrıksılıkla önler veya hukuku istisnalaştırarak özgürlükleri askıya alır.

Hukuk, istisnai hükümlerle öteden beri içli dışlıdır. Hukuk doğası gereği farklı kişi ve olayların bu farklılıklarının yaratacağı hukuka aykırılığı ortada kaldırmak için değişik, farklı, özgü uygulamalar önerebilir. İyicil karakterli bu istisna, aynılaştırma ve benzeşmenin yaratacağı tehlikelerden hukuk ve bireyi uzak tutarken, habis huylu hukuk, ideolojik politik ve geleneksel kimi huylarının tetiklediği nedenleri arkasına alarak düşman addettiği kimseleri kavramlar üzerinden yarattığı kirli, içten hesaplı, kişiye münhasır hukukla yok etmeye özgülenir.

Yurttaşı düşman, eylemi de tehlike olarak kodlayan hukuk anlayışı yok etmek dahil, bireyi her türlü hak ve özgürlüklerden yoksun bırakmayı meşru ve sözde hukuk olarak addeder. Eylem ceza hukukunu çeşitli bahanelerle rafa kaldırarak, onun yerine çağcıl ceza hukuklarının asla itibar etmediği, yasak olarak mimlediği kişiye özel hukuku devreye alarak, hukuk üzerinden toplumu beridekilerle ötekiler makbul olanlarla sapanlar olarak kategorize eder. Gerekçe böyle bir tasnifin ustası, aracı ve meşrulaştırıcısı olarak sahneye çıkar, kişi ceza hukukunun kendisine biçtiği rol ve işlevi memnuniyetle, üstlenerek eksiksiz olarak icra eder.

Mevzuatımız öteden beri yarattığı istisna hukuku ile hak ve özgürlükleri kısıtlamayı ülke bütünlüğü, kamusal beklentiler kamu hizmeti gibi nedenlerle kılıflayarak, yargılama hukukunun herkese eşit olarak uygulanmasını önler. Bu kötü şanın son dönemde mülkiyet hakkı ve müsadere hukuku alanına yaptığı müdahalelerle adeta Terörle Mücadele Yasası'nın mülkiyetle mücadele versiyonunu oluşturur. Bu istisna hukukuna yönelen eleştiri ve itirazların ciddiye alınmadığının, hafife alındığının bir başka görünümüdür.

Gerekçenin, yerine, zaman ve kişisine göre durumdan vazife çıkardığından kuşku yoktur. Kimi zaman yasaları aşkın yorumlayan deneyimlerin arkasına aldığı politik, ideolojik gerekçelerle hukuka, özgürlüklere ve haklara dünyayı dar ettikleri, etik ilişki değerlerini hiçleştirdikleri, kişi etik değerleri örseleyerek bertaraf ettikleri herkesin malumudur.

İstisna hukukunun emrindeki gerekçenin insanın olanaklarını geliştirmeye, çoğaltmaya, kolaylaştırmaya özgülenenini kısıtlayarak özgülükçü çoğulcu yapıyı talan ve tahrip yöneltmeleri, onlarla gerekçe düzeni aracılığıyla esaslı bir mücadeleyi zorunlu kılar.

Gerekçe sabıkalı geçmişe, kötü bir üne sahiptir. Temellendirme kültürünü deforme eden ve içten içe çürüten bu uygulama biçiminin, kendine ayna tutarak yaptıklarını görmesi ve toparlanması zorunludur.

10. Hizmet İçi Eğitimin Gerekçeye İlgisizliği:

Hemen her konuya ilgi duyan eğitim programı, seminer ve konferansların sıra gerekçeye geldiğinde, onu teğet geçmeleri anlamlıdır. Varlığını yargıç etiğine, eğitimine borçlu Yargıç Akademisi'nin gerekçeye ilgisi, gerekçesizliğin yarattığı etki ve sonuçların vahametinden neşet eder.

Son dönemde sistematik olmasa da akademinin gerekçe hukukuna ilgi duyması, zamanının küçük de olsa bir kısmını ayırması, buraya yönelen eleştirileri nispeten karşılar.³⁵ Eğitimi müfredatının gerekçeye toplam zaman içinde yeterli payı ayırmaması, ayrılan payın bu konu üzerine yoğunlaşanlar tarafından yürütülmemesi, gerekçe eğitiminin sığlaşmasını, dar alanda kalarak çoraklaşmasına neden olabilir.

Her daim dillerden düşmeyen ve özellikle yargı kararlarının gerekçesizliğinden yakınan meşru ilgili, toplum, kamu ve siyasetin sesini yeterince duymayan eğitim planlamasının olup bitenlerden kendi payı nispetinde sorumlu olacağını unutmamak gerekir.

11. Yoksullaşan Dil/Dillendirilemeyen Gerekçe/İlişilen Hüküm:

Gerekçe düşünsel döngü, diyalogun yargısal versiyonudur. Yarışan düşüncelerin dile gelişidir gerekçe. Dikey ve yatay dilin giderek yoksullaşması, ortaya kendini anlatmakta güçlük çeken bir dil ve dile gelemeyen gerekçe bırakır.

³⁵ Eğitim plan ve programının her döneminin dört saatini gerekçeye ayırması isabetli bir yaklaşım olmakla beraber, bu programın henüz sistematik bir tabandan yoksun olması bu alanda daha çok çalışılmasını zorunlu kılar.

Gerekçenin ayağa kalkması, kendinden bekleneni verebilmesi onun sağlam bir dil ve anlam bilgisiyle, onu kavramsallaştırabilen zengin, yüksek bir dile gereksinim duyar. Etkin, verimli, saygın ve buyurgan olmak, hükmün arkasında durmak konuşabilme anlatabilme ve algılama yeteneğine sahip olmayı gerektirir.

Aktüel gerekçe; sözcük azlığı, cümle hataları, anlam bozukluğu, devrilen tümceleri, potansiyel kazalarıyla dil ve anlam özürsüzdür. Kütüphanelerin merdiven altına indiği, kitapların barınacak yer bulamadığı, kitaplıkların fakirleştiği adli mekanda dil kaynağını yitirir, damarlarındaki hayat çekilir, can çekişen dil kısırlaşır, çoraklaşır, sığılaşır yozlaşarak en nihayet düşünceye ihanet eder. Dumura uğrayan düşüncenin dünyayı etkisine alması, hükmün mütercimi olması, hukuku yurttaşla anlatması olanaksızdır.

Bu gün yaşanan da budur. Kendisini vargı/yargı olarak lanse eden hüküm, diyalektiğin vücuda getirdiği nesnel düşüncedir. Konuşma yeteneği olmayan düşünün, bu yazgıdan azade bir hayat sürmesi mümkün değildir. Gerekçe yarışan düşüncelerin bileşkesi olarak, tersine yoksullaşan bir konuşma diline sahiptir. Dil ve anlam bilgisinin inceliklerini kaçıran bu dil, etkisizleşerek güç olmaktan giderek uzaklaşmaktadır.

Dil kazalarına gebe bu konuşma; yarattığı anlam bozukluğu, algı hatası ve uygulama sorunlarıyla hükmün otör olmasını, ahkam kesesini engeller. Hataların onanması, yeni uyuşmazlık ve maliyet demektir. Dil bağlamı yeni uyuşmazlıklar, dava ile hüküm arasındaki süre ve mesafeyi açmakta, makul sürede yargılama ve usul ekonomisinin beklentisi seraba dönüşmektedir.

Böylelikle ilişilemez hüküm, aktarma yargısıyla tanışmadan tasahih, tazvih gibi kurumlar üzerinden bazen de sıra ve usul dışı yöntemlerle dokunulur hale gelmekte, hatta yaratılan kirlilikle hüküm gücünü ve saygınlığını yitirmekte, dil gerekçeye ihanet etmektedir.

12. Sabıkalı Geçmiş/ Sakınan Gelecek:

Gerekçe, iyicil olduğu kadar birey, toplum ve değerlere ihanetiyle de ünlüdür. Hukukun meşrulaştırıcı rol ve işlev üstlenen dinamiği, kendisini gerekçeler üzerinden gerçekleştirmeyi ihmal etmez.

Gerekçe malum özellikleriyle daima iki yüzlü olmayı, çehresini yer, zaman, kişi, iklime göre gizlemeyi, maskeleymeyi, hak ve özgürlükleri sömürmeyi, tahrip, talan etmeyi, koflaştırmayı başarmış bir pratiğin adıdır.

Toplum mühendisliğinin vazgeçilmez aracı gerekçe, hukuku istenene devşirmeyi bilen bir rol, misyon ve geçmişin sahibidir. Egemenlerin buyruklarını hukuka eviren, onlara mütemadiyen, diledikleri yer, zamanda istedikleri şekilde hizmet sunma kabiliyetine sahip, ağzı laf yapan gerekçe, değerleri arkasından vurarak kavramları kutsar.

Gerekçenin yaslandığı zemin ve referans habis huyların ayrıdır. İnsan hakları, etnik ve kültürel gereksinimlerin niteliği, onun hukuka mı, başka amaçlara mı hizmet ettiğini belirlemekle kalmaz, yargılama diyalektiğini etik açıdan teşhise yarayacak eşsiz doneler de sunar.

Gerekçeyle etik ilişki arasındaki yoğun ve derin bağın yazgısı, gerekçenin edindiği paradigma ve onu pratize şeklinin kaderidir aynı zamanda. Gerekçenin izi sürüldüğünde, etik ilişkinin izlediği strateji, akıl, dil kullandığı yöntem, araç, amaç, hedefle hak ve özgürlüklere yaklaşımını belirlemek olasıdır.

Özellikle anayasa yargısının ilgi alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde referans alınan kavramlara tutkuya varacak denli duyulan ilgi, onların dokunulmazlığı üzerine inşa edilen dava, hükümlerde, gerekçenin değer ve kavramlarla arasındaki krizi, her defasında kavramlardan yana çözmeye kalkışması, gerekçenin kavramların emrinde olduğuna karine oluşturur.

Gerekçenin kavramlarla, sanrı, korku ve endişelerle kurduğu derin ilişki, yerine ve zamanına göre değişmekle birlikte, her fırsatta uyanarak huyunu tekrarlayacağı, eski günlerini yad edeceği muhakkaktır. Gerekçenin güven telkin etmeyen, tazelemeyen huyu, inadı dururken, gerekçeye yönelik kötü şöhret ve yargının varlığını koruyacağı aşıkardır.

Gerekçenin habis ününü bırakabilmesi, güven tazeleyebilmesi konjoktürel huylarıyla vedalaşması, aktüel değerlerle barışması, toplumsal bireysel ve kamusal umarlarla barışık olanla çalışması, bu mahreçle oturup kalkması, içli dışlı olmasına bağlıdır.

13. Son İBK'nın Yönettiği Algı / Direnci Kırılan Gerekçe:

Gerekçe yakın zamanda deneyimlerin piri İBK aracılığıyla sistemi etkileme ve biçimlendirme imkanı yakalamakla birlikte, yakalanan fırsatın biçim ve öz açısından taşıdığı sorunlar, gerekçe düzeni adına filizlenen umut ve heyecanı boşa çıkardı.

Özellikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, kararın yerel kamu düzeniyle uyumunun sınanmasına katkı sunan gerekçelerin, tenfiz koşulu olmaktan çıkarılması³⁶, etik ilişkilerin üzerinde yükseldiği, yürüdüğü zemini gerekli gören anlayışı sükutu hayale uğrattı.

Bu kararlar eş zamanlı olarak yabancı bir hükmün gerekçesiz olsa da hukuk dizgesi ve pratiğine eklenerek etki ve sonuç doğurması mümkün oldu. Böylelikle, kararın savunma hakkı, çelişmeli yargı,

³⁶ YİBBGK 10.02.2012 T.,2010/1 E., 2012/1 K.; "Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağı..." RG.20.09.2012 T.28417 S. mevzubahis bu karar; normlar hiyerarsisinin tepeden tırnağa ödev addettiği gerekçelendirmeyi ve nedenlerine adeta meydan okuyan ve onu reddeden bir bakış açısına sahiptir. Gerekçe yerel ve Avrupa kamu düzeninin oluşturduğu haklar setine ima yoluyla kazandırılmış önemli bir araçtır. Yargıcın karar, eylem ve özneye girdiği etik ilişki üzerine çok sözü olan gerekçenin cılız gerekçelere dayanarak etik bir ödev olmaktan çıkarılması doğru olmamıştır. İçtihat bir bütün olarak gerekçe kamu düzeni ile işler hukuk düzeni arasındaki bağı doğru bir yerden okumayı denemediği gibi, gerekçe hakkı ile yükümlülüğü üzerine epey söz söyledikten sonra, gerekçeyi milletlerarası özel hukukun kaygısı olmaktan çıkarması bir iç çelişkidir. Bu çelişki gerekçe üzerine söylenenleri çatıştırarak deneyimi özünde içeriksiz kılmıştır. Öte yandan, gerekçeyi araştıran ve okuyan eserleri görmezden gelerek literatürün gerekçe bağlamı söyledikleriyle özel hukuk ilişkisini okumaya çalıştığı gibi, gerekçeli kararı sınırlı ve dar bir yerden algılayarak, gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararına istinaden kamu düzeninin yabancı bir ilamda aradıklarını nasıl bulacağını da izahtan varesinde tutmuştur. Bu gerekçenin aktüel içeriği görev ve tutumunu işlevselliğini hafife alan teğet bir bakış açısıdır. Savunma hakkı, açık hüküm, açık yargılama ve dolaysız gerekçe biçimleri ile gerekçe hakkı arasında doğru bir ilişki kurup bu hakkın gelişerek serpiildiğini görmeden gerekçenin gereksizliğine hükmetmesi, bağlayıcı bu içtihadın gücünü öz bakımından tartışmalı kılmıştır. Erga Omnes etkisi olan ve neredeyse yasama ile özdeşleşen bu etkinliğin etrafını yeterince taramaması, tabanın geniş tutmaması, gerekçe kültürünün henüz uç verdiği bir coğrafyada gerekçenin gelişme niyetine vurulmuş ciddi bir kettir. Oysa AİHS 'i yorumlayan Strasbourg Mahkeme'si çokça kararı ile gerekçenin kanun yolu ve savunma hakkının etkili ve verimli şekilde kullanılması için kesin ve kararlı bir tutum sergileyerek gerekçe hukukunun kurumsallaşması için ciddi bir çaba sarf etmektedir. Sözleşmeye bağlılığını ilan eden devletin yargı üzerinden bu düşünceyi tasfiye etmesi, etik ilişkinin gerekçesizlikler üzerinden ciddi bir darbe alarak değerlerle ilerlemesini önleyeceğine karine oluşturmaktadır.

eşitlik gibi güvenceleri çiğneyip çiğnemediği tartışılacak konu, sorun olmaktan çıktı. Gerekçe sayesinde kamu düzenine aykırı bir çok olgu, ortadan kaldırılan filtre, gevşeyen denetim, fire veren ölçütlerden ötürü sisteme sızma imkanı buldu.

Kamu düzeni eşiğinin düşürülmesi, ithal defoların gümrükleri rahatlıkla geçmesi, yabancı menşeli hukuksuzluğun mesele olmaktan çıkarılması demektir.

Bu deneyimin yarattığı acı dinmemişken, Yargıtay'ın davanın reddi halinde gerekçenin bağlayıcı olacağına ilişkin görüş ve deneyimlerin kırk yıllık egemenliğine son vermesi, gerekçenin bağlayıcılığı adına bir başka talihsizliktir. Yargıtay bu son deneyimi ile kendi içtihatlarını da egale ederek bu konudaki kararlılığını pekiştirir.³⁷

Burada gözetilmesi gereken, içtihadın yerel hukukun değere dönüştürdüğü savunma hakkıyla onun ilişkide olduğu bir çok güvenceyi hafife alan, kaygılarını hiçe sayan savunma sistemi ve mezhebi geniş mantalitesidir. Düz bir bakışın, bu inceliği yakalaması savunma, gerekçe ve insan olanakları arasındaki sıkı ve kadim bağı kavraması güçtür.

Gerekçe ve temellendirme üzerinden bir çok değer tasfiyesine neden olan bu yaklaşımın etik ilişkide gerekçe denetimi yapan bir kuruma aidiyeti, kürsüye verilen ya da kürsünün algıladığı ciddi bir mesajdır. Bu ileti, özetle gerekçenin bireysel, toplumsal ve kamusal bilgi edinme, adalete erişme, denetleme, aklanma, ibralaşma aracı olduğunu umumiyetle reddederek, onun rol ve işlevini azaltır.

Özetle, gerekçeli karar alma hakkını gerekçe metniyle sınırlar. Sığ bu bakış gerekçeyle akraba, onunla cari/rutin ilişkisi olan hak ve özgürlüklerin sayısız, talep, meram ve kaygısını teğet geçer, gerekçeyi yargılamanın üzerinde yürüdüğü değer, zemin olmaktan çıkarır.

Gerekçeye irtifa, mevzi, görüş kaybettiren içtihadın, gerekçenin bilgisi konusundaki mevcut rezervi, aktüel kaynakları tüketmemiş, öncülleri atlamış olması, gerekçe üzerine söylenenleri dışlaması, gözetilme değerini kuşkulu kılmaktadır. Dahası kendisini değerler üzerinden konuşlandırma, tanımlama ve betimlemeden ısrarla imtina

³⁷ Y.12.HD. 05.11.2012 T. 2012/14713 E., 2012/31471 K.

etmesi, onu başka olasılıkları göz ardı etmesine yol açarak gözetilme değerini epey azalttı.

Ülke, toplum çıkarlarını çokça ve yakından etkileyen bu söylemin, anılan noksanları, kendisini bilimden soyutlayan yanıyla etik ilişkiyi düzenlemesi, referans değer olması, yaşamları etkisine alması olanaksızdır.

VII-Sapma Modelleri/Kutsanan Kusurlar:

Gerekçeli karar alma hakkına aykırılığın yaygınlaşarak, derinlik kazanması, motif sayısında çeşitlilik yaratarak, habis motiflerde umulmadık bir varsılığa neden olmuştur. Gerekçesizlik modelleri üzerine çok şey bilen ve söyleyen *Fransız Motifleri* gözetildiğinde, yargının kullandığı gerekçesizlik modellerinin öncüllerine rahmet okuttuğunu ifade etmek olasıdır.

Gerekçe hakkına doğrudan ve dolaylı yoldan aykırılık teşkil eden, gerekçenin gerekçesiyle inatlaşan, kanun yoluyla savunma hakkını boşa çıkaran, tanımlanarak, teşhis edilmiş karakterlerin kırka yaklaşmış olması, çeşitliliğin ne zaman ve nerede duracağını belirsizliği bu cennahta işlerin iyi gitmediğini, ibralaşmanın sorunlu olmayı sürdürceğine delalet eder.

Ölçütsüzlükten neşet rotasızlık ve kayıplara yönelen ilgisizliğin vücuda getirdiği tablonun hesaplaşmayı red eden emsallerden oluştuğunu söylemek zorundayız. Gerekçe konusundaki içtihat çoraklığı, kendini, diğerini tekrarlayan öğretiyile deneyimlerin ittifakı, gerekçe kültürünün oluşmasını önlemekle yetinmedi, kötü örneklerle mücadeledeki zaafı sömürerek sistemi esir aldı.

Doğrudan gerekçesizliği; sıfır gerekçe, kılıf gerekçe, ratio decidendi, obiter dictum, kapalı gerekçe, yetersiz gerekçe, yollamalı gerekçe, içselleştirilmiş gerekçe, alıntılanmış gerekçe, çelişkili gerekçe, varsayım dayalı gerekçe, kuşku gerekçe, dayanaktan yoksun gerekçe, yetki aşımı suretiyle gerekçe, etkisiz gerekçe, gereksiz fazladan gerekçe, yerine geçebilen gerekçe, şablon gerekçe, şarta bağlı gerekçe, istemlerin yanıtsız bırakılması, tutanaklardan soyutluk, tekrarlanan gerekçe, meşru olmayan gerekçe, aleniyet kuralına aykırılık, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık, gerekçeli kararın geç yazılması, olağan yollarla

yapılmayan gerekçe bildirimini, tebligat kusurlarından neşet eden erişimsizlik, gerekçenin geç tebliği, karara ekonomik ve mali sebeplerle erişememe, gerekçeli kararda kanun yolunun etkinliğinin önlenmesi, dil ve anlam bilgisine aykırılık, hükme yasal olmayan yöntemlerle dokunma, toplu mahkemelerde muhalefet bağlamı kusurlar sistemi etkileyen gerekçesizlik modelleridir.

Bu denli çeşidi barındıran bir sistemin, savunma hakkı ile kanun yolunun etkin ve verimli olarak kullanılmasına olanak tanıdığı, yargı otoritelerinin nesnel ve öznel yansızlığını temin ettiği, takdir, kötü niyet ve rasyonelliğin sınanmasına fırsat verdiği, meşru beklentileri yanıtladığı, doğal adalet ve hakkaniyete uygun eyleme ödevini yerine getirdiği, kamuoyunun demokratik yargı sürecine gönülünce ve doyasıya katıldığı, hukuki güven ihtiyacının karşılandığı, kesin hükmün sınırlarını lokal ve likit hale getirdiği söylenemez.

VIII-Sapmalar ile etki ve sonuçları:

Hukukun eşit ve tarafsız uygulanmasına olanak tanınması, birey, toplum ve kamuyla sağladığı ibralaşma, bireyin malına, özgürlüğüne, yaşamına hükmetmesi gerekçeyi var eden, ayakta tutan sair edenlerdir.

Gerekçenin etik bir değer, etik ilişkiyi yöneten değerlerle ilişkisi ve bu ilişkinin yarattığı kirlilik defo ve kırılmalar, temellendirmeyi bireysel olmaktan çıkararak, toplum ve kamuyu ilgilendiren olana dönüştürmektedir.

Gerekçenin, erişim hakkı gibi insanın olanaklarını artırmaya dönük çehresi, çabalayan özü, buraya yönelen kalkışmanın evvela kürsüye yönelik kuşkuyu pekiştirir, kürsü ile yurttaş arasındaki güveni örseler. Hukukun herkese objektif, eşit ve adil uygulanmasına ilişkin değerler, efektif hale gelen gerekçe defolarla tahrip edilerek, değerlerin zayıflaması ve aşınmasıyla beliren istisna hukukunun sisteme nüfuz etmesi kolaylaşır.

Yargıya güven, yurttaş ve toplumu ikna eden ve inandıran gerekçelerle mümkün olur. Güven ve güvenceden ödün vermek olanaksızdır. Sudan, sıradan, aç bırakan, göze ve öze hitap etmeyen gerekçelerin toplum ve bireyi sürükleyeceği nihai nokta kaostur. Bu toplumsal cinnetle eşdeğer ve özdeş bir tutumdur.

Gerekçe kendisini lekeleyecek, gözden düşürecek, zehirleyecek verimsiz kılacak olanla arasına mesafe koyarak genetiğiyle oynanmasına izin vermez. Geçmişe özlem duymayı, politika ve ideolojiyle bütünleşmeyi, sırlarla içli dışlı olmayı, fetişlerin kavramları tahrip, talan etmesini yasaklar. Bunda direktmenin yaratacağı felaketin altını ısrarla çizmeyi ve nefesi yettiğince anlatmayı ihmal etmez.

Kürsünün etik ilişkisinin üzerinde yükseldiği bu temeli örselemekten, tahrip etmekten uzaklaşmalıdır. Hukuku eğip bükmeyi, sufle gerekçelerle eylemeyi, ideolojik, romantik nostalgik, politik gerekçelerle ilişkiyi aklı başında bir hükmün reddetmesi gerekir. Yargılama etik bir pozisyon almayı gerektirir. Dışarıyla bağını koparmaz ancak kendi gerçekliği içinde, kendine has dil ve söylemiyle gerçekle ilişki kurar. Bundan ötesine geçmeyi, gayri etik ve meşru bir eksene oturmayı, buradan yargılamayı reddeder.

Siyasetin kılıf gerekçelerle dizayn edilmesi, seçim hukukunun meşru siyaseti olmadık dayanaklarla ötekileştirmesi, sokağın sözde gerekçelerle siyasetin dışında bırakılması, memleketin yabancısı olmadığı, uygulamanın yabancısı olmadığı bir davranış modelidir. Hükmün toplumsal barışı zorlayan, siyasetin her türüne dünyayı dar eden, katılımı önleyen, bireysel barışa duyarsız, günlük kaygıdan uzak, heyecanla oturan zararlı kalkan, tahrik, tazyik eden, hakikatle çelişen gerekçelere uzak durması gerekir. Gerekçe, tarih yazmayı, dini sövmeyi, edebiyat yapmayı, etnik rüyaya yatmayı, biyografik aidiyetlere referans olmaktan kaçınılmalıdır.

Gerekçe günlük kaygıya hepten uzak kalmaz, kaygılara duyarlıdır ancak kaygıdan hareketle hükmünü zehirlemekten kaçınır.

Dil, din, ırk gibi öznel parametreler üzerinden olup biteni yönetmek, hukuk yapmak toplumu bu yolla kuşatmak, sözde hukukla toplumu iğfal etmek, miadı dolmuş ve tutunamayan zorba, totaliter, tekçi ve homojen tutkusu zirve yapan, kibirli, ötekileştiren, tahammülsüz gerekçenin işidir. Böyle bir gerekçe, yargının misyonuna, insani dert, kederlere ve çözümlere yabancısıdır. Kendi dünyasıyla bağını koparan bu gerekçe, değerlerle oturmaz etik ekseninden uzaklaşır. İnsani sorunlara duyarsızlaşır, kabul edilebilirliği zayıf yapı ve felsefesiyle biriken devasa sorunlara kalıcı bir çözüm bulmayı dert olmaktan çıkarır.

Gerekçe kullandığı dil malzeme, yaslandığı değer, öncüllerle gerçek ve doğrunun emrine girebileceği gibi, zehir saçan, kıskırtan, iğreti, nefret saçan diliyle kardeşi kardeşe kırdıran ve toplumu buhrana sürükleyen kazana da dönüşebilir. Gerekçenin büyüklüğü kendi sınırları ve gerçekliği içinde kalarak, gerçeği bulmak, inşa etmek, temellendirerek meşru ilgililerin yararına sunmaktır. Aksinde sebat, kişisel ve ilişki etiğinin sonu, değerlerin iflası, kavganın nedeni, toplumsal barışın hüsrani, gerekçenin manasını yitirmesi demektir.

Değerlerinden kopuk, insana soğuk bir yargı yarınısızdır. Yarınısız bir hükmün etkin verimli ve saygın olması, birey ve toplumu peşine takması seraptır.

IX- Gelinen nokta/Hüküm üzerine hüküm/Politik Mahcubiyet:

Konuşan rakamlar, devletin yargı alanında verdiği sözleri yerine getirmekten imtina ettiği veya getirmediğini göstermektedir. İhlal hükümleriyle ilk üç sırada olan aralarında düşünce özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının da bulunduğu bir çok güvencenin sistematik olarak ihlal edilmesi yargının kodlarına sadık, geleneklerine bağlı olduğunu gösterir.

Gerekçesizlikle özdeşleşen kusurların bilgisine erişememe, malumatsızlık gibi olguların gerekçesizliğin Strasburg'a taşınarak tartışılmasını engellemesi, erişim engellerinin gerekçesizlikle yaptığı ittifakın yaratacağı risklerin anlaşılması bakımından önemlidir.

Sınır ötesinde belirlenen ihlallerin önerilen usul ve süreçlerle giderilmesine olanak tanınmaktadır. Devletin bu usul ve süreçleri izleyerek oluşan hak ihlallerini ortadan kaldırma ve muhtemel ihlalleri önleme olanağı mevcuttur. Bu olanak, politik, ideolojik yahut konjüktürel kimi nedenlerle kullanılmaz/kullanılamaz. Mahkeme ilamı, yerel yasaların ilişilmez kıldığı istisnalar, gelenekler ve fobileri yüzünden uygulanamaz. Bu konudaki direncin hadleri zorladığı, kabul edilemez an, alanlarda sözleşme organları ile devlet arasında ciddi gerilimlere neden olduğu görülmektedir.

Onca yıldır bin bir emekle sisteme dahil olma arzu ve çabasının, insan hakları alanındaki ihlallerle riske edilmesini içselleştirmek mümkün değildir. Bu durum, kamusal çıkarların ertelenmesine neden

olmakta, dahası güvenlikle, özgürlükler arasındaki çekişme evhamlarla, kaygıların tahrik ettiği uygulamalarla giderek sertleşmektedir. Restleşmenin yarattığı etki ve sonuçlar, sınırların ötesinde mahcubiyete dönüşmekte memleket, insan hakları sorununu çözemeyenlerin ligine havale edilmektedir.

X- Sonuç:

Gereçlendirme etik olmaklığın versiyonudur. Etik olmaklık, yargılamayı kendine has sınırlarla çevreler, başka kaygı, dert ve önceliği bu alandan uzak tutar. Buraya yabancı olanın sızarak egemen olmasını yasaklar. Başka disiplin, olgu, eden ve gereksinimin buraya müdahalesini oluşturduğu felsefe söylem, duruş, dil, önlem ve çözüm önerisiyle önler.

Onlarla arasına aşılması olanaksız kalın ve yüksek duvarlar örür. Sokağın, siyasetin ve diğer parametrelerin kendi işine karışarak yargılama ve hükmün genetiğini bozmasına, rotasından sapmasına, başka amaçlara hizmet etmesine müsaade etmez.

Yargılama, bir bakıma etik ilişkinin formüle edilmiş halidir. Dolayısıyla ondan bağımsız eyleyemez edemez. Kendi doğası içinde, gerçeğin peşine düşme özel yöntem, araç ve bilgiye gereksinimi gerektirir. Etik değerler yargılama ilkelerine dönüştürdüğü meramıyla sevk ve idareyi kontrol ederek, atılacak her adımın etik değerler üzerinde ayaklanarak, amaçlananın hizmetinde olmasına özgülendir.

Sevk ve idare/yargılama, özü itibarıyla yanların yargısal davranış, eylemlerine değer biçme etkinliğidir. Bu tartmanın başarısı yargıyı, kendisine, sokağa, siyasete karşı ve kirli bilgiden korumaya bağlıdır. Bilgilenmek, gerçeğe ilişki kurmak, saflaşarak yarınlar kalabilmek etik değerlerin umarıdır.

Gereğe hukuku, kendisini tekrarlamaktan ötürü, etrafını ve ötesini göremedi, yanı başında arşa yükselen meseleleri kavrayamadı, yargıyı demokratikleştiremedi. Çoğulcu damarlarını kestiği, etik değerlerle yolunu ayırdığı için bunalıma girdi, debelenerek kendini tüketti.

Giderek büyüyen ve ebatlarını genişleterek bir çok yargılama hukuku sorun ve sendromuna neden olan bu buhranın aşılması bu nedenlerin ardalınının bilinmesi ve çözümlenmesine bağlıdır.

Önemlisi ve kadim olanı yargının bilgi kaynakları, yol ve yöntemleriyle yollarını ayırmasıdır. Bilgi kaynaklarının değiştiği, dönüştüğü, yenilenerek zenginleştiği sözün özü her yerden hukukun fışkırdığı bir çağı fark edemeyen yargı, kaygı ve korkularına teslim oldu, içine kapanarak bilgiden uzaklaştı. Hukukun genel ilkeleri, sınırların ötesindeki hukuk etik değerler kendini aşacak özellikler geliştirirken, yerel hukuk ve yargı tanıdık, bilindik huyları, kendinden menkul, makbul değerleri, bezdiren fobileri, güçle uyumlu ajandasıyla bilgiyi hafife aldı, yenilenmeyi ve yaşama bağlanmayı gereksiz gördü, birey için çalışmayı, özgürlükleri içtenlikle korumayı her defasında reddetti. Demokratik taleplerle, geliştirdiği kişi hukuku aracılığıyla üşenmeden kirli bir mücadeleye girişti. Herkesi, geliştirilmiş psikolojik, bilişsel olanaklarla olup bitenin meşruluğuna ve hukukiliğine inandırdı. Gerekçe, varını yokunu bu durumun meşrulaştırılmasına adadı, gücü tahkim etmeyi yegane görevi olarak benimsedi.

Hukukun doğru bilgisi, eleştirel bakış açısı ve karşılaştırmalı hukukla ilişkinin askıya alınmasını felsefi kökler, bilgiye duyarsızlıkla yaptığı işbirliği, gerisinde yargı, gerekçe ve hükmü besleyecek rezervi talan ve tahrip eden, tüketen bir tablo bırakmıştır. Felsefi birikim ve bilgiden yoksunluğun yarattığı kaymalar, sevk ve idari yaklaşım ve duruşta yozlaşmaya neden olmuş, bozulma devasa hukuki sorunlara, miadı geçmiş, deva olmaktan uzaklaşmış formüllerle insancıl ve kalıcı bir çözüm bulmakta akim kalmıştır.

Yargılama bekleneni veremedi, üstelik yaklaşımının anakronik risklerce sarıldığını da fark edemedi. Vücudu saran bu kusurlar kamusal ve bireysel saygınlık görececek bir hüküm inşa edemedi, hepsinden mühimi etik bir gerekçe anlayışı geliştiremedi.

Disiplinler arası diyalektiği, aklını el koyan kibrinden ötürü unutan, uluslararası deneyimin vücuda getirdiği bilgiyle şu veya bu nedenden dolayı kavgalı akademi ile hukuk eğitimi yeteri performansı sağlayamadı. Üst dereceli yargı yerlerinin gerekçe denetimi için ivedilikle gereksinim duyduğu malzeme, teori ve kuramı üretmedi, oluşturamadı, inşa edemedi. Akademiden eli boş dönen uygulama, bilgiyle beslenebilen bu destekle ayakta durabilen modeller için kabusa dönüştü.

Sonuçta ortaya yoksunluğun, bilgisizliğin yarattığı içeriksizlik, donanımsızlık, okuyamamaktan neşet eden dil, anlam bozuklukları, bu defektlerin düzeltilmesinden kaynaklanan aşkınlıklar ve erişim sorunlarının yarattığı sapmalara neden oldu.

Çağımız yargısı sorunlarını çoğulcu ve demokratik ilkeler üzerinde yükselen bir yargı perspektifiyle görmekte ve kavramaktadır. Toplumsal ve kamusal barışın kaideten duruşma salonunda inşa edileceğine inanan bu bakış açısı, kalıcı bir barışın inşasının insani olanakları baz alan bir demokratik modelle mümkün olacağına inanmaktadır.

Bu anlayış, duruşma salonlarının kapılarının olabildiğince açılarak, kamusal denetimin kendisinden başlaması muazzam için çaba harcamaktadır. Yargıcın öznel ve nesnel yansızlığı gibi demokratik rejimlerin vazgeçilmez addettikleri kurumların kurumsallaşması için bir çok araçla birlikte gerekçeyi keşfeden sistem, çoğulcu gerekçelendirme ortaklaşa hüküm anlayışının denetim versiyonunun için, hükümden etkilenen hemen herkesi kontrol ve denetim sofrasına çağırmaktadır.

Dahası hükmün tabanının, herkesi kapsayacak denli geniş tutulmasını sağlayarak, hükmün yarınlarmın barışını sağlayacak güce, hacme ve potansiyele erişmesini arzulamaktadır. Usul hukuklarını eviren, çeviren bu bakış, ırk, dil, din gibi öznel parametrelerin nesnel bir hükmün inşasından uzaklaşarak, hükmün yozlaştıran, konsantreyi bozan ve kuşkuları konsolide eden engelle karşılaşmadan kendi gerçeğini oluşturmasını istemektedir.

Herkesin karınca ve kararınca inşasına katkı sunduğu bir yargılama gerekçe ve hükmün, saygın bağlayıcı ve etkin olabilmesi için adalete erişim önündeki engellerin tereddütsüz sıfırlanması gerektiğini savunur, varını yoğunu bu idealini gerçekliği için sarf ve seferber eder. Demokratik, çoğulcu, heterojen, katılımcı bir temellendirme anlayışının toplumsal barışa katkı sunacağını ifade eder.

Böyle bir yargı, yargılamanın formüle ettiği temellendirmenin sağladığı kalıcı ve kitleleri kapsayan barışıyla adlileşmeyi önlüyor.

Günün temellendirme ve argümantasyon anlayışı, gerekçeyi sıradan bir metne indirgemekle bu büzülme, daralma ve sığlaşmanın dışarıda, ötede bıraktığı kişi, nesne ve sorunun yarattığı devasa uyumsuzluklara çağrı yapar. Usul hukuklarını zorlayan bu tarz yarattığı etik problemlerle yargılama-gerekçe ve hükmü aksından çıkarır.

Sır ve giz politikasının yargılama ve gerekçenin öncelikleriyle çelişmesi, savunma ve gerekçenin ihtiyacını karşılamaktan kaçınarak, gerekçe ve hükmün tek taraflı, istenilen, mevcutlarla veya beklentileri doğrultusunda biçimlenmesini sağlar. Savunma sırrının korunmasıyla oluşan boşluğu yenisi, alması ve sahici gereksinimiyle doldurulmasından neşet eden kayıplarını telafi edememesi, gerekçenin eşitlikçi, özgürlükçü ve çoğulcu, katılımcı yanını ihmal, bertaraf eden ciddi bir erişim engelidir.

En önemlisi dilin yargılama gerekçe ve hükme verdiği katkıyı aritmatik dışında tutar, hesaba katmaz. Korku, endişe, sanrı ve geleneklerine teslim olan adli politika, ana dili tüm çabalarına rağmen gerekçe ve hükmün öznesi, bileşeni ve kurucusu olmasına kota koyar. Örtülü bu yoksama, red ve yadsıma, hükme içtenlikle katkı sunacak ifadenin, duruşma salonuna girişini yasaklar. Bir şekilde salona alınan veya salona giren dili; sıkı önlem, katı, sığ, yavan uygulama ve yorumlarla canından bezdirir. Etkin ve verimli olmasını sınırlar. Önüne konulan bir çok engelle ana dilin yargılama diliyle çalışma arkadaşlığı yaparak, gerçeğin birlikte ve ortaklaşa çabayla bulunmasına tahammül edemez. Gerekçenin zenginleşmesine izin vermez, reddeder, kıskanır, önler, yoksar ve kısıtlar. Bu önlemler; kürsü ile yurttaş arasında olması gereken güven/etik ilişkii kökünden sarsar, bozar, alaşağı ederek çoğulcu damar ve demokratik yargı hayallerini buruşturur, kenara koyar.

Böylece yargı dili tekleşir, tekleşen ve tekelleşen dil yargıyı bağlamından koparır, başka mecraya savurur. Makas değişikliği hukuku, hukukun asla istemediği, sevmediği, bir arada olmayı düşünmediği totaliter ve zorba anlayışla işbirliği yapmaya icbar eder.

Demokratik denetime, çoğulcu yapılanmaya kapılarını kapayan yargı paradigması, büzülen, azalan, volümü düşen çoğulcu arterlerden gerekçe ve hükme taşınacak materyalden yoksun kalır. Nicel ve nitel bu yoksunluk, kendisini yetersiz, gayrimeşru ve hukuki olmayan gerekçeler şeklinde gösterir.

Yargının toplumla ibralaşması, helalleşmesi, güven telkin etmesi, kaybettiği güveni gözden geçirip derhal tazelemesi zorunludur. Güven, etik ilişkinin sonucudur. Toplum ve bireyle girilen ilişkinin aklanması, gerekçe sorumluluğunun zamanında ve gerektiği gibi yerine getirilmesine bağlıdır.

Kürsü, birey toplum ve diğerleri arasındaki ilişki iki parametreden beslenir. Bunlardan ilki yargıç etiğidir. Yargıcın etik değerleri, onun özgeçmişi, biyografisi, toplumsal köken ve politik düşünce ve zihniyeti gibi bir çok öznel ve nesnel parametre tarafından belirlenir.³⁸

Yargıcın kişiliği ile yargılamanın yazgısı arasında bağlantı vardır. Yargıcın biyografisi, yetiştiği mecra, konumu, toplumsal tabanı ile politik tercihlerinin yargılamaya aksetmesi olasıdır. Bu edenlerin bir fırsatını bulup, hükme ilişme ve onu biçimlendirmesi muhtemeldir. Bu ihtimal yargıcı bir tercihe zorlayabilir.

Etik ilişkinin, kişisel etik değerlerinin etkisine girmesi, hükmü öznel olanla zehirlenmesi, yansızlık bağlamı krizlerin vücuda gelmesi, güven bunalımının derinleşmesi demektir.

Bu tablonun etik ilişki değerlerine zarar vermesini önleme seçeneği neredeyse yok gibidir. Bu riskle baş etmenin yegane yolu, yargılamanın kendi parametrelerine sadık kalarak insan olanaklarını dram ve trajedisini sonlandıracak tercihte sebat etmesidir. Bu etik ilişkinin yargılama ve üçüncü gözden beklentisi, yegane arzudur. Gerekçe bu arzuyu formüle eden biricik araç, rol, işlev ve metnin adıdır.

İlişki etik değerleri ise yargılamaya yön ve biçim veren kadim insani ilkeler, hukukun doğru bilgisi, insan hak ve özgürlüklerini kalıcı kılacak olanlardır. Bu değerlerin tabiatı gereği çokça seçeneği yoktur. Bu değerlerin kişi değerleriyle ittifakı gerekçeye, toplum yararına çok şey söyleteceği gibi, ikincisinin etkisine giren gerekçenin yıkıcı, yakıcı ve kardeş kavgası yaratması da muhtemeldir. Kişisel değerlerin hadleri zorlaması, aşkınlığı, toplumu kaynayan kazana dönüştürecek bir gerekçe, dil, söyleme vücut verebilir. Bu gerekçenin habis amaçların aracı olarak tedavül görmesi, kötüye kullanılarak zıvanadan çıkarılması demektir.

³⁸ Yargıcın, bu özgürlüğünden yararlanabilmesi, dolayısıyla yargıçlık işlevini amacına uygun yerine getirebilmesi ise, onun kişi olarak etik özgürlüğüne ve bilimsel donatımı ile yeteneklerine bağlı görünüyor; doğru değerlendirmeler yapabilmesi; başka hak, değer, adalet v.b. gibi, işiyle doğrudan doğruya ilgili kavramların açık felsefi bilgisine sahip olmasına; ülkesinde ve başka ülkelerde yürürlükte olan yasalar ve yapılan değişiklikler, bu yasalara göre ve bu yasalara rağmen alınan kararlar ve gerekçeleri hakkında elden geldiğince çok bilgi sahibi olmasına, dolayısıyla farklı olanaklıkların bilgisine sahip olmasına v.b....Ioanna Kuçuradi; Etik, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1999,s.145-146

Bilgiye yaslanmak, demokratikleşmek ve etik davranmak, yargılamanın dertlerini çözmek bakımından zorunludur. Demokratikleşmek, yargının tabanını içine hükmün ihtiyacı ölçüsünde özne ve nesneyi katmak, onu toplumsalın denetimine açmaktır. Bilgiye erişmeden gerçeği açığa çıkarmak, peşinden koşmak olanaksızdır. Etik olmaklık, yargılama etkinliğinin öznel dünyasında kendine has parametrelerle döngüsünü gerçekleştirmek, hiç kimsenin hükmüne dönüştüğüne dünya alemi inandırmaktır. İkna etmek ve inandırmak güveni her yargılamanın hayali, umarıdır. Böyle bir yargılama onun etik olarak lanse edilen değerlerle var olduğuna, kendisinden bekleneni verdiği delalet eder.

Yanlıyla oturan bir yargılama ortaya girilmesi zor bir duruşma salonu, ideoloji ile biçimlenen bir hüküm, otoriter bir yargılama ve barışa hizmet etmeyen bir gerekçe özelliği yaratır.

Günümüz gerekçe anlayışı bu zaaflarından, habis huylarından ötürü sorunludur. Bu meseleyi aşacak çareler üzerinde kafa yormak, soruna sebep olanlara büyüteç tutmak ve onlarla sonuçlar üzerinden hesaplaşmak, çözüm geliştirmek için zorunludur. Bu bağlamda;

Bilgiye ilgisizlik, diyalektik ilişkiyi kısıtlar. Kaynakların kuruması, alternatif kaynaklara tevessül edilmemesi, görme açısını daraltır. Görüş mesafesini azaltır, durulan yerin seçimini güçleştirir, kör noktalar oluşturarak, gerekçelendirme kültürünün oluşumunu önler. Aşılama-yan engellerin oluşturduğu sapmaların olağanlaşması gerekçesizliği korumaya alır.

Hükmün hakimlerinin bu zincirdeki sorumlulukları devasadır. Özellikle, gerekçe denetimi ile görevli Yargıtay'ın, kendisine biçilen rolü yadsıması, işlevselliğini yitirmesi kürsü ve yanlarla girilen etik ilişkide derin ve onanmaz yaralar açmaktadır.

Gerekçe üzerine oluşturulmuş bir standardın yokluğu, gelişigüzel tanımlama, ölçütsüzlüğün neden olduğu sapmalar, etik ilişkiyi içten içe kemirmekte, zedelemekte, aşınan ve yozlaşan ilişkiyle yargı, ikna ediciliği ve inandırıcılığını yitirmektedir.

Yargılama, ihlal edilen hukuki değer veya korunmak istenen hukuki yarar, öznel hakla çeliştiği iddia edilen eylem veya kuşkunun aşılmasını hedefleyen etik ilişki, eylemlerin gerçek ve doğruluğunu araştıran bir değerlendirme etkinliğidir.

Yargılama yanların ilişkilerine müdahil olma, onların ilişkilerini referans değerler üzerinden aklama, belirleme veya mahkum etme etkinliğidir. Yargılama bu yönüyle hukukun korumaya aldığı değerlerle, yargılanan eylem, nesnenin uyum veya çelişkileriyle karşılıklı ilişkisini belirleme ve değerlendirmekten başkası değildir.

Bireyin yaşamına, özgürlüğüne ve malına hükmetmek, hiç kimseye nasip olmamış olağanüstü bir yetkidir ve bu şekildeki yetki, yargılayanın etik bir ilişki olduğunu anımsatması bakımından yeterlidir.

Hüküm değerlendirme, onu denetleyeceklerin sımayacakları değerdir. İnsan yaşamına bu denli müdahalede bulunan yargıcın, kendisini yargılama ve hüküm şeklinde gösteren eyleminin, temelden yoksun olması beklenemez. Yargıç eylem, işlem ve kararlarını almasına vesile olan, onu yargıya sevk eden sebep sonuç ilişkisini muhataplarına, öncül ve ardıllarına meşru, makul sebeplerle açıklamakla ödevlidir.

Yargıcın ilişkisi çok yönlüdür. Onu çok çehreli ve çokları etkileyen yanı, hükmün doğrudan ve dolaylı etki, sonuçlarıdır. Etki ve sonuçların oylum ve ebatı, etik ilişkinin özelliğini belirlerken, eylemi özellikli kılan ise yargılamayla ortaya çıkan ve kendisini yargı olarak ifade eden değerdir.

Yargılama kendisini bilgilenme, dikkate alma, değerlendirme, tartışma, temellendirme ve hüküm üzerinden yapılandırır. Yargılama; özü itibarıyla kendisini olumlu veya olumsuz kuşku olarak lanse eden davanın, tartışılarak gerçek ve doğruluğunun belirlenmesi etkinliğidir. Bu işin başarısı, yargıcın bilgilenmesi, bildiklerini sevk ve idare sürecine yansıtması, kuşkuyu aşarak hükme evirmesine bağlıdır.

Tipikliğin sınayan periyod, yargıcın etik açıdan en özgür olduğu alan, vicdanıyla bir başına kaldığı zamandır.

Bu özgürlüğün etkili ve verimli bir sonuç yaratması ya da yargıçlık rol ve işlevinin optimum düzeye çıkarılması ve amacın uygun olarak gerçekleştirilmesini gerektirir.

Beklentinin gerçekleşmesi onun bireysel donanımı, mesleki yeterliliğine, birikimine, durduğu yer, felsefi bilgi ve bakışına ve tüm bunları yargısına yansımaya bağlıdır.

Hukukun ayrıntısına vakıf olmayan, gelişmelerden haberi olmayan yargıcın, yargılamayı etkin, verimli şekilde sevk ve idare etmesi, özne, nesne ile yasa arasındaki ilişkiyi doğru ve gerçek bir şekilde kurması olanaksızdır.

Hukukun doğru bilgisine erişme; hukuktaki dip dalgaların yakalanmasına, olup bitenleri zamanında, doğru olarak kavranmasına ve oldukça zengin bir rezervin varlığına ihtiyaç duyar. Deneyimler ve onları vücuda getiren ard alan bu rezervi ayakta tutan kaynaklardır.

Bu olanakların dışlanması, öğrenme ile bağın zayıflaması kendisini hükme dönüştürecek başka olasılıkların varlığını bertaraf etmekle kalmaz, etik ilişkinin sınırlarını büzer. Hareket serbestisi ve özerkliği azalan yargıcın, yargılanan nesne ve özneye girdiği münasebetin doğru değerlendirilme ihtimalini kısıtlar.

Yargısal etik: pozitif hukukun öneri ve buyrukları doğrultusunda yargılanan nesne ve özne ile girilen ilişkidir.

Yargılama, tipiklik üzerine kafa yoran ve uygulanacak hukuku değerler üzerinden tayin eden, burada yoğunlaşan etik bir faaliyettir. Gerekçe, tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğini, uygulanan hukukun değerlerle uyumlu olup olmadığını meşru ilgililer, topluma ve kamuya anlatmayı hedefleyen bir ikna ve inandırma etkinliğidir.

Etik ilişkinin odağına oturan ve özünde ilişkiyi değerlendiren veya değerlendirmeye özdeşleşen gerekçenin anlaşılabilirliği, hayat hikayesi, yaşam tarzı, rolü, işlevi, izlediği güzergah, benimsedikleri, yoksadıkları ile ayakta kalması için başvurduğu teknikler hakkında asgari bilgi edinilmesini zorunlu kılar.

Gerekçenin genetik analizi yapılmadan, usul ve esasları hakkında yeterli bilgi temin edilmeden, kürsü ile yanlar arasındaki ilişkinin sevk ve idaresi mümkün olmaz. Bu bağlamda yargıcın etik ilişkiden neşet eden gerekçe sorumluluğunu yerine getirebilmesini önleyen yerleşmiş, kurumsallaşmış, sistematik, inatçı, ayak sürten engel ve kusurlar setinden söz etmek olanaklıdır. Bu engellerin kurumsallaşmayı sağlayan birden çok sebebin açık, örtülü ittifak ve koalisyonlarından neşet ettiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda;

Yasamanın gerekçe hukukunun kurumsallaşma arzusunun kanunlaştıracak organizasyondan yoksunluğu gerekçeye ilgisizliği tetik-

leyerek, gerekçe hukukunun biçimlenmesi, misyon ve rolünü gönlünce gerçekleştirmesini önlemektedir.

Akademinin, gerekçeye ilgisizliğinden vazgeçmesi ibralaşma kültürünün yarına taşınması, yargının yurttaş, toplum ve kamuyla ilişkisinin hangi değerler üzerinden yürüdüğünün belirlenerek aklanması için zorunludur. Hukuk eğitimi etrafını dönebilen, algaçları açık kendisini uyarlamaya elverişli bir gerekçe standardı inşa ederek, pratiğin bu kodlarla uyumunu denetlemeye olanak tanınmalıdır.

Yargılama ve hükmün ihtiyacı olan nedencelerin meşru ilgililerce doyuya karşılandığını söylenemez. Yanların desteğinden yoksun bir yargılama ve hükmün kendinden bekleneni vermesi güçleşmekte, özellikle kanun yolu ve savunma hakkı, yanların gerekçe ödevini zamanında ve gerektiği gibi yerine getirilmemesinden ötürü etkinliğini ve inandırıcılığını yitirmektedir.

Yargıtay ve diğerlerinin bu rollerini yerine getirecek bir bilgilenme sürecini hızla yaşayarak, üzerinde yürüyecekleri zemini belirlemeleri, burada durarak değerlendirme yapmaları zorunludur.

Kürsü ile ilişkilerini buradan sevk ve idare etmeli, yarattığı yeni ve esnek gerekçe anlayışı ile yüzünü daha ziyade insani olanaklara dönerek buradan, ardıklarını ve öncüllerini etkilemelidir. Deneyimlerin giderek bilimle yolunu ayıran gerekçe pratiğiyle klasik işlevini gerçekleştirmesi, değerler üzerinden hükmü denetlemesi, yargılamayı, hukuki tanı yargısını disipline etmesi ve ibralaşma kültürüne beklenen katkıyı sunması olanaksızdır.

Kürsü, yurttaşı meşru, makul, haklı, doğru, hukuki gerekçelerle ikna ederek, kendisini sevk ve idare, yargılama ve hüküm şeklinde karakterize eden eylem, işlem ve kararlarının görünen adalet ve aktüel hukuk anlayışı, kadim insani değerlerle uyumlu olduğunu kanıtlamalıdır.

Gerekçeleriyle yargılamanın demokratik denetimine olanak tanımalı, denetimi sağlayacak usul ve süreçlerin etkin ve verimli şekilde işlemesine imkan vererek, gerekçe hukukunun oluşumuna ilk elden ve doğrudan katkı sağlamalıdır.

Olgu yargıçlığı, yargılamanın bel kemiğidir. Gerekçe kültürü öncelikle ilk derece yargıçlığının oluşturduğu birikim ve ard alana yaslanmalı, buradaki tecrübeyi birincil kaynak ve kürsüyü de vatan olarak addetmelidir.

Sapmaların çokluğu ve çeşitliliği, kürsünün, birey toplum ve kamuyla gerekçe üzerinden yeterince konuşmadığı, empati kurmadığı ya da makul bir gerekçe diliyle hitap etmediğini göstermektedir.

Görünen adaletin kaygılarını hiçe sayan etik ilişkinin içeride ikna edici, dışarıda inandırıcı olması, adlileşmeyi önlemesi, toplumun aydınlanma isteğini karşılaması, yargının demokratikleşmesine katkı sunması, devletin derinliklerini görüntülemesi, toplum karşıtlarıyla mücadele etmesi, bireyin diğeriyle ibralaşmasını sağlaması, değerler üzerinden sağlıklı bir ilişki kurması, etik ilişki değerlerini koruması, kişisel etik değerlerle etik ilişki değerlerinin ittifakına imkan vermesi barış huzur ve güveni garanti etmesi olanaksızdır.

KAYNAKLAR

- Aristoteles. (2006). *Retorik*. İstanbul: YKY.
- Berk, S. K. (2011). *Türkiye’de Adalete Erişim*. İstanbul: Tesev.
- King, J. P. (2012) *Matematik SKanatı*, TÜBİTAK, Ankara
- Kramer, S. N. *Tarih Sümerle Başlar*. İstanbul: Kabalcı.
- Kuçuradi, İ. (1999). *Etik*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Nalbant, O. D.-A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. Ankara: Yargıtay Başkanlığı.
- Reid, K. (2000). *Adil Yargılanmanın Güvenceleri*. İstanbul: KHRP.
- Supiot, A. (2008). *Homo Juridicus*. Ankara: Dost Kitabevi.
- Şeker, H. (2010). *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe*. İstanbul: Beta.

GÜVENCE HESABI GUARANTEE ACCOUNT

Hüseyin ATEŞ

Trafik kazalarında zarar görenler, ellerinde olmayan bazı nedenlerle sigorta teminatından istifade edemez ve muhatap olarak sadece haksız fiil mimarıyla baş başa kalır. Mesela, kaza ve zarara yol açan aracın tespit edilememesi veya zorunlu sigortası yaptırılmaksızın trafiğe çıkarılması veyahut da aracın zorunlu sigortasını yapan sigortacının iflas etmesi gibi durumlarda, zarar gören sigorta teminatından yoksun kalacaktır. İşte bu gibi hallerde, zarar görenlere kol kanat vermek ve sigorta teminatı şemsiyesi altına almak maksadıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde “Güvence Hesabı” müessesesi oluşturulmuştur. Güvence Hesabına uygulamada eski tabiriyle Garanti Fonu denilmektedir.

Kamusal nitelikte ayrı bir tüzel kişiliği olan Güvence Hesabının (Hesabın) kanuni çerçevesi, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.14 ve 26.07.2007 tarihli Güvence Hesabı Yönetmeliği'nde çizilmiştir. 5684 sayılı SK m.14 f.1'e göre, bu Kanunun 13 üncü maddesi, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortaları ile bu Kanunla mülga 21/12/1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde ihdas edilmiş olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak kanunda belirtilen koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabı oluşturulur.

Güvence Hesabı eskiden olduğu gibi yalnızca zorunlu mali sorumluluk (trafik) sigortasını kapsamaz. Güvence Hesabı teminatı şemsiyesi altında olan sigorta türlerinin kapsamı genişletilmiş olup bunları sıralayacak olursak:

* Avukat, Antalya Barosu

- a. Zorunlu Mali Mesuliyet (Trafik) Sigortası,
- b. Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk (Taşıma) Sigortası,
- c. Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza (Zorunlu Koltuk) Sigortası,
- ç. Yeşil Kart Sigortasına ilişkin Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu ödemeleri,
- d. Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası,
- e. Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası,
- f. Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahiplerinin (KTK m: 104/2) ve yarış organizatörlerinin yaptıracığı sigortalar (105/3).

“Davacılar vekili, müvekkilinin murisinin içinde yolcu olarak bulunduğu otobüsün yapmış olduğu kaza nedeniyle vefat ettiğini, aracın zorunlu koltuk ferdi kaza sigortasının bulunmadığını, bu nedenle davalı fonun tazminattan sorumlu olduğunu ileri sürerek, 80.000 YTL’nin dava tarihinden işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, kazayı yapan aracın şehirlerarası düzenli yolcu taşımacılığı yapmaması nedeniyle zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası yapma zorunluluğunun bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, kazanın şehirlerarası yolcu taşıması sırasında meydana geldiği ve işletenin zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası yaptırmaması gerektiği halde bunun yapılmadığı, bu nedenle davalı Güvence Hesabı’nın sorumlu olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” (11. H.D. 09.03.2010 gün ve 2008/11820 E. 2010/2587 K.)

Güvence Hesabı, zarar görenlerin trafik kazası sonucunda uğra-

mış olduğu zararları, zorunlu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılar.

Güvence Hesabıyla, motorlu araç işletenin ve diğer zarar sorumlularının, zarar görene karşı sorumlukları ortadan kalkmamakta, Güvence Hesabıyla birlikte devam etmektedir.

A. GÜVENCE HESABINA BAŞVURULABİLECEK HALLER

Güvence Hesabına başvurulabilecek haller, kanun koyucu tarafından 5684 sayılı SK m.14 f.2 ve G.H.Yön. m.9/1'de belirtilmiştir. Buna göre,

a. Sigortalının Tespit Edilememesi:

Sigortalının (kazaya neden olan aracın) tespit edilememesi durumunda, Güvence Hesabının, yalnızca zarar görenlerin bedensel zararları (ölüm ve yaralanma) için sorumluluğu doğmakta olup, eşyaya ilişkin zararlardan sorumlu tutulamaz (5684 sayılı SK m.14 f.2/a ve G.H.Yön. m.9 f.1/a).

Birden çok motorlu aracın katıldığı trafik kazalarında, motorlu araçlardan (sigortalılardan) sadece birisinin tespit edilememesi halinde dahi zarar görenin zararına karşı müştereken ve müteselsilen sorumluluk gereğince Güvence Hesabının da sorumluluğu doğar.¹

b. Rizikonun Meydana Geldiği Tarihte Geçerli Olan Teminat Tutarları Dâhilinde Zorunlu Sorumluluk Sigortasının Yapıtılmamış Olması:

Zorunlu sorumluluk sigortası yaptırılmaksızın trafiğe katılan aracın neden olduğu kazada zarar görenler, uğramış oldukları bedeni zararların tazminini Güvence Hesabından talep edebilir (5684 sayılı SK m.14 f.2/b ve G.H.Yön. m.9 f.1/b) .

Birden çok motorlu aracın katıldığı trafik kazalarında, motorlu araçlardan sadece birisinin zorunlu sorumluluk sigortasının bulunmaması halinde dahi zarara uğrayan kimse doğrudan doğruya Güvence Hesabına müracaat edebilir.

¹ Çelik, sh.466; Arkan, sh.286; Ulaş, sh.1125; Nomer, sh.14; Yılmaz, sh.2264.

Aracının sigortasını yaptırmamış bulunan işletenin ve diğer zarar sorumlularının zarar görene karşı sorumluluğu Güvence Hesabı ile birlikte devam eder.

Zarar görenin, öncelikle işleteni ve diğer zarar sorumlularını takip etmesi gerekmeyp, doğrudan doğruya Güvence Hesabına başvurarak zararının karşılanmasını isteyebilir.²

Başlangıçta sigortalı olup da sonradan sigorta poliçesi feshedilen veya zorunlu sorumluluk sigortası poliçe süresi sona erip de yenilenmeyen araçlar hakkında da bu hükmün uygulanması gerekir.³

“2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Güvence Hesabı Yönetmeliğinin 9/b maddesi gereği; rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararların tazmini için Güvence Hesabına müracaat edilebilir. Araç hasarları güvence hesabından talep edilebilecek zararlardan olmamasına rağmen hükmedilen araç hasar bedelinden davalı Güvence Hesabın sorumlu tutulması isabetli değildir.” (17. H.D. 25.10.2011 gün ve 2010/10618 E. 2011/9772 K.)

c. Zorunlu Sigorta Teminat Limitleri İle Sigorta Poliçesinde Belirtilen Teminat Arasında Fark Olması:

5684 sayılı SK m.14 f.2’de bir düzenleme yer almamasına karşın, G.H.Yön. m.9 f.1/c uyarınca, sigorta süresi zarfında ilgili Bakanlıkça Tarife’de değişikliğe gidilerek zorunlu sorumluluk sigorta limitinin yükseltilmesi halinde, sigortalının yükseltilen limit için zeyilname (ek poliçe) yaptırmamış ve ek prim ödememiş olması durumunda, trafik kazası mağdurunun uğramış olduğu bedeni zararlar Güvence Hesabı teminatı şemsiyesi altındadır. Burada, Güvence Hesabının yükümlülüğü tüm sigorta limit miktarı üzerinden değil, zorunlu sigorta teminat limitleri ile sigorta poliçesinde belirtilen teminat arasındaki fark miktarı kadardır.

“2-Ancak, dava, davalı tarafından Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası teminatı verilmiş aracın davacının içinde yolcu olarak bulunduğu

² Arkan, sh.287; Nomer, sh.17.

³ Arkan, sh.287.

araca çarparak davacının sakat kalmasına sebebiyet verilmesi nedeniyle tazminat istemine ilişkin olup, taraflar arasındaki uyuşmazlıklardan biri de, sigortalının daha sonra trafik sigortası sorumluluk limitinin artması nedeniyle zeyilname düzenlettirilip ek prim dahi ödenmemesi karşısında, davalının artan bu limit dahilinde tazminattan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususundadır. Zeyilname düzenlenmese dahi Zorunlu Trafik Sigortacısı'nın artan limitler dahilinde sorumlu tutulması gerektiği Dairemizce istikrarlı bir şekilde benimsenmekteydi. Ancak, 03 Mayıs 1997 gün ve 22978 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Karayolları Trafik Garanti Fonu Yönetmeliği'nin 8/c maddesi ile, "Müsteşarlıkça asgari teminat tutarlarının arttırılmasına rağmen, zeyilname düzenlenmeyip eksik teminatlı kalan motorlu araçların kişilere vereceği zararların Fon'dan karşılanacağı" şeklinde düzenleme getirilmiş olup, artık, bu şekildeki düzenleme karşısında, cismani zararlara ilişkin olarak zeyilname düzenlenmeyen artan sorumluluk limitleriyle Zorunlu Trafik Sigortacısı'nın sorumlu tutulması mümkün değildir. Somut olayda da, dava konusu tazminat cismani zararla ilgili olup, davalı sigortacı düzenlediği poliçede verilen teminatların üstünde bir limitle sorumlu tutulamaz. Aradaki fark Fon'dan talep edilebilir." (11. H.D. 11.10.2001 gün ve 2001/6894-7611 E. K.)

d. Sigorta Şirketinin Malî Bünye Zaafiyeti Nedeniyle Sürekli Olarak Bütün Branşlarda Ruhsatlarının İptal Edilmesi veya İflası:

Zorunlu sorumluluk sigortacısının malî bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi veya iflası halinde, trafik kazasında zarar görenler, diğer hallerden farklı olarak burada, hem bedeni hem de eşyaya (araç ve diğer eşya hasarları) ilişkin zararlarının karşılanmasını Güvence Hesabından isteyebilir (5684 sayılı SK m.14 f.2/c ve G.H.Yön. m.9 f.1/ç). Zorunlu sorumluluk sigortacısının kazadan önce veya sonra (zamanaşımı süresi içinde) iflas etmiş olması arasında fark yoktur.⁴

Zorunlu sorumluluk sigortacısının konkordato ilan etmesi halinde, sigorta güvencesinden yararlanamayan zarar görenler, Güvence Hesabı teminatından istifade edebilmelidir.⁵

⁴ Çelik, sh.467.

⁵ Nomer, sh.23.

Birden fazla motorlu aracın katıldığı trafik kazalarında, kazaya katılan araçlardan birinin sigortacısının iflas etmiş olması halinde dahi zarar gören Güvence Hesabına başvurabilir. Ayrıca zarar gören evvela işleteni veya sigortacıyı takip etmeksizin doğrudan doğruya Güvence Hesabına başvurabilir.⁶

e. Çalınmış veya Gasp Edilmiş Bir Aracın Karıştığı Kazada, KTK Uyarınca İşletenin Sorumlu Tutulamaması:

Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın katıldığı kazada, KTK uyarınca işletenin sorumluluktan sıyrıldığı durumlarda, zorunlu sorumluluk sigortacısı da zarardan sorumlu tutulamaz. Sigorta güvencesinden böylelikle yoksun kalan zarar görenler, ekonomik yönden zayıf olan hırsız ve gasıpla baş başa kalır. Ancak bedeni zararlarının tazmini için Güvence Hesabına başvurabilirler (5684 sayılı SK m.14 f.2/ç ve G.H.Yön. m.9 f.1/d). Zarar gören, evvela hırsız veya gasıbı takip etmeksizin doğrudan doğruya Güvence Hesabına müracaat edebilir.

f. Yeşil Kart Sigortası Uygulamaları İçin Faaliyet Gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca Yapılacak Ödemeler:

Yeşil Kart Sigortası (Green Card) kapsamında Türkiye sınırları içinde meydana gelen zararlardan dolayı Motorlu Taşıt Bürosunca tekemmül ettirilen hasar dosyalarının tazminat ödemesi için Büro tarafından da Güvence Hesabına başvurulabilir (5684 sayılı SK m.14 f.2/d ve G.H.Yön m.9 f.2).

B. GÜVENCE HESABINA BAŞVURULAMAYACAK HALLER

Güvence Hesabına hangi hallerde başvurulamayacağına ilişkin ne yeni 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda ne de Güvence Hesabı Yönetmeliği'nde herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Yürürlükten kaldırılan Karayolları Trafik Garanti Fonu Yönetmeliği'nin 14. maddesindeki düzenlemeden istikamet bularak;

- a. Motorsuz araçların neden olduğu zararlar,
- b. İşletilme halinde olmayan motorlu araçların neden olduğu zararlar,
- c. Manevi zararlar,

⁶ Arkan, sh.287.

- d. G. H. Yön. m:9/1-ç dışında kalan durumlarda eşyaya ilişkin zararlar,
- e. İşletenin (kendisinin) uğradığı bedeni ve eşyaya ilişkin zararlar,
- f. İşletenin, eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği tazminat talepleri,
- g. Motorlu aracı çalan veya gasp edenler ile bu kimselere yardım edenler veya aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilerek bu araca binen yolcuların uğramış olduğu zararların Hesabın teminat şemsiyesi kapsamı dışında kaldığını ifade edebiliriz.

C. GÜVENCE HESABINA BAŞVURU

Güvence Hesabının sorumluluğunun doğduğu hallerden birisinin gerçekleşmesi durumunda hak sahiplerinin (Üçüncü kişiler, sürücü ve diğer yardımcı kişiler, işletenin yakınları (mal zararları hariç) vs.), söz konusu zorunlu sorumluluk sigortasının tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde yazılı olarak Güvence Hesabına başvurması gerekir. Başvuru dilekçesine hangi belgelerin ekleneceği Hesabın internet sitesinde yayınlanır (G.H.Yön. m.15 f.1). Hesabın internet sitesinde yer alan duyuruya göre;

“Başvuru Şekli ve Süresi :

Güvence Hesabı ile ilgili talepler için; söz konusu sigortanın tabii olduğu zamanaşımı süresi içinde yazılı olarak Hesaba başvurulmalıdır.

Başvuru Sırasında İstenen Belgeler :

Hak sahiplerinin başvuru dilekçeleri ve aşağıda belirtilen belgelerle Güvence Hesabı'na başvurmaları gerekmektedir.

I. Ölüm Halinde Gereken Belgeler :

- a. Kaza tespit tutanağı resmi tasdikli sureti,
- b. Olayın mahkemeye intikal etmesi halinde mahkeme kararı,
- c. Ölüm Raporu,
- d. Ölenin mesleği ile gelir durumunu ve desteklik ilişkisini gösterir belge,

- e. Hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumlarından gelir bağlanmış ise, bağlama kararı ile bağlanan gelirin peşin değerini gösteren belge,
- f. Aile nüfus kaydı aslı ve veraset ilamı,
- g. Kaza ile illiyeti gösteren diğer belgeler.

II. Sakatlanma Halinde Gereken Belgeler :

- a. Kaza tespit tutanağı resmi tasdikli sureti,
- b. Hastane raporu aslı veya resmi tasdikli sureti,
- c. Maluliyet oranını gösterir hastane raporu aslı veya resmi tasdikli sureti,
- d. Olayın mahkemeye intikal etmesi halinde mahkeme kararı,
- e. Kaza ile illiyeti gösteren diğer belgeler.

III. Sigortacılık Kanunu'nun 14.(c) maddesi uyarınca bedensel zararlar dışındaki maddi zararlar için Belgeler :

- a. Poliçe sureti,
- b. Kaza tespit tutanağı resmi tasdikli sureti,
- c. Ekspert Raporu,
- d. Varsa mahkeme kararı sureti,
- e. Hasar bedeli sigortalı tarafından ödenmiş ise ödeme ile ilgili belgelerin suretleri,
- f. Kaza ile illiyeti gösteren diğer belgeler.

NOT: Söz konusu Sigorta Şirketlerinde daha önce hasar dosyası açılmış ise bu dosyadaki belge veya bilgiler geçerli olacaktır.

Ödemeler :

Hesap yönetimince, gerekli incelemeler yapıldıktan sonra, tazminat miktarında ve hak sahiplerinde tereddüt bulunmadığı takdirde belirlenen miktar, hak sahiplerine ilgili banka aracılığı ile ödenir.

Güvence Hesabı'nın sorumluluğu; rizikonun gerçekleştiği tarihte geçerli zorunlu sigorta poliçesinin teminat limitleri ile sınırlıdır.⁷

⁷ www.guvencehesabi.org.tr. Ziyaret tarihi:01.07.2012

D. GÜVENCE HESABI TARAFINDAN ÖDEMENİN YAPILMASI

Hak sahiplerinin başvuru dilekçesi ve ekli aranılan belgelerle Güvence Hesabına müracaat etmeleri üzerine Güvence Hesabı tarafından gerekli inceleme yapıldıktan sonra, tazminat miktarında ve hak sahiplerinde tereddüt bulunmadığı takdirde belirlenen miktar, hak sahiplerine ödenir (G.H. Yön. m.14 f.1).

Güvence Hesabının zarar görenlerin uğramış oldukları zararlara karşı sorumluluğu; trafik kazasının meydana geldiği tarihte geçerli zorunlu sorumluluk sigorta poliçesinin teminat limitleri ile sınırlıdır. Bu teminat tutarlarını aşan zararlar için, diğer zarar sorumlularının sorumluluklarına gitmekten başka çare yoktur (G.H. Yön. m.17 f.1). Ancak KTK m.8 f.b uyarınca, "...Üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları, acil olarak kendilerine getirilen trafik kazası geçirmiş kişilere, Sağlık Bakanlığı tarifelerini uygulamak suretiyle, vermiş oldukları hizmetlerin bedelinin tamamını yükümlü sigorta şirketlerinden tahsil ederler.

...

...Sigorta şirketleri, zorunlu mali sorumluluk sigortası geçerli teminat limitleri ve şartları dahilinde ödemekle yükümlü buldukları tutarı aşan kısmı için Garanti Fonuna başvurur ..."

G.H. Yön. m.18 f.1 hükmü uyarınca, aynı trafik kazasında birden fazla zarar görenin bulunması halinde, bu kimselerin uğramış olduğu toplam zarar, söz konusu zorunlu sorumluluk sigorta azami limitinden fazla ise; zarar görenlerin her birinin Hesaba karşı yöneltebileceği tazminat talebi, garameten paylaşım kuralı (orantı - eşit paylaşım kuralı; sigorta limiti/tazminat alacakları toplamı) uygulanarak indirime tabi tutulur. Bakiye tazminat alacaklarına ilişkin diğer zarar sorumlularının sorumluluğu devam eder. Adı geçen maddenin 2. fıkrasına göre ise, "Başka tazminat taleplerinin bulunduğunu bilmeksizin zarar görenlerden birine veya birkaçına kendilerine düşecek olandan daha fazla ödemede bulunan Hesap, yaptığı ödeme çerçevesinde diğer zarar görenlere karşı da borcundan kurtulmuş sayılır."

G.H. Yön. m.15 f.2'ye uyarınca, Güvence Hesabı tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda tamamen veya kısmen reddedilen başvurular, ilgililere yazı ile bildirilir.

Hak sahibinin, gerekli belgelerle usulüne uygun şekilde Hesaba başvuruda bulunmasına karşın tazminat ödemesi yapılmazsa, Güvence Hesabının başvuru gününde temerrüde düştüğü kabul edilir ve Hesap aleyhine yöneltilecek tazminat davasında bu tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülür. Hak sahibinin, Güvence Hesabına eksik belgelerle prosedüre aykırı şekilde başvuruda bulunması veya hiç başvuruda bulunmaksızın doğrudan doğruya dava açması (veya takibe girişmesi) halinde, Hesabın, dava (takip) tarihinde temerrüde düştüğü kabul edilir ve temerrüt faizi dava (takip) tarihinden itibaren işlemeye başlar. Yargıtay' da bu konuda izah ettiğimiz şekilde hareket etmektedir.⁸

"2 - Dava dilekçesinde davacıların çocuğu küçük M.U.'a çarpan araç tespit edilemediğinden dava Güvence Hesabına yöneltilmiştir.

Mahkemece, Güvence Hesabı olay tarihinden işleyecek yasal faizle sorumlu tutulmuştur. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 5684 sayılı yasanın 14 üncü maddesi ve Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin 14 ve 15 inci maddesi gereğince, gerekli belgelerle birlikte güvence hesabına başvuru yapıldıktan sonra temerrüde düşeceğinden davalı Güvence Hesabı yönünden sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü ancak bu tarihte, böyle bir başvuru olmadığı takdirde ise dava tarihinde doğmaktadır.

O halde, davacılar tarafından dava açılmadan önce güvence hesabına gerekli belgelerle birlikte başvuru yapıp yapılmadığı araştırılarak, sonucuna göre davalı yönünden temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde olay tarihinden faizden sorumlu tutulması isabetli değildir." (17. H.D. 08.03.2011 gün ve 2010/4361 E. 2011/2017 K.)

"4- Zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan aracın kamyonet oluşu dikkate alınarak davalı güvence hesabı yönünden avans faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde yasal faize hükmedilmesi isabetli değildir." (17. H.D. 28.10.2010 gün ve 2010/96-9013 E.K.)

E. HAK SAHİPLERİNİN GÜVENCE HESABI ALEYHİNE DAVA AÇMALARI

Hak sahipleri, zararlarının tazminine yönelik başvurularının herhangi bir nedenle Güvence Hesabı tarafından kısmen veya tamamen reddedilmesi üzerine doğrudan Güvence Hesabı aleyhine dava açabilir.

⁸ Yılmaz, sh.2677.

Hak sahiplerinin, Güvence Hesabı aleyhine dava yöneltebilmeleri için, kanunda aksine bir düzenleme yer almadığından öncelikle Hesaba başvurma zorunlulukları yoktur. Bunun gibi öncelikle diğer zarar sorumlularını takip etmeleri aranmaksızın da doğrudan doğruya Hesap aleyhine dava açabilirler.⁹

Güvence Hesabı aleyhine yöneltilecek davalarda Hesap, G.H. Yön. m.4/1 uyarınca kamusal nitelikte ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan doğrudan hasım olarak gösterilecektir.

Güvence Hesabı, zorunlu sorumluluk sigortacısı gibi KTK m.86 f.1 ve f.2'de kanun koyucunun bahsettiği sorumluluğun kaldırılması ve azaltılması imkânlarından istifade edebilir.¹⁰

F. HAK SAHİPLERİNİN DİĞER ZARAR SORUMLULARI ALEYHİNE DAVA AÇMALARI

Hak sahipleri karşısında, trafik kazası sonucunda meydana gelen zararlardan, Güvence Hesabı ile diğer zarar sorumluları (işleten, teşebbüs sahibi, sürücü ve diğer yardımcı kimseler vs.) müştereken ve müteselsilen sorumludur (BK m.51). Yani Güvence Hesabının sorumluluğunun doğmasıyla diğer zarar sorumlularının sorumlulukları ortadan kalkmaz Hesapla birlikte devam eder.

Hesaptan talepte bulunan hak sahipleri, zarar sorumlusuna karşı açtıkları davaları Hesaba bildirmek zorundadır. Hesap açılan davaların mahiyetine göre, yapacağı ödemeleri durdurabilir veya açılan davalara müdahil olarak katılabilir (G.H. Yön. m.19 f.1).

Hak sahipleri, sorumlulardan uğradıkları zararları tamamen veya kısmen tazmin etmeleri halinde, Hesaptan yapılan ödemeler nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye yol açan tutarı beş iş günü içinde Hesaba iade etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, bu durumu öğrenen Hesap, haksız kazanca yol açan ödemelerin gecikme faizi ile birlikte geri alınması için gereken yasal işlemleri başlatır (G.H. Yön. m.20 f.1). Burada, zorunlu sorumluluk sigortası teminatı kapsamında dışı kalan zararların tahsili sebepsiz zenginleşmeye yol açamaz.

⁹ Nomer, sh.85.

¹⁰ Ulaş, sh.1138; Nomer, sh.84; Yılmaz, sh.2681; Gökcan&Kaymaz, sh.318.

Hak sahiplerine ödemede bulunan kasko, ferdi kaza, hastalık sigortası yapan ve Hesaptan bu Yönetmelik uyarınca tahsilât yapan sigorta şirketleri riziko tarihi itibariyle geçerli sigorta teminat limitleri dâhilinde sorumlulardan mükerrer tahsilât yapamazlar (G.H. Yön. m.20 f.2). Aksi durumda, ilgili mevzuatta öngörülen adli veya idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla, Hesaptan tahsil ettikleri tutarı tahsil tarihinden itibaren ticari işler için öngörülen gecikme faizi ile birlikte Hesaba iade etmeleri zorunludur (G.H. Yön. m.20 f.3; m.12 f.2).

G. GÜVENCE HESABININ RÜCU HAKKI

Güvence Hesabının hak sahiplerine yaptığı ödemeler dolayısıyla, zarar sorumlularına karşı rücu hakkı 5684 sayılı SK m.14 f.7, G.H.Yön m.16 ve m.17 f.2’de düzenlenmiştir.

“Rücu Hakkının Kullanılması” başlıklı G.H.Yön m.16’ya göre, “Hesaptan yapılan ödemeler nedeniyle;

- a) Zorunlu sigorta yaptırmayan veya geçerli teminat tutarları üzerinden zorunlu sigortaları yaptırmayan kişilere,
- b) Sorumlunun sonradan belli olması halinde bu kişilere veya yükümlü sigorta şirketine,
- ç) Sigorta şirketinin malî bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi veya iflası halinde yapılan ödemeler çerçevesinde yükümlü sigorta şirketine,
- d) Yeşil Kart Sigortası (Green Card) kapsamında Türkiye sınırları içinde meydana gelen zararlardan dolayı Motorlu Taşıt Bürosunca tekemmül ettirilen hasar dosyalarının tazminat ödemesi için Büro tarafından yapılan başvurular üzerine yapılan ödemeler nedeniyle Büroya,

ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde rücu edilir.”

Ayrıca Güvence Hesabı, 5684 sayılı SK m.14 f.2/ç ve G.H.Yön. m.9 f.1/d hükümleri uyarınca; çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın katıldığı kazada, KTK uyarınca işletenin sorumluluktan sıyrıldığı durumlarda, üçüncü kişilerin uğradığı bedeni zararların tazminini müteakip hırsız, gasp veya bu kimselere yardım edenlere rücu edebilir.¹¹

¹¹ Yılmaz, sh.2683.

Güvence Hesabının, zarar sorumlusu veya sigortacıya karşı yönelttiği rücu davalarında, bunlar KTK m.86 f.1 ve f.2’de kanun koyucunun bahsettiği sorumluluğun kaldırılması ve azaltılması imkânlarından istifade edebilir.¹²

H. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı konusunda ne 5684 sayılı S.K.’da ne de G. H. Yön.’inde herhangi bir hüküm yer almadığından, KTK m.109’da düzenlenen zamanaşımına ilişkin hükümler kendisine uygulama alanı bulmalıdır.¹³ Buna göre;

Güvence Hesabına karşı yöneltilecek tazminat talepleri KTK m.109 f.1’e (2 ve 10 yıl) tabi olmalıdır.

KTK m.109 f.2’de düzenlenen ceza zamanaşımı Güvence Hesabı hakkında da uygulanmalıdır.

“Mahkemece, sürücüsü, işleteni ve plakası belirsiz bir aracın çarpması sonucu oğlu ölen davacıların açtığı destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davada iki yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 8. kısım 5. bölüm “ortak hükümler” başlığı altında yer alan 109/2 nci maddesindeki davanın cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş olması ve ceza kanununun bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunması halinde, bu sürenin maddi tazminat talepleri içinde geçerli olacağına dair hükmü uyarınca uzatılmış ceza zamanaşımı süresinin zorunlu trafik sigortacısı hakkında da uygulanması gerektiği gibi, zorunlu trafik sigortacısı tespit edilmeyen araç için trafik sigortacısına teban husumet yöneltilerek davalı tarafında yer alan Karayolu Trafik Garanti Fonu Hesabı Hakkında da uzatılmış ceza zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Karayolu Trafik Garanti Fonu Hesabı Yönetmeliğinde de bu hususun aksinin kabulünü gerektirecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken 18.07.2001 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucu

¹² Ulaş, sh.1141; Yılmaz, sh.2683.

¹³ Ulaş, sh.1141-1142.

ölen destekleri için 30.06.2004 tarihinde açılan tazminat davasının zamanaşımı nedeniyle reddi doğru görülmemiştir.” (11. H.D. 23.03.2006 gün ve 2005/3357 E. 2006/3096 K.)

Güvence Hesabının diğer zarar sorumluları aleyhine açacağı rücu davaları, KTK m.109 f.4 uyarınca 2 yıllık zamanaşımına bağlı olmalıdır.

KAYNAKLAR

- ARKAN, Sabih:** *Yeni Karayolları Trafik Kanununun Sigorta ve Garanti Fonuna İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, Sigorta Hukuku Dergisi, Ağustos 1982, c.1, s.2.*
- AŞÇIOĞLU, Çetin:** *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, 3. Baskı, Ankara 2012, Sözkese Matbaacılık.*
- ÇEKER, Mustafa:** *Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Karahan Kitabevi.*
- ÇELİK, Ahmet Çelik :** *Karayoluyla Yolcu Taşıma Taşımacının ve Sigortacının Sorumluluğu, İstanbul 2008, Legal Yayıncılık.*
- GÖKCAN, Hasan Tahsin & KAYMAZ, Seydi:** *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara 2000, Seçkin Yayıncılık.*
- HAVUTÇU, Ayşe & GÖKYAYLA, Emre:** *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, Seçkin Yayınevi.*
- KALPSÜZ, Turgut:** *Trafik Sigortasında Garanti Fonu, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 25 - 28 Nisan 1973, Bildiriler Tartışmalar.*
- NOMER, Esra Yıldız:** *Trafik Sigortasında Garanti Fonu,1. Baskı, Eylül 2000 İstanbul, Beta Yayın.*
- ORHUNÖZ, Ergun:** *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk Tazminat Sigorta, Ankara 1998, Seçkin Yayınevi.*
- ULAŞ, Işıl:** *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2012, Turhan Kitabevi.*
- YILMAZ, Zekeriya:** *Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, c.2, Ekim 2007, Adalet Yayınevi.*
- www.guvencehesabi.org.tr. ziyaret tarihi: 01.07.2012
- Yargıtay kararları için başta Corpus İçtihat Programı olmak üzere muhtelif dergi ve içtihat programlarından yararlanılmıştır.

**KAMBIYO SENETLERİNE MAHSUS HACİZ YOLU İLE
TAKİPLERDE ÖDEME EMRİNİN İÇERİĞİ (İİK. 168)**
CONTENT OF ORDER OF PAYMENT IN EXECUTION
FOR DEBT PERTAINING TO COMMERCIAL PAPERS AND BILLS

Talih UYAR*

İcra müdürünün, İİK. mad. 168/1'deki koşulların¹ gerçekleştiğini görererek, "takip talebi"²ni kabul etmesinden sonra bu "takip talebi" doğrultusunda³ borçluya göndereceği "ödeme emri" (örnek: 10)'a şunlar yazılır (İİK. mad. 168/1-6).⁴

* Avukat, İzmir Barosu

¹ Bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, C:8, s:13753 vd.

² Bknz: UYAR, T. age., C:8, s:13413 vd.

³ Bknz: 12. HD. 3.10.2003 T. 14734/19135 - 1.7.2003 T. 11886/15732; 18.6.2002 T. 11882/13079, 26.10.1999 T. 11987/12976 - 4.5.2000 T. 7075/7252 - 17.2.1998 T. 1312/1532

⁴ Ödeme emri:

İİK mad. 168 - "İcra müdürü senedin kambiyo senedi olduğunu ve vâdesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir. Bu ödeme emrine şunlar yazılır:

1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar,

2. Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtar,

3. Takibin müstenidi olan senet kambiyo senedi vasfını haiz değilse, beş gün içinde icra mahkemesine şikâyet etmesi lüzumu,

4. Takip müstenidi kambiyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi; aksi takdirde kambiyo senedindeki imzanın bu fasıl gereğince yapılacak icra takibinde kendisinden sâdır sayılacağı ve imzasını haksız yere inkâr ederse sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceği ve icra mahkemesinden itirazının kabulüne dair bir karar getirmedeği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtar,

5. Borçlu olmadığı veya borcun ifta edildiği veya mehil verildiği veya alacağın zamanaşımına uğradığı veya yetki itirazını sebepleri ile birlikte beş gün içinde icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirerek icra mahkemesinden itirazın kabulüne dair bir karar getirmedeği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtar,

6. İtiraz edilmediği ve borç ödenmediği takdirde on gün içinde 74 üncü maddeye, itiraz edilip de reddedildiği takdirde ise üç gün içinde 75 inci maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik edileceği, mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı ihtar.

60 ıncı maddenin son iki fıkrası burada da tatbik olunur."

Not: 6352 sayılı Kanun ile değiştirilen İİK.'nin 168 inci maddesinin birinci fıkrası

I- 1- Alacaklının veya vekilinin banka hesap numaraları hariç olmak üzere takip talebindeki kayıtlar⁵ (İİK. mad. 168/1; 6352 sayılı Kanun mad. 33)

Alacaklının “*takip talebi*” üzerine, borçluya gönderilecek 10 örnek ödeme emrinin, takip talebindeki kayıtları içermesi gerekir. Takip talebindeki kayıtları içermeyen yani takip talebine uygun düzenlenmemiş ödeme emrinin -borçlunun şikayeti üzerine- icra mahkemesince “*iptaline*” karar verilir.

Uygulamada özellikle, yabancı *para olacağına* dayanan takiplerde, takip konusu yabancı para alacağının, takip tarihindeki Türk parası karşılığı -“*harca esas değer*” olarak- “*takip talebi*”nde gösterilirken, aynı hususun “*ödeme emri*”nde de belirtilmesi çok kez unutulmaktadır. Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili içtihatlarında;

√ “*Takip talebinde takip konusu yabancı para alacağının Türk parası karşılığının -‘harca esas değer’ olarak- gösterilmiş olmasına rağmen, borçluya gönderilen ‘10 örnek no’lu ödeme emri’nde bu gerekliliğe uyulmamış olmasının, ‘ödeme emrinin iptaline’ neden olacağını*”⁶

√ “*‘Takip talebi’nde, takip konusu yabancı para alacağının Türk parası karşılığının gösterilmiş olmasına rağmen ‘ödeme emri’nde aynı hususun yerine getirilmemiş olması halinde ‘takibin iptaline’ değil ‘ödeme emrinin iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini*”⁷

√ “*‘Takip talebi’ ile ‘ödeme emri’nde, takip konusu yabancı para alacağının ‘harca esas değer’ olarak Türk parası karşılığının gösterilmiş olması halinde, İİK’nun 58 ve 60. maddelerindeki zorunluluğun yerine getirilmiş olacağını*”⁸

sının (1) ve (2) numaralı bentleri, 6352 sayılı Kanun’un yayımlanma tarihi olan 05.07.2012 tarihinden altı ay sonra (05.01.2013 tarihinde) yürürlüğe girmiştir (6352 s. Kanun mad 106/a). Bu tarihe kadar, maddenin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıda şekliyle yürürlükteydi:

1. *Takip talebindeki kayıtlar,*

2. *Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödenmesi ihtarı,*

⁵ Bknz: Yuk. UYAR, T. age., C:8, s:13413 vd.

⁶ Bknz: 12. HD. 20.10.2006 T. 16307/19775; 8.6.2006 T. 9391/12296; 13.3.2006 T. 2292/5129 vb.

⁷ Bknz: 12. HD. 15.4.2004 T. 4884/9724; 17.10.2002 T. 19559/21114; 17.5.2002 T. 8927/10350

⁸ Bknz: 12. HD. 6.4.2004 T. 3711/8330; 28.5.2001 T. 8443/9453; 14.5.2001 T. 6973/8466

√ *“Takip konusu yabancı para alacağının harca esas değerinin ‘takip talebi’ ile ‘icra dosyasındaki ödeme emri nüshası’nda gösterilmiş olmasına rağmen ‘borçluya gönderilen ödeme emri nüshası’nda gösterilmemiş olması halinde ‘ödeme emrinin iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini”*⁹

√ *“‘Takip talebi’nde ve ‘ödeme emri’nde, takip konusu yabancı para alacağının Türk lirası karşılığının gösterilmemiş olmasının, Devletin hükümlerlik haklarına ve kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini, bu nedenle icra mahkemesine her zaman -süresiz şikayet yolu ile- ileri sürülebileceği gibi; icra mahkemesince de doğrudan doğruya gözetileceğini”*¹⁰

√ *“‘Takip talebi’ ile ‘ödeme emri’nde, takip konusu yabancı para alacağının Türk lirası karşılığının gösterilmemiş olması halinde ‘takibin iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini”*¹¹

√ *“Yabancı para alacağına dayalı takiplerde icra mahkemesince verilen kararda yabancı para alacağının hangi kur üzerinden -efektif alış, efektif satış gibi- Türk parasına çevrilerek borçluya ödeme emri gönderilmesi gerekeceğinin açıkça belirtilmesi gerekeceğini”*¹²

√ *“Takip konusu yabancı para alacağının Türk parası karşılığının ‘ödeme emri’nde gösterilmemiş olması halinde, ‘ödeme emrinin iptali’ yerine, ‘ödeme emrinde düzeltme yapılmasına’ karar verilemeyeceğini”*¹³ belirtmiştir...

6352 sayılı Kanun’la İİK.’nun 168’inci maddesinin birinci fıkrasının (1). bendi; “Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar,” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki; bu değişiklik, 6352 sayılı Kanun’un yayımlanma tarihi olan 05.07.2012 tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (6352 s. Kanun mad. 106/a).

⁹ Bknz: 12. HD. 12.3.2004 T. 772/5655

¹⁰ Bknz: 12. HD. 19.2.2004 T. 25811/3320; 24.6.2003 T. 12617/14998; 18.2.2003 T. 28849/2705

¹¹ Bknz: 12. HD. 9.9.2002 T. 15764/13805; 4.11.1999 T. 12513/13432

¹² Bknz: 12. HD. 8.2.2002 T. 1512/2786

¹³ Bknz: 12. HD. 7.2.2002 T. 1594/2436

2- Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı (İİK. mad. 168/2; 6352 sayılı Kanun mad. 33).

Kambyo senetlerine ilişkin özel haciz yolu ile takipte ödeme süresi on gün olarak kabul edilmiştir.¹⁴ Halbuki anımsanacağı gibi, “genel haciz yolu ile takipte” (İİK. mad. 60/2) bu süre yedi gün idi.¹⁵ Bu takip şeklinde, “ödeme süresi”nin on gün olarak kabul edilmesinin nedeni, Hükümet Tasarısına ait gerekçede¹⁶ açıklandığı gibi; borçluya 5 gün içinde “borca itiraz”ını icra mahkemesine bildirildikten sonra, geriye kalan süre içinde de icra mahkemesinden “takibin geçici olarak (muvakkaten) durdurulmasına” dair bir karar getirip, aleyhindeki icra takibini durdurabilme imkanını vermektedir...

6352 sayılı Kanun’la İİK.’nin 168’inci maddesinin birinci fıkrasının (2). bendi; “Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı,” şeklinde değiştirilmiş olduğundan, bundan böyle takip konusu borç ve takip masraflarının, borçlu veya borçlu adına başka bir kişi tarafından icra dairesine değil icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi gerekecektir. Ancak hemen belirtelim ki; bu değişiklik, 6352 sayılı Kanun’un yayımlanma tarihi olan 05.07.2012 tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (6352 s. Kanun mad. 106/a).

3- Takip konusu yapılan senet, kambyo senedi niteliğinde değilse, beş günde icra mahkemesine şikayet etmesi gereği (İİK. mad. 168/3).

Kambyo senetlerine ilişkin haciz yolu ile takip sadece “kambyo senetleri” (poliçe, bono, çek) için kabul edilmiş olduğundan öncelikle takip talebi üzerine icra müdürünün, “senedin kambyo senedi olup olmadığını incelemesi gerekirse de (İİK. mad. 168/I), borçluya da, kendisine tebliğ edilen ödeme emri üzerine aynı hususu inceleme ve senet “kambyo senedi” niteliğini taşııyorsa beş gün içinde icra mahkemesine şikayette bulunma hakkı tanınmıştır.

¹⁴ Bknz: 12. HD. 21.3.2006 T. 3118/5804; 2.4.1981 T. 1720/3309

¹⁵ Bknz: UYAR, T. age., C:3, s:3984

¹⁶ Bknz: 538 s. Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi

Takibin bir an önce sonuçlanması için, şikayet süresi beş güne indirilmiştir.

Yüksek mahkeme bu konu ile ilgili olarak;

√ *“İİK'nun 19/III gereğince; bu müddetin sonuncu gününün resmi tatil gününe rastlaması halinde, müddetin tatili takip eden günde biteceğini”*¹⁷

√ *“Takip dayanağı senedin ‘kambiyo senedi niteliğini taşıması’ nedeniyle yapılacak şikayetin, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 gün içinde -takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu- icra mahkemesine bildirilmesi gerekeceğini”*¹⁸

√ *“‘Harca tabi davalarda, dava harcın ödendiği tarihte açılmış sayılacağı’ndan, borçlunun itiraz (şikayet) süresi olan 5 gün geçmeden harcını yatırarak icra mahkemesine başvurmuş olması gerektiğini”*¹⁹

√ *“Borçluya birden fazla kez ödeme emri tebliğ edilmiş olması halinde, itiraz (şikayet) süresinin, ‘ilk tebliğ tarihi’nden değil, ‘son tebliğ tarihi’nden itibaren işlemeye başlayacağını”*²⁰

√ *“Borçluya daha önce gönderilmiş olan ödeme emrinin, icra mahkemesince iptal edilmesinden sonra gönderilen yeni ödeme emri üzerine, borçlunun itiraz (şikayet) süresinin yeniden işlemeye başlayacağını”*²¹

√ *“‘Ödeme emri tebligatının usulsüz olduğu’na ilişkin şikayetin 7 günlük süre içinde icra mahkemesine bildirilmesi gerekeceğini”*²²

√ *“Borçlunun ödeme emrine itiraz (şikayet) dilekçesinde, ayrıca ‘tebligatın usulsüzlüğünü’ de ileri sürmüş olması halinde, icra mahkemesinin, öncelikle, tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olup olmadığını -dolayısıyla; itirazın (şikayetin) süresinde olup olmadığını- araştırması gerekeceğini”*²³

¹⁷ Bknz: 12. HD. 29.11.2012 T. 17980/35472; 17.11.2012 T. 17827/35079; 19.06.2012 T. 3636/21135; 05.11.2012 T. 14602/31500; 09.06.2012 T. 16381/21111; 04.06.2011 T. 3867/18997; 10.05.2012 T. 30555/16213; 05.03.2007 T. 1402/3879; 15.12.2006 T. 21341/23934; 17.11.2006 T. 18400/21498 vb.

¹⁸ Bknz: 12. HD. 20.2.2007 T. 173/2729; 1.3.2006 T. 1633/3959; 13.11.2005 T. 22507/26129 vb.

¹⁹ Bknz: 12. HD. 14.12.2006 T. 20054/23769; 4.7.2006 T. 11802/14634; 8.11.2005 T. 17525/21412 vb.

²⁰ Bknz: 12. HD. 14.11.2006 T. 18052/21143; 13.11.2006 T. 17988/21119

²¹ Bknz: 12. HD. 13.10.2006 T. 15741/19190; 13.2.2006 T. 25773/2293

²² Bknz: 12. HD. 23.2.2006 T. 25603/3437; 4.10.2005 T. 15198/18866

²³ Bknz: 12. HD. 10.5.2005 T. 7253/10199; 5.7.2004 T. 13800/17788; 1.7.2004 T.

√ “Borçlunun eşinin, haciz sırasında hazır bulunmasının ve borçlu vekilinin, icra dosyasına vekaletname ibraz etmiş olmasının, ödeme emrinin borçlu tarafından öğrenilmiş olması sonucunu doğurmayacağını”²⁴

√ “Borçlunun, itiraz süresinin 5. günü saat 16.50’de adliye veznesine başvurduğu, ancak, ‘veznenin kapalı olduğu’ndan bahisle, harcin ertesi günü yatırılacağı (alınacağı) belirlenmiş olması halinde, -füli imkansızlık nedeniyle harcin süresinde yatırılmadığı dikkate alınarak- itirazın süresinde yapıldığının kabulü gerekeceğini”²⁵

√ “ ‘Evinde haciz yapıldığını’ Cumhuriyet Savcılığına verdiği dilekçede açıklamış olan borçlunun en geç bu tarihte hakkında yapılan takipten haberdar olmuş sayılacağını”²⁶

√ “İİK. 168/3 uyarınca, borçlunun ‘ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 gün içinde’ icra mahkemesine şikayette bulunması gerekeceğini”²⁷

√ “Hakkında 2 ay süre ile icra mahkemesince konkordato müddeti verilmiş olan borçlunun, süresiz şikayet yoluyla aleyhine başlatılan takibin iptalini talep edebileceğini”²⁸

√ “İcra mahkemesince -borçlunun, ‘tebligatın usulsüz yapıldığına ilişkin şikayeti bulunmadıkça’- doğrudan doğruya tebligatın usulsüzlüğünün dikkate alınamayacağını”²⁹

√ “Ödeme emri ‘kendisine bizzat tebliğ edilmiş’ gözükken borçlunun, daha sonra ‘takibi haricen öğrendiğini’ iddia ederek, tebliğ tarihinin düzeltilmesini icra mahkemesinden isteyebileceğini (bunu istemekte hukuki yararının bulunacağını), bu durumda, icra mahkemesince, öncelikle ödeme emri tebliğine ilişkin tebligat zarfındaki imzanın borçluya ait olup olmadığının usulen incelenerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini”³⁰

13983/17365

²⁴ Bknz: 12. HD. 26.4.2005 T. 6148/8993

²⁵ Bknz: 12. HD. 20.9.2004 T. 15310/19642

²⁶ Bknz: 12. HD. 7.7.2004 T. 12777/17894

²⁷ Bknz: 12. HD. 22.6.2004 T. 12618/16462

²⁸ Bknz: 12. HD. 29.4.2004 T. 6525/10586

²⁹ Bknz: 12. HD. 27.2.2004 T. 26847/4368; 23.10.2003 T. 16591/20721; 20.2.2003 T. 111/2870

³⁰ Bknz: 12. HD. 23.2.2004 T. 20791/3606

√ *“Usulsüz tebligat halinde -Teb. K.’nun 32. maddesi uyarınca- ‘borçlunun beyan ettiği öğrenme tarihinin, ödeme emrinin tebliği tarihi’ olarak kabul edilerek bu tarihe göre borçlunun icra mahkemesine yaptığı itirazın (başvurunun) ‘5 günlük yasal sürede olup olmadığı’nın incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini”*³¹

√ *“İİK’nun 4. maddesi gereğince; icra dairelerinin işlemlerine karşı yapılacak itirazları ve şikayetleri inceleme yetkisinin, icra dairesinin bağlı olduğu (bulunduğu yerdeki) icra mahkemesine ait olduğunu”*³²

√ *“Harcın, itiraz (şikayet) süresi içinde ‘vezneye yatırılmak üzere’ emanete alındığının itiraz (şikayet) dilekçesi arkasındaki şerhten anlaşılması halinde, itirazın (şikayetin) süresinde yapılmış sayılacağını”*³³

√ *“Tebligat parçasındaki kaydın -örneğin; tebligat yapılan kişinin, muhatabın işçisi, aile fertlerinden birisi olup olmadığı- icra mahkemesinde her türlü delil ile ispat edilebileceğini”*³⁴

√ *“‘Örnek 10 ödeme emri’ kendisine usulsüz olarak tebliğ edilmiş olan borçlunun, usulsüz tebliğ işlemini öğrendikten sonra, bu tebliği öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde şikayet yolu ile, tebligatın usulsüzlüğünü -takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu- icra mahkemesine başvurarak, ‘tebliğ tarihinin -ödeme emrini öğrendiği tarih olarak- düzeltilmesini’ istemesi gerekeceğini”*³⁵

√ *“Borçlunun ödeme emrinden, evinde uygulanan ihtiyati haciz tarihinde haberdar olmuş sayılmayacağını, ödeme emrine itiraz (şikayet) süresinin kendisine ödeme emrinin tebliği ile başlayacağını”*³⁶

√ *“Takip konusu senedin ‘teminat senedi’ olduğundan bahisle yapılan itiraz, borca itirazın, niteliğinde olup yasal 5 günlük sürede icra mahkemesine yapılması gerekeceğini”*³⁷

³¹ Bknz: 12. HD. 21.10.2003 T. 16535/20535

³² Bknz: 12. HD. 2.4.2002 T. 5780/6725

³³ Bknz: 12. HD. 1.2.2002 T. 524/2009

³⁴ Bknz: 12. HD. 11.5.2001 T. 7353/8323; 24.4.2001 T. 6150/6920

³⁵ Bknz: 12. HD. 30.3.2001 T. 4557/5510

³⁶ Bknz: 12. HD. 26.02.2001 T. 2817/3636

³⁷ Bknz: 12. HD. 27.12.2011 T. 11572/30809

√ “Borçluların takip dayanağı senedin kambyo vasfında olmadığına ilişkin şikayetlerini, yasal (5) günlük süreyi geçirdikten sonra icra mahkemesine yaptıklarının görüldüğü, anılan sürenin hak düşürücü süre olduğu re’sen gözetilerek istemin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinin gerektiğini”³⁸

√ “Borçluya ödeme emri tebliğ edilmese bile alacaklının anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesi mevcut bulunduğu sürece, ödeme emrinin tebliğ edilmesinin, şikayet ve itirazda bulunmaya engel teşkil etmeyeceğini”³⁹

√ “Takibe konu bonoda tanzim tarihinin vadeden sonra olup, senedin kambyo senedi vasfında olmadığından bahisle yapılacak şikayetin, 5 günlük süre zarfında icra mahkemesine yapılabileceğini”⁴⁰

√ “Takip dayanağı bononun tanzim tarihinin vade tarihinden sonra olduğunu, ancak alacaklı tarafından bonoda tahrifat yapılmak suretiyle kambyo vasfı kazandırılmaya çalışıldığına dair yapılacak şikayetin, 5 günlük yasal süreye tabi olacağını”⁴¹

√ “Senedin kambyo vasfını taşımaması sebebiyle yapılan şikayetin İİK’nın 168/3. maddesi gereğince 5 günlük süreye tabi olduğunu”⁴²

√ “Kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yapılan takipte ‘alacaklının takip dayanağı çekte yetkili hamil olmadığı’ nedenine dayalı şikayetin İİK’nın 168/3. maddesi uyarınca, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yasal 5 günlük itiraz süresine tâbi olacağını”⁴³

√ “Çekte (bonoda) keşide yerinin idari birim olmadığına yönelik şikayetin, İİK’nın 170/a kapsamında sayılacağını ve bu şikayetin 5 günlük sürede yapılması gerekeceğini”⁴⁴

√ “Kambyo senetleri üzerine ciranta tarafından konulan ‘ciro edilemeyeceği’ kaydı, senedi nama yazılı bir kambyo senedi haline getirmese de, keşi-

³⁸ Bknz: 12. HD. 21.06.2012 T. 15589/21786

³⁹ Bknz: 12. HD. 22.11.2011 T. 6808/23493; 25.10.2011 T. 3663/19115

⁴⁰ Bknz: 12. HD. 08.12.2011 T. 14099/27581

⁴¹ Bknz: 12. HD. 11.10.2011 T. 2995/18535

⁴² Bknz: 12. HD. 11.07.2011 T. 33592/15036

⁴³ Bknz: 12. HD. 16.05.2011 T. 28677/9602

⁴⁴ Bknz: 12. HD. 07.06.2011 T. 30637/11913; 09.06.2011 T. 13244/12265

deci tarafından konulan 'ciro edilemeyeceği' kaydının, senedi nama yazılı hale getireceğini ve bu şekilde nama yazılı hale gelen senedin, ciro edilme imkanı kalmaz ancak 'alacağın temlik' yolu ile devredilebileceğini, bu yasağa rağmen cironun 'alacağın temlik' hükümlerine tabi olacağını"⁴⁵

√ *"Bonoda vadenin, kanunda öngörülen şekilde gösterilmemiş olması, senedin bono niteliğini yitirmesine neden olmayacağından, böyle bir senedin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip konusu yapılabileceğini- Vadesi gösterilmeyen bononun bir yıl içinde ibraz edilmemiş olmasının, TTK'nun 749. maddesi gereğince zamanaşımı süresi dolmadıkça, senet keşidecisini sorumluluktan kurtarmayacağını, zamanaşımının da, bononun en geç ibrazı gereken bir yıllık sürenin bitiminden itibaren başlayacağını"⁴⁶*

√ *"Borçlunun ödeme emrini aldıktan sonra hem takip şekline ilişkin şikayette bulunması ve hem de tebligatın usulsüzlüğünü belirtmesi halinde, öncelikle tebligatın usulsüz olup olmadığının araştırılması ve tebligatın usulsüz olduğunun belirlenmesi halinde şikayetin incelenmesi, buna karşın usulüne uygun bulunduğu saptanması halinde ise istemin süre yönünden reddedilmesi gerekeceğini"⁴⁷*

belirtmiştir...

4- Borçlunun, takip konusu kambiyo senedi altındaki imza kendisine ait değilse, beş gün içinde, açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi, aksi taktirde kambiyo senedindeki imzanın bu fasıl gereğince yapılacak icra takibinde kendisine ait sayılacağı ve imzasını haksız yere inkar ederse; sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edileceği ve icra mahkemesinden itirazının kabulüne dair bir karar getirmedeği taktirde, cebri icraya devam olunacağı ihtarı (İİK. mad. 168/4).

Maddenin bu -4 üncü- bendinde; kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile yapılan takiplerde imza inkârında (itirazında) bulunma şekli düzenlenmiştir.

⁴⁵ Bknz: 12. HD. 20.10.2011 T. 3304/19632

⁴⁶ Bknz: 12. HD. 17.11.2011 T. 5484/22493

⁴⁷ Bknz: 12. HD. 24.01.2012 T. 14593/1558

5- Borçlunun, “borçlu olmadığı”, “borcun itfa edildiği”, “borcun imhal edildiği (ertelendiği)” ya da “alacağın zamanaşımına uğradığı”na ilişkin itirazlarını, sebepleri ile birlikte beş gün içinde⁴⁸ icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirerek, icra mahkemesinden “itirazın kabulüne” dair bir karar getirmesi aksi halde, cebri icraya devam olunacağı ihtarı (İİK. mad. 168/5).

Maddenin bu -5 inci- bendinde; kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile yapılan takiplerde borca itiraz sebepleri ve borca itirazda bulunma şekli düzenlenmiştir.

6- İtiraz edilmediği ve borç da ödenmediği takdirde, on gün içinde 74 üncü maddeye, itiraz edilip de reddedildiği takdirde ise üç gün içinde 75 inci maddeye göre⁴⁹ mal beyanında bulunulması, bulunulmazsa “hapiste tazyik” edileceği (İİK. mad. 76)⁵⁰ mal beyanında bulunulmaz ya da hakikata aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı (İİK. mad. 337,⁵¹ 338,⁵² 339⁵³) ihtarı.

60 ıncı maddenin son iki fıkrası - ödeme emrinin kaç suret düzenleneceğine ilişkin fıkra- burada da uygulanır (İİK. mad. 168-6/II).

II- Uygulamadaki ödeme nedeniyle, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi halinde mal beyanında bulunma yükümlülüğünün ne zamandan başlayacağı konusuna da değinelim:

⁴⁸ Bknz: 12. HD. 14.02.2013 T. 27619/4284; 14.02.2013 T. 27490/4009; 31.01.2013 T. 26844/3178; 29.01.2013 T. 33973/2802; 15.01.2013 T. 23623/452; 27.11.2012 T. 17337/35110; 25.12.2012 T. 22582/39839; 24.12.2012 T. 22474/39566; 20.11.2012 T. 14253/33987; 18.12.2012 T. 7974/30043; 18.09.2012 T. 8679/26874; 10.10.2012 T. 7190/24143; 10.09.2012 T. 19612/25997; 05.07.2012 T. 6191/23737; 20.06.2012 T. 6552/21688; 14.06.2012 T. 13429/20561; 13.06.2012 T. 4195/20469; 30.04.2012 T. 10184/14531; 2.4.2012 T. 25968/10419; 27.12.2012 T. 22630/40202; 03.12.2012 T. 18518/35929; 21.06.2012 T. 5579/21767

⁴⁹ Bknz: 8. CD. 16.6.1999 T. 7394/10136; 15.10.1997 T. 12711/13637; 11.10.1994 T. 9422/11020- HGK. 5.10.2005 T. 12-591/561

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. age., C: 4, s: 6861 vd. - UYAR, T. İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, s: 189 vd.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, C: 13, s: 21025 vd. - UYAR, T. age. s: 52 vd.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, C: 13, s: 21070 vd. - UYAR, T. age. s: 209 vd.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, C: 13, s: 21192 vd. - UYAR, T. age. s: 231 vd.

Gerek *borca* (İİK. mad. 168/5, 169, 169a) ve gerekse *imzaya* (İİK. mad. 168/4, 170) itiraz halinde takip durmadığından, borçlunun itirazının icra mahkemesindeki incelenmesi sırasında, “mal beyanında” (İİK. 74) bulunmasına gerek bulunup bulunmadığı, çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar.

İİK'nun 168/6. bendinde 4949 sayılı Kanun ile -15.7.2003 tarihinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde **bir görüşe göre**⁵⁴ “icra mahkemesince *borca* (ve *imzaya*) itirazda bulunan borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğu yoktur. Borçlunun, icra mahkemesine “itirazın reddi” hakkındaki kararının kendisine tefhim ya da tebliğinden itibaren üç gün içinde mal beyanında bulunması gerekir” denilmişken,

Diğer bir görüşe göre⁵⁵ ise; *borca* (ve *imzaya*) itiraz halinde, icra mahkemesince, itirazın esası hakkında karar verilinceye kadar -İİK. mad. 169a/I uyarınca- “takibin geçici olarak durdurulmasına” karar verilmişse, borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğu da söz konusu olmaz. Eğer icra mahkemesi böyle bir karar vermemişse, borçlunun mal beyanında bulunması gerekir” denilmiştir.

İcra suçlarına ilişkin kararları temyizen incelediği dönemde Yargıtay **12. Hukuk Dairesi (İcra ve İflas Dairesi)**⁵⁶ ile bu suçlara ilişkin kararlar temyizen incelemeye başladığı ilk yıllarda **Yargıtay 8. Ceza Dairesi**⁵⁷ “*borçlunun ödeme emrine itiraz etmesinin takibi durdurulmaması nedeniyle, bu itirazın sonucunu, beklemeden, icra dairesine de mal beyanı da bulunmak zorunda olduğunu*” belirtmişken daha sonra -1994 yılından itibaren- İİK. mad. 168/6'daki “*İtiraz edilmediği (ve borç ödenmediği) takdirde on gün içinde 74 üncü maddeye göre mal beyanında bulunulması...*” şeklindeki sözcükleri esas olarak, “*borca/imzaya itiraz eden borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğunun bulunmadığı*”⁵⁸ sonucuna varmıştı...

⁵⁴ KURU, B. İcra ve İflas Hukuku C: 2, s: 1701 - MUŞUL, T. Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip (BATİDER, C: VII, S: 3, s: 620)

⁵⁵ ÖĞÜTÇÜ, T./ÇİTOĞLU, A. Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, s: 1271 vd.

⁵⁶ Bknz: İİD. 2.10.1973 T. 8145/8495; 27.9.1973 T. 8133/8331

⁵⁷ Bknz: 8. CD. 12.10.1993 T. 353/8540; 14.1.1993 T. 13864/465; 9.7.1992 T. 14704/14950

⁵⁸ Bknz: 8. CD. 20.3.2000 T. 4360/4592; 18.3.1998 T. 2386/3837; 16.2.1998 T. 165/1749

İİK'nun 168/6. bendi, 4949 sayılı Kanun ile -15.7.2003 tarihinde- "Maddeyle kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yapılan takiplerde borçlunun ödeme emrine itirazının reddi halinde mal beyanında bulunma zorunluluğu esası benimsenmiştir." şeklindeki gerekçe ile değiştirilerek, bugünkü şeklini almış ve böylece daha önceki tartışmalara son verilmiştir...

Yüksek mahkeme; "ödeme emrinin içeriği" ne ilişkin olarak;

√ "Kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde 10 günlük ödeme süresi geçmeden haciz yapılamayacağını, bu kural kamu düzenine ilişkin olduğundan, İİK'nun 16/II maddesi uyarınca süresiz şikayete tabi olduğunu"⁵⁹

√ "Takip talebinde adı yazılı olan borçluya, adının yazılı olmadığı ödeme emri gönderilmesi halinde bu durumun maddi bir hatadan kaynaklandığı ve hatanın her zaman düzeltilebileceği benimsenerek, takip iradesini sürdüren alacaklıya karşı borçlunun yapacağı itirazın mahkemece -itiraz hakkı doğmadığından bahisle reddedilmeyip- incelenmesi gerekeceğini"⁶⁰

√ "Ödeme emrinde takip tarihinden sonrası için talep edilen faizin niteliği ve oranı belirtilmediğine göre, uygulanacak faizin alacağın nevine göre belirlenmesinin gerekeceğini, takip dayanağı kambyo senedi vasfında bono olduğuna göre ise alacağı 3095 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinde öngörülen avanslarla ilgili ticari işlerdeki temerrüt faiz oranı üzerinden faizin hesaplanmasının gerektiğini, o halde, mahkemece takip tarihinden sonraki dönem için avans faiz oranları belirlenip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesinin gerekeceğini"⁶¹

√ "5 günlük 'itiraz'/'şikayet' süresinin hesabında, tebligatın yapıldığı ilk günün dikkate alınmayacağını"⁶²

√ "İmza itirazı' nın 5 günlük süre içinde icra mahkemesine bildirilmesi gerekeceğini"⁶³

√ "Kambyo senetlerine mahsus takiplerde imzaya ve borca itirazın, 5 gün içinde icra mahkemesine bildirilmesi gerekeceğini"⁶⁴

⁵⁹ Bknz: 12. HD. 28.03.2011 T. 24158/4677

⁶⁰ Bknz: 12. HD. 02.05.2005 T. 5800/9451

⁶¹ Bknz: 12. HD. 31.05.2012 T. 1070/18599

⁶² Bknz: 12. HD. 04.07.2011 T. 33172/13991

⁶³ Bknz: 12. HD. 08.03.2011 T. 558/2947; 03.05.2011 T. 22328/2528

⁶⁴ Bknz: 12. HD. 07.03.2011 T. 1058/2689

√ *“Beş günlük itiraz süresinin son gününün Pazar gününe rastlaması halinde, pazartesi günü mesai saati sonuna kadar yapılacak olan itirazın geçerli ve süresinde yapılmış sayılacağını”*⁶⁵

√ *“Borçlunun gerekli harçları icra veznesine yatırdığı tarihte ‘imza inkarı’nda bulunmuş sayılacağını”*⁶⁶

√ *“Borçlunun, süresi içinde icra mahkemesine yaptığı ‘senetlerdeki imzadan da anlaşılacağı gibi, borçla benim bir alakam yoktur’ şeklindeki itirazın ‘imza itirazı’ sayılacağını”*⁶⁷

√ *“‘Takip dayanağı senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını, imzaya itiraz ettiğini’ belirtmek isteyen borçlunun bu hususu -‘senet altındaki imzayı inkar ediyorum’, ‘imzaya itiraz ediyorum’, ‘imza sahtedir’, ‘imzayı kabul etmiyorum’, ‘imza bana ait değildir’, ‘senet imza etmedim’, ‘müvekkilim böyle bir senet imzalamadı’ vb. şekilde- ayrıca ve açıkça ileri sürmesi gerekeceğini”*⁶⁸

√ *“‘Belgedeki senet müvekkilim’a ait değildir’ şeklinde yapılmış olan itirazın “imza itirazı” olarak algılanması gerekeceğini”*⁶⁹

√ *“‘Ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunu’ icra mahkemesine şikayet yoluyla bildirmiş olan borçlunun bu şikayet sonucunda verilecek kararın kesinleşmesi beklendikten sonra, ödeme emrine itirazın 5 günlük süre içinde olup olmadığının saptanması gerekeceğini”*⁷⁰

√ *“El yazısı ile atılacak imzanın şekli konusunda kanunda hüküm bulunmadığından, bir kimsenin bizzat el yazısı ile ‘ad ve soyadını yazmak suretiyle’ de imza atabileceğini; borçlunun daha önce atılmış imza örnekleri getirtilerek ‘ad ve soyadını yazarak imza atma şeklinde bir alışkanlığı (uygulaması) bulunup bulunmadığı’nın araştırılarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini”*⁷¹

⁶⁵ Bknz: 12. HD. 12.10.2010 T. 10324/22963

⁶⁶ Bknz: 12. HD. 15.06.2010 T. 3465/15128

⁶⁷ Bknz: 12. HD. 09.10.2007 T. 14745/18235

⁶⁸ Bknz: 12. HD. 26.10.2009 T. 12510/20432

⁶⁹ Bknz: 12. HD. 16.07.2009 T. 8027/16057

⁷⁰ Bknz: 12. HD. 23.06.2009 T. 5525/13731; 7.04.2009 T. 7837/9033; 07.10.2008 T. 13282/16725

⁷¹ Bknz: 12. HD. 03.06.2010 T. 1517/13795

√ *“Borçlunun, ödeme emrinin tebliği üzerine tüm itiraz ve şikayetlerini 5 günlük süre içinde icra mahkemesine bildirmesi gerekeceğini”*⁷²

√ *“İhtiyati haciz kararının infazı sırasında borcun kabulünün, hukuki nitelik olarak ‘harici ikrar’ sayıldığından, başka emare ve delillerle teyit edilmedikçe bağlayıcı olmayacağını; borçlunun bu ikrarının kendisine ödeme emri tebliğ edildikten sonra ‘imza itirazı’nda bulunmasına engel teşkil etmeyeceğini”*⁷³

√ *“Harca tabi davalarda dava harcın yatırıldığı tarihte dava açılmış sayılacağından, harcın yatırıldığı tarihin ‘itiraz tarihi’ sayılacağını”*⁷⁴ belirtilmiştir.

⁷² Bknz: 12. HD. 12.11.2009 T. 24867/22384; 9.11.2009 T. 13969/21779; 28.10.2009 T. 12365/20791; 27.10.2009 T. 11726/20681; 26.10.2009 T. 11908/20271; 26.10.2009 T. 11895/20258; 12.10.2009 T. 10002/18739; 6.10.2009 T. 9393/18160; 6.10.2009 T. 10942/18278; 25.6.2009 T. 5762/13889; 26.5.2009 T. 3208/11192; 11.5.2009 T. 2481/10172; 4.5.2009 T. 1809/9627; 2.12.2008 T. 18703/21528; 6.11.2008 T. 15728/19405; 23.10.2008 T. 14878/18157; 19.9.2008 T. 13433/16924; 17.7.2008 T. 12457/15451; 01.07.2008 T. 14183/14009

⁷³ Bknz: 12. HD. 24.05.2010 T. 323/12484; 19.04.2010 T. 27779/9669

⁷⁴ Bknz: 12. HD. 11.02.2010 T. 20704/2928; 12.11.2009 T. 13686/22477; 04.06.2009 T. 4044/12032

KAMULAŞTIRMA YOLUYLA MÜLKİYET TRANSFERİ

PROPERTY TRANSFER VIA EXPROPRIATION

Murat TEZCAN*

Özet: Kamulaştırma Kanunu'un 22. Maddesinde yapılan kapsamlı değişiklik sonucunda, eski malikin haklarını geriletken ve mülkiyet aktarımı anlamına gelecek düzenlemenin tüm yönleriyle incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yapılan değişiklikler, yargı kararları ve doktrindeki görüşler ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, kamulaştırma amacı, tahsis, idarenin vazgeçemesi, eski malikin geri alma hakkı.

Giriş:

Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, diğer torba yasalarda olduğu gibi kamulaştırma hukukuna ilişkin yeni bir düzenleme daha getirmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun, "Tarafların Anlaşmasıyla Vazgeçme ve Devir" kenar başlığı ile düzenlenen 22. Maddesinin kenar başlığı ve ilk fıkrasının son cümlesi değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik sonrası "Vazgeçme, İade ve Devir" başlığıyla adlandırılan madde, idarelerin özel mülkiyetteki taşınmazların transferine aracılık edecek şekilde düzenlenmiştir.

6427 sayılı Yeraltı Sularının Düzenlemesine İlişkin Kanunla, 01.03.2013 tarihinde deęişiklik¹ getirilen Kamulaştırma Kanununun 22. Maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi, kısa bir sürede yeniden değiştirilmiştir.² Söz konusu değişiklik TBMM'de kamulaştırma konusunda

* Avukat, Ankara Barosu.

1 "Kamulaştırılan taşınmaz malda, kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmasından sonra bu hüküm uygulanmaz." İlk fıkraya eklenmiş cümle rgt: 01.03.2013 rg no: 28574 kanun no: 6427/3.

2 "Kamulaştırmayı yapan idarece kamulaştırma amacına uygun tesisat, yapı veya donatı yapıldıktan ve en az 5 yıl kullanıldıktan sonra bu ihtiyacın ortadan kalkması nedeniyle kamulaştırma amacında kullanılamayan taşınmazlar önceki mal sahibi veya mirasçılarında iade edilmez. Bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi

ana ihtisas komisyonu olarak çalışan, bayındırlık, imar, ulaştırma ve turizm komisyonunun görüşü alınmaksızın, doğrudan plan bütçe komisyonuna havale edilmiş, tartışma imkânı yaratılmadan, idarelerin beklentileri doğrultusunda yasalaşmıştır.

Kamu yararı amacı gözetilerek kamulaştırılan taşınmazın, kamu hizmetine tahsis amacı ortadan kalktığıında, eski malikin yeniden taşınmazına kavuşması olanağı amacıyla ihdas edilmiş 22. madde, yapılan değişiklikle amacını gerçekleştiremez hale sokulmuştur.

Söz konusu değişiklik, kamulaştırma hukukunun amacını tekrar düşündürecek niteliktedir. Bununla birlikte, yapılan değişiklik özel mülkiyet güvenliğini zedeleyebileceği gibi, uygulamada vatandaş aleyhine büyük hak kayıpları oluşturacak boşluklar içermektedir.

a. Değişiklik Öncesi Durum ve Yargıtay Uygulamaları:

Değişiklik öncesi, Kamulaştırma Kanunu, idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğini 22. madde³de çok yalın bir dille anlatmıştır. Maddenin konuluş amacı, kamu yararı gerekçesiyle malikin elinden alınan taşınmazın, kamulaştırma amacının ortadan kalkması sonrası taşınmazını tekrar alabilmesi için öncelik tanınmasıdır. Medeni Kanunda 732. Maddede uygulamasını bulan önalım hakkı, kamulaştırma hukukunda karşılığını söz konusu maddede bulmaktadır.

Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanununun 732. Maddesinin kenar başlığının "*Devir Hakkının Kısıtlamaları*" adını taşımasına rağmen, gerçekte paydaşın, ön alım hakkına konu olan taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkının devri serbestisini doğrudan doğruya kısıtlamaktadır. ⁴Görüleceği üzere özel hukukta mülkiyet hakkına getirilen böylesi bir sınırlamanın, kamu hukukunda amacına uygun bir biçimde düzenlenmemiş olması düşünülemez.

hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz."

3 "Kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçularına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilir."

4 Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku 2. Bası, Syf 401.

Bu nedenle, kamulaştırma sonrası eski maliki devre dışı bırakmayı engellemeye yönelik idarelerin çeşitli uygulamaları, Yargıtay tarafından istikrarlı bir biçimde engellenmiş ve eski maliklerin haklarını koruma yönünde kararlar verilmiştir.

Örneğin, idare, 1974 yılında yaptığı kamulaştırma sonrası, kamulaştırma amacının ortadan kalktığı gerekçesiyle ihale usulüyle 2008 yılında ilgili taşınmazı satmıştır. Eski maliklere kanunda gösterilen şekil ve sürede haber verilmeden ihale usulüyle yapılan satış ve 3. Kişi lehine ilişkin tescil kararı, Yargıtay'ca içtihat niteliğinde bir kararla değerlendirilmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 04.11.2010 tarih, 2010/8288E. 2010/14440K sayılı kararında, *"taşınmazın İdare tarafından kamulaştırılması ve bu kamulaştırma işleminin kesinleşmesinden sonra ister bir süre amaca uygun kullanılсын isterse hiç kullanmasın ihtiyaç kalmadığının anlaşılması halinde Kamulaştırma Yasası'nın 22. maddesi gereğince taşınmaz mal maliki veya mirasçılarına keyfiyetin duyurulması gerekmektedir."* ifadelerine yer verdikten sonra, *"kamulaştırma nedeniyle taşınmazın bedeli kendisine ödendiğine göre aradan geçen zaman içinde taşınmazda bu bedele nazaran yeni bir değer artışı (geçen süre içinde taşınmazın niteliğinin değişip değişmediği <arazi-arsa> araştırılarak her iki niteliğine göre değeri belirlenmelidir) meydana gelip gelmediği incelemeli, fark varsa bu fark ilgiliye ödenmelidir."*⁵ diyerek, her ne kadar tescil kararını iyi niyetli 3. kişi lehine korumuş olsa da, satış bedelinde endeksleme sonrasında eski malik aleyhine çıkacak farkın giderilmesi gerektiğini belirtmiştir.

b. Düzenleme Sonrası Oluşacak Durum ve Mülkiyet Hakkına Etkisi

Kısaca özetlemek gerekirse getirilen düzenleme, kamulaştırma amacına uygun bir biçimde yapılan *"yapı, tesisat ve donatılarla birlikte taşınmazın 5 yıl süreyle idarece kullanılması sonrası"* idarenin eski malike haber verme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Böylelikle, 5 yıl gibi kısa bir sürede yapılan yapılar fiziki ömürlerini dahi tamamlamadan, taşınmazın tahsis amacı değiştirilerek özel mal statüsünde devire konu olabilecektir.

⁵ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Syf. 815.

Madde metninde adı geçen yapı kavramı İmar Kanunu çerçevesinde anlaşılmalıdır. Buna göre, karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler, yapı olarak kabul edilecektir. Tesisat⁶ ve donatı kavramaları ise yapıların oluşturduğu hizmet tesisleri olarak değerlendirilmelidir.

Değiştirilen maddede koşulların gerçekleşmesi durumunda, eski malikin ortaya çıkan zararlarını tazmini için dava açma, talepte bulunma olanağı kaldırılmıştır. Dolayısıyla yapılan düzenlemenin amacı, Yargıtay içtihatları doğrultusunda oluşan sonuçların önüne geçme amacı taşıdığı anlaşılmaktadır.

c. Kamulaştırma Amacının Ortadan Kalkması ve Sonucu:

İdarelerin mal edinme yetkilerinden biri olan kamulaştırma işlemini, Anayasa'nın 46. Maddesine göre ancak "*kamu yararının gerektirdiği hallerde*" yapılacak bir işlem olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar yargı kararlarında ve doktrinde üzerinde uzlaşmış olmasa da kamu yararı, "*idarenin görevlerini yerine getirebilmek için teker teker fertler dışında bütün toplumun veya yerine ve görevine göre belirli halk topluluklarının göz önüne alınmasının mecburiyeti*"⁷ olarak tanımlanabilir.

Bu anlamda kamu yararı, idarenin faaliyetlerinin sebep ve amaç unsurunu meydana getirir. Dolayısıyla kamu hizmetine tahsis amacı ortadan kalkan taşınmazda, kamulaştırma işleminin sebebinin ve amacının da ortadan kalkacağı açıktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.09.1993 tarih, 1993/8E. , 1993/31K. sayılı kararında "*Mülkiyet hakkının kamulaştırma yolu ile değişikliğe uğratılmasının nedeni kamu yararının karşılanması ihtiyacının malikin mülkiyet hakkının korunması ihtiyacından üstün tutulmasıdır.*" vurgusunu yaptıktan sonra, "*Kamulaştırma yapıldıktan ve işin niteliği bakımından belli süre geçtikten sonra taşınmazın kamu yararının gerektirdiği yönde kullanılmamaya başlanılmamış olması, kamu yararının zorunlu kaldığı ihtiyacın kalmamış veya gerçekleşmemiş olması hallerinde mülkiyet hakkının korunması prensibinin gözetilmesini engelleyen neden ortadan kalktığından, mülkiyetin tekrar eski malike iadesi suretiyle mülkiyet güvencesi kuralının*

⁶ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Syf. 815.

⁷ Hayta Mehmet Ali, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Syf. 24

işlerliğinin sağlanması zorunlu bulunmaktadır.” ifadeleriyle, kamu yararı amacının, işlemin özünü oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Diğer yandan, kamulaştırma yoluyla kamu malı statüsüne dâhil edilen taşınmazın özgülleme amacı olan kamu yararının ortadan kalkması, tahsis⁸ prensibince onu özel mal haline getirecektir. Tahsisin, genelde, devletin özel mülkiyetindeki taşınmazın hizmet malına dönüştürülmesi şeklinde ortaya çıktığı⁹ düşünüldüğünde, devletin eski malike öncelik tanıma zorunluluğu mülkiyet hakkının en temel sonucudur.

d. Maddenin Derdest Davalara da Uygulanacağına İlişkin Düzenleme:

Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir. Bu ilke, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur ve Anayasa'nın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümündedir. Hukuk devleti ilkesi, en kısa tanımıyla; “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.” Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk devleti ilkesi, bünyesinde birçok alt ilke içeren genel bir ilke olduğundan diğer bazı ilkelerle birlikte ele alındığında kavranması kolaylaşacaktır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında “hukuki güvenlik ilkesi”nin hukuk devletinin unsurlarından biri olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2003 tarih, 2003/67E. 2003/88K sayılı kararında “Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasako-

⁸ Malın kamu yararına özgülmesi sonucunu doğuran hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır.

⁹ Gözübüyük Şeref, İdare Hukuku Genel Esaslar, Syf 1091.

yucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." ifadelerine yer verdikten sonra yasa değişikliklerinde *"hukuk güvenliğini sarsmayacak biçimde makûl ve ölçülü bir geçiş süreci"* öngörülmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır.

Fakat söz konusu değişiklikler hem yasa maddelerin geriye yürümezliği hem de hukuki güvenilirliği ilkelerini hiçe sayarak, maddenin kesinleşmemiş tüm derdest davalara da uygulanacağı hükmünü getirmiştir.

Sonuç:

Kamulaştırma sonrası kamu malı statüsüne dâhil edilen ve dolayısıyla kamunun ortak kullanımına ve yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın, söz konusu özelliği ortadan kalktıktan sonra eski malike öncelik hakkını düzenleyen 22. Maddenin, eski malik aleyhine değiştirilmesi, zaten kamusal külfetlere katlanmak zorunda bırakılan kişiler için daha büyük hak kayıpları anlamına gelecektir.

Ayrıca idarelerin, kamulaştırdığı taşınmazların imar planlarında ya da çevre koşullarında değişiklikler yapıp, özel mal statüsüyle tahsisini değiştirdikleri taşınmazlardan, haksız kaynak yaratma imkânı getireceği göz ardı edilmemelidir.

Getirilen düzenleme demokratik hukuk devleti ve mülkiyet hakkını kişisel haklar içinde tanımlayan anayasal düzenimizle çelişir niteliktedir.

KAYNAKLAR

- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, , 2002
 Gözübüyük Şeref-Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 2010
 Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2012
 Bilgin Hüseyin-Sezer Yasin, İmar Kanunu Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, 2010
 Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınevi, 2009
 Yıldırım Bekir, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Yetkin Yayınevi, 2012
 Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 1996
 Hayta Mehmet Ali, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Vedat Kitapçılık, 2007

SUÇLARIN İHBARI VE İHBARCILARIN KORUNMASI

REPORTING THE CRIMES AND PROTECTION OF REPORTERS

Hüsamettin UĞUR*

Özet: Kamu güvenliği açısından, terör ve çıkar amaçlı suç örgütleri ile yolsuzluk teşkil eden suç failleri ile sürekli mücadele etmek gerekir. Bu mücadele sadece kolluk güçleri ile yürütülemez. Vatandaşların da üzerine düşen görevi yapması, suç ve suçluları ihbar etmesi, tanıklık yapması gerekir. Pozitif hukukumuzda, bazı yolsuzluk olayları ile gümrük, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı gibi önemli suçlarda, olayların ihbar edilmesi teşvik edilmekte, ödül veya ikramiye verilmesi öngörülmekte ve bazı koruma tedbirlerinin sağlanacağı belirtilmektedir. Ancak bu konudaki yasal düzenlemeler çok dağınıktır. Bir çok kanunda ihbarcılar hakkında yer verilen ortak hüküm, bunların kimliklerinin gizli tutulmasıdır. Bazı hallerde ise ödül- ikramiye verileceği/verilebileceği öngörülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İhbar, Şikâyet, Bilgi Edinme, Dilekçe Hakkı, İhbarcılar Koruma, Tanık Koruma, Kimliğin Gizli Tutulması, İkramiye Verilmesi

Abstract: It is always necessary for public security to fight against terrorism, benefit-oriented criminal organization and criminals involved in corruption. This fight cannot be conducted solely by law enforcement officers. To this end, citizens should carry out their responsibility to report the crimes and give testimony. In the existing law, reporting the crime is encouraged, reward and bonus are foreseen, some protective measures are afforded for important crimes such as corruption cases, arms and drug smuggling. However, legal provisions are dispersed on this issue. The common provision envisaged for the reporters is about the confidentiality of their identity. In some instances, it is stipulated that reward and bonus shall be or can be provided.

Keywords: Reporting, Complaint, the Right to Receive Information, the Right to Petition, Protection of Reporters, Witness Protection, Confidentiality of Identity, Provision of Bonus.

* Yargıtay Üyesi

Giriş

İhbar, kelime olarak bildirme, haber verme, suçlu saydığı birini veya suç saydığı bir olayı yetkili makama gizlice bildirme, ele verme; ihbarcı, haber veren, bildiren kimse, muhbir demektir. Muhbir ise haber ulaştırıcı, haber veren kimse, yasa dışı olan bir durumu yetkili makamlara bildiren kimse, ihbarcı demektir.¹ Öğretide (ceza hukuku açısından) ihbar; suç işlendiğinin, şikâyet şeklinde yapılan başvurular haricinde adli makamlara ve kolluk güçlerine bildirilmesi olarak tanımlanmıştır.² Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ışığında yapılan bir tanıma göre de muhbir, çıkar amaçlı suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan, gizli görevli niteliği taşımayan ve “tanıklık” sıfatını aşacak derecede olayın içinde bulun, hatta suça iştirak eden, suça ilişkin deliller ile faillerinin elde edilmesine katkı sağlayan kişidir.³ “X muhbir” ise bir olay veya failin yeri ile ilgili bilgi vermenin ötesinde olay ve faille ilgili soruşturma ve kovuşturma aşamalarına yardımcı olabilecek, delil toplanmasını sağlayacak açıklamalarda bulunan, bir anlamda “gizli tanık” olarak adlandırılabilir. Bir aşamada, konumda olay ve/veya faille ilgili bilgi ve görgüye sahip kişidir.⁴ “Gizli tanık” veya “x muhbir” Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139. Maddesinde düzenlenen “gizli soruşturmacı” ile karıştırılmamalıdır. Gizli soruşturmacı ancak bir kamu görevlisi olabilir. “Gizli tanık” veya “x muhbir” ise herhangi birisi olabilir.

Bunun yanında, uluslararası hukukta ve öğretide dolaylı tanık, suç ortaklarının tanıklığı, katılanın tanıklığı, bilirkişi tanık, güvenilir kişi, muhbir (informant), adaletle işbirliği yapan kişi gibi kavramlar kullanılmaktadır.⁵

Ülkemizde gerek yanlış vatandaşlık bilinci (muhbir, ispiyoncu olarak damgalanacağı endişesiyle), gerekse güvenlik endişesiyle, insanlar kendisini ilgilendirmeyen ve doğrudan zarar görmediği bir ko-

¹ Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu, Ankara, 2011, s. 1157, 1706

² Centel, Nur/Zafer, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.86; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s.1142

³ Şen, Ersan, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara, s. 132

⁴ Şen, Ersan, s. 149

⁵ Balo, Yusuf Solmaz, *Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)*, Seçkin Yayıncılık, 2009 Ankara, s. 51 v.d. (ve yazarın atıfta bulunduğu diğer kaynaklar)

nuda, özellikle de gerçek isim ve adresleriyle ihbarda bulunmaktan çekinirler.

Genel olarak dilekçe ve bilgi edinme hakkı dışında hukukumuzda suçların ihbarı ve muhbirlerin (ihbarcılarının) korunmasına dair bir çok yasada açık hükümler bulunmaktadır. İhbarcı, bir suçun mağduru, müştekisi ve tanığından farklı olarak yetkili makamlara haber verdiği suçla hiç ilgisi olmayan birisi olabileceği gibi şikâyetçi olmasa da bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören dolayısıyla mağdur olan veya tanık olarak dinlenebilen kişi de olabilir.

Bu anlamda denilebilir ki her ihbarcı müşteki, mağdur veya tanık olmayabilir ancak bir suçun müştekisi (şikâyet edeni), mağduru veya tanığı aynı zamanda ihbarcı olabilir.

Yapılan ihbarlarda genellikle isim-adres verilmediği veya doğru olmayan isim ve adreslerin verildiği bilinen bir gerçektir. Günümüzde ihbarlar genellikle telefon ve e-posta ile yapılmaktadır. İhbarın somut verilere dayanması halinde bir ihbar tutanağı düzenlenerek konu hakkında gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Aksi durumda yetkili ve görevli kimselerin sorumluluğu doğabilir.

1. Dilekçe, Şikâyet ve Bilgi Edinme Hakkı

1982 Anayasa'sının "Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı" başlıklı 74. maddesinde genel olarak dilekçe, şikâyet ve bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre;

"Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi-ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

(Ek fıkra: 5982 S.K. m.8) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine⁶ başvurma hakkına sahiptir.

⁶ Kamu Denetçiliği (Ombudsman Denetimi): İskandinav ülkeleri ve Anglo-Sakson kaynaklı olan bir sistemdir. Ülkemizde kamu denetçiliğinin temelleri 28.9.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile atılmışsa da Kamu Denet-

(Ek fıkra: 5982 S.K. m.8)Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. ...”

Dilekçe, şikâyet ve bilgi edinme hakkında daha ayrıntılı düzenlemelere 1.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun⁷ ile 9.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda⁸ yer verilmiştir.

3071 sayılı Kanun'a göre Türk vatandaşları ve Türkiye'de ikamet eden yabancılar (karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe yazılması kaydıyla) kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili idari makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler. Dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgah adresinin bulunması gerekir. Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir. Belli bir konuyu ihtiva etmeyen, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan ve 4. maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayan dilekçeler incelenemez. Yetkili makamlara yapılan başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir. TBMM'ne gönderilen dilekçelerin, Dilekçe Komisyonunda incelenmesi ve karara bağlanması altmış gün içinde sonuçlandırılır. İlgili kamu kurum veya kuruluşları, TBMM Dilekçe Komisyonunca gönderilen dilekçeleri otuz gün içinde cevaplandırır. (3071 sayılı K. m. 1-8)

3071 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçeler incelenmez. Ancak bundan, bir

çiliğinin anayasal dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle, anılan Kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (04.04.2009 gün ve 27190 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 25.12.2008 tarih, 2006/140 E., 2008/185 sayılı Karar.). Bunun üzerine Anayasanın 74. maddesinde 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ayrıntıları kanunla düzenlenmek üzere, TBMM Başkanlığına bağlı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuş, 14.6.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun çıkarılmasından sonra da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Başdenetçi ve Denetçiler seçilerek Kamu Denetçiliği Kurumu göreve başlamıştır.

⁷ 10.11.1984 gün ve 18571 sayılı Resmi Gazete

⁸ 24.10.2003 gün ve 25269 sayılı Resmi Gazete

suça ilişkin şikayet veya ihbarı içeren dilekçelerin cevapsız bırakılacağı veya incelenmeden ilgilisine iade edileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Çünkü aynı Kanun'un 5. maddesine göre "dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir." 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İhbar ve Şikayet" başlıklı 158. maddesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir: "Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. ... Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir."

Kaldı ki Valiler, Kaymakamlar, Bakanlar ve Başbakan; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (m. 3) uyarınca, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında soruşturma izni vermeye yetkili kılınmıştır. Bunlar, kendilerine gönderilen veya verilen dilekçeleri "yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili" olduğu gerekçeyle cevapsız bırakmayıp veya incelemekten ilgisine iade etmeyip, gereğini yapmakla yükümlüdürler.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ise "demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri" düzenlemektedir (m.1). 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümlerinin saklı tutulduğu 4982 sayılı Kanuna göre, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar (m. 4) Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler (m.5) Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurula (Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu- m.14) itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve

kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler (m.13)

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Müracaat, Şikayet ve Dava Açma" başlıklı 21. maddesine göre;

"Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahiptirler.

Müracaat ve şikayetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak yapılır.

Müracaat ve şikayetler incelenerek en kısa zamanda ilgiliye bildirilir. Müracaat ve şikayetlerle ilgili esas ve usuller Başbakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir."

657 sayılı Kanunun 25. maddesinde ise kasıtlı olarak veya hakaret amacıyla memur hakkında ihbar ve şikâyetle bulunarak memura asılsız suç isnad edenler hakkında suç duyurusunda bulunulacağı düzenlenmiştir.⁹

23.01.2004 gün ve 204/12 sayılı "Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması" Konulu **Başbakanlık Genelgesinde**¹⁰ de dilekçe ve bilgi edinme hakkının anayasal ve yasal çerçevesi çizilip, önemi vurgulandıktan sonra; "Dilekçe hakkı, sorulara cevap almak suretiyle bilgi edinmeyi, şikayette bulunmak suretiyle denetlemeyi, dilek ve öneride bulunmak suretiyle de demokratik katılımı sağlayan siyasal haklardandır. Bu itibarla, ... Ad, soyad ve adres bulunmayan, imza taşımayan, belli bir konuyu içermeyen, ya da yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili dilekçeler cevaplandırılmayacaktır. Ancak, bu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyor ise, bu hususlar ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilceği" belirtilmiştir.

⁹ 657 sayılı Kanun'un 25. maddesi: Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler.

¹⁰ 24 Ocak 2004 tarih ve 25356 sayılı Resmi Gazete.

2. Kamu Görevlileri Etik Kurulu veya Yetkili Disiplin Kurullarına Başvuru

25.5.2004 gün ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹¹ 4. maddesi uyarınca 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunda belirlenen esaslara göre, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile Türkiye'de ikamet eden yabancı gerçek kişiler; bu Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında Etik Kuruluna başvurulabilir.

Genel Müdür veya buna eşit seviyenin altında görev yapan diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak başvurular ise ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında, Kurul tarafından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı yönünden değerlendirilir. Değerlendirme sonucu alınan karar, ilgililere ve başvuru sahibine bildirilir. Ancak, kamu görevlilerini karalama amacı güden, haklı bir gerekçeye dayanmayan, başvuru konusuyla ilgili yeterli bilgi ve belge sunulmamış başvurular değerlendirilmeye alınmaz.

Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamaz. İnceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemi durdurulur.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İhbar ve Şikâyet

Pozitif hukukumuzda suçların ihbar ve şikâyetine dair hükümler çok dağınıktır. En genel düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İhbar ve Şikâyet" başlıklı 158. (1412 sayılı CMUK 151.) maddesinde mevcuttur. Aşağıda değinileceği gibi bir çok özel yasada da suç ve/veya suçluların ihbarına dair hükümler mevcuttur. CMK'nun 158. maddesine göre;

"(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

¹¹ 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi gazete.

(2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir.

(4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

(6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur."

CMK'nun "Şüpheli Ölümün İhbarı" başlıklı 159. maddesine göre "Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler."

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi aşağıda değinilecek olan TCK'nun 279 ve 280. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturabilir.

CMK'nun 170. maddesinde, Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamede; açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliğinin de gösterileceği belirtilmiştir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından bu bir gerekliliktir. Çünkü suç ihbarında bulunan kimsenin olayla ilgili bilgi ve görgüsü varsa bu kimseye yer göstermede, teşhis etmede ihtiyaç olabilir. Rızası varsa yüzleştirme yapılması, tanıklık yapması gerekebilir. Bütün bunlar yapılırken kendisi istemedikçe kişiliği ve kimliğinin gizli tutulmasına dikkat edilmelidir.

Türk Hukukunda tanıklık toplumsal bir görev olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple tanıklığın yasak veya ihtiyari olduğu (CMK m. 45 v.d.) durumlar dışında kalan herkes, kamusal görevin gereği olarak

tanıklık yapmak zorundadır (CMK m. 60). Bunun sonucu olarak da, yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinmeye, gerek muhakeme hukukunda ve gerekse maddî ceza hukukunda bir kısım sonuçlar bağlanmıştır.¹²

CMK'nun "Tanığa İlk Önce Sorulacak Hususlar ve Tanığın Korunması" başlıklı 58. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında;

Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı,

Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebileceği,

Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin, ilgili kanunda düzenleneceği,

açıkça belirtildikten sonra 5. fıkroda "ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir" ifadesiyle, korumanın kapsamı sadece bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlandırılmıştır. Hükümet Tasarısında (m. 60) 5. fıkradaki hüküm mevcut değilken, Komisyonunda son şeklini almıştır.¹³

5271 sayılı CMK'nun 236/1. maddesine göre "Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır."

4. Türk Ceza Kanunu'na Göre İhbar ve Şikâyet

Suçtan zarar görenin ihbarına şikâyet denilir.¹⁴ 5237 sayılı TCK'nun 73. maddesinde ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma en-

¹² Balo, Yusuf Solmaz, s. 46 (ve yazarın atıfta bulunduğu diğer kaynaklar)

¹³ Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 5. Baskı, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 828, 829

¹⁴ Yaşar, Osman, s. 1825

geli (şartı) olan şikâyet düzenlenmiştir.¹⁵ Özel hükümler kısmında ise ihbar (bildirim) yükümlülüğünün kötüye kullanılması veya yerine getirilmemesi suç olarak düzenlenmiştir. {Örneğin, iftira (m. 267), suç uydurma (m. 271), suçların bildirilmemesi (m. 278, 279 ve 280), tutuklu, hükümlü veya suç delillerinin bildirmemesi (m. 284), devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik suçlarının işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmemek suçları (m. 333/4)}

Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmek iftira suçunu, işlenmediğini bildiği bir suçu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etmek ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurmak, suç uydurma suçunu oluşturur.

5237 sayılı TCK'nun 278. maddesinde düzenlenen "suçu bildirmeme" suçunda, "işlenmekte olan" veya "işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen" kişilerin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, yetkili makamlara bildirilmeyen suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunama-

¹⁵ **Madde 73 -** (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

yacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, verilecek cezanın, yarı oranında artırılacağı düzenlenmiş idi. Ancak TCK'nun 278. maddesi, Anayasa'nın 38/5. maddesindeki "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmüne aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesince İPTAL edilmiştir.¹⁶ Bu Karar, 15 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra, 2.7.2012 tarih ve 6352 SK. ile 278. madde yeniden düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gözetilerek, son fıkrada tanıklıktan çekinebilecek olanların bu suçun faili olması halinde cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür.

TCK'nun 279 ve 280. maddelerinde ise "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi" ve "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi" suçları düzenlenmiştir. 279. maddedeki suç, özgü (mahsus) suç olduğundan suçun faili ancak kamu görevlisi olabilir. 280. maddede sayılan sağlık mensuplarının da kamu görevlisi olması halinde haklarında soruşturma doğrudan genel hükümlere göre yapılır.

TCK'nun 284. maddesinde, "Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerini Bildirmeme" suçu düzenlenmiştir. Maddede "Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği hâlde" ya da "işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği hâlde" yetkili makamlara bildirmeyen kimse için ceza öngörülürken "bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz"

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 30.06.2011 gün ve 2010/52 Esas, 2011/113 sayılı Kararı, 15.10.2011 gün ve 28085 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verildiğinden ve verilen süre içinde kanunkoyucu yeni bir düzenleme yapmadığından, 15.04.2012 tarihinden itibaren TCK'nun 278. maddesi bütünüyle suç olmaktan çıkmıştır. 5237 sayılı TCK'nun 7. maddesindeki kanunun "Zaman Bakımından Uygulama" ilkesinin gereği olarak daha önce işlenip henüz kesin hükme bağlanmamış dosyalarda da bu hususun gözetilmesi gerektiği gibi, kesinleşip infaz edilmemiş dosyalar yönünden de lehe olan bu hususun uyarılma yargılaması ile değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal kararının gerekçesinde "İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapılacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayırık tutulmamıştır. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır" tespitine yer verilmiştir.

şeklinde cezasızlık haline yer verilmiştir. 278. maddede de buna benzer şekilde yakın akrabalar yönünden cezasızlık haline yer verilseydi iptal edilmeyecekti.

TCK'nun 333. maddesinde de "devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik" suçları düzenlendikten sonra 4. fıkrada "bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile hapis cezası verileceği" hükme bağlanmıştır.

5. Tanık Koruma Kanunu

27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu¹⁷ hukukumuzda önemli bir boşluğu doldurmakta birlikte kapsamı Kanun'da gösterilen kişi ve suçlarla sınırlıdır.

Kanunun amacı, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir (m.1).¹⁸

Tanık Koruma Kanunu'na göre "**Tanık:** Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını ve bu Kanunda belirtilen yakınlarını ifade eder." (m.2)

¹⁷ 05.01.2008 tarih ve 26747 sayılı Resmi Gazete. Kanunun uygulanmasına ilişkin "Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik", 11/11/2008 tarih ve 27051 sayılı Resmi Gazete.

¹⁸ Kanunun genel gerekçesine göre; "Suç ve suçlulukla mücadelenin etkin yöntemlerinden birisi de yargılamanın her hangi bir aşamasında mutlak maddi hakikatin gerçekleştirilmesine yardımcı bir suje olarak tanıkların ve dolayısıyla bunların yakınlarının korunmasıdır. Klasik ceza yargılamasında olduğu gibi günümüz çağdaş ceza muhakemesi hukukunda da, tanıklık ve dolayısıyla tanık beyanı, ceza adalet sisteminde vazgeçilmez bir delil olma özelliğini halen korumaktadır. Bu nedenle, hangi hukuk sistemi benimsenirse benimsensin, ceza adalet sistemi tanıksız olarak işleyemez. Tanık, suçun işlenmesinden ve dolayısıyla soruşturma evresinden başlayarak kovuşturma evresinin sonuna kadar, başka bir anlatımla yargılamanın kesin hükümle sona ermesine kadar, her aşamada çok büyük öneme sahiptir. Yargılamanın başarıyla ve hakkaniyete uygun bir şekilde sonuçlandırılarak, cezaî uyumsuzluğun çözümlenmesi, çoğu zaman tanıklarla kurulacak ilişkinin şekline bağlıdır. Suçsuzluk karinesi, silahların eşitliği, susma hakkı, kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkeleri, başka delillerle ispat imkanı bulunmayan durumlarda tanıklarla işbirliğini zorunlu kılmaktadır."

Kanunun amacı ve tanık tanımlanırken ceza muhakemesine, dolayısıyla CMK'na yollama yapılsa da 3. maddede “**Tanık Koruma Tedbiri Alınması Gereken Suçlar**” sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre;

“5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar,

Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak”

Tanık Koruma Kanunu uygulanabilecektir. Ayrıca gerek bu Kanun'da gerekse özel Kanun'larda yapılacak değişiklik ile Tanık Koruma Kanunu kapsamına başka suçlar da alınabilir ve alınmalıdır.

Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler ise 4. maddede gösterilmiştir. Böylece 3. maddede suçlarla sınırlı olmak üzere;

“a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.¹⁹

b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler.²⁰

(2) Tanık koruma tedbirleri, birinci fıkrada sayılanların kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü

¹⁹ Madde gerekçesine göre; maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişilerden maksat, her olayın mağduru değil, aynı zamanda olayın tanığı olan ve mahkeme tarafından dinlenen mağdurlardır.

²⁰ “Yakın ilişki içerisinde bulunan kişi” teriminin kapsam ve tanımı yapılmamıştır. Esasen, bu kişi, maddenin (b) bendinde sayılan kişilerin dışında ve tanığın, tanıklığını etkileyecek derecede yakın ilişki içinde bulunduğu bir kişi olacaktır. Örneğin, resmi olmayan birliktelikler, aynı evi paylaşma durumları, kişinin iş ortağı, yaşlı ve bakıma muhtaç bir kişinin yardımcısı veya uzun yıllar bir kişinin bakım ve gözetimini üstlenen bakıcısı yakın ilişki içerisinde bulunan kişi terimi içerisinde değerlendirilebilecek hallerdir.” (Madde gerekçesi)

veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde uygulanabilir.”

Tanık koruma tedbirleri Kanun’un 5. maddesinde sayılmıştır.

“Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.” (m. 22)

6. İhbarcılarının Tanıklığı ve Beyanlarının Delil Olarak Değerlendirilmesi

Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ispatıdır. Ancak maddi gerçeğin ispatı ne pahasına olursa olsun değil, kanuna ve hukuka uygun olarak elde edilen delillerle yapılmalıdır. İspat araçları temelde üç çeşittir:

1-Beyan delilleri (sanık, mağdur ve tanık beyanları),

2-Belge delilleri (yazılı belgeler; senet, vesika, tutanak vb.) ve

3-Belirtilerdir. Verilecek hüküm de mümkün olduğu kadar duruşmaya getirilmiş ve mahkeme huzurunda tartışılmış delillere dayandırılmalıdır.

Yargıtay Kararlarına göre muhbirin (ihbarcının) rızası varsa tanık olarak dinlenebilir.²¹ Ancak tanık olarak dinlenen muhbirin beyanının

²¹ “Mevcut kanıtlar arasında çelişkiler bulunduğu dikkate alındığında, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi, sanık M. İ.’nin savunmasının denetlenebilmesi ve olaydaki konumu ile kastının hükme varmaya yeterli olacak ölçü ve kesinlikte ortaya konulabilmesi bakımından soruşturmanın genişletilip, ... muvafakat gösterdiği takdirde X Muhbir’in de dinlenilerek, kendisinin ve kolluk görevlilerinin faaliyetinden sanık M. İ.’nin haberinin bulunup bulunmadığı, sanığın olaydaki konumunun ne olduğu, bilgi vermek ve satıcılarla tanıştırmak suretiyle kendisi veya kolluk görevlilerine yardımcı olup olmadığı hususlarında bilgisine başvurulması gerekir. (CGK., 12.10.2004, 2004/145 E., 2014/196 K.) “...olay ve yakalama tutanağını düzenleyen tutanak tanıkları ve bu tutanakta belirtilen... sicil numaralı görevli ile rıza gösterdiği takdirde muhbir olarak kullanılan kişinin tanık olarak çağrılıp dinlenmeleri ve gerektiğinde sanıkla yüzleştirilmeleri; ... daha sonra tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şe-

ayrıca başka delillerle teyit edilmesi (doğrulanması) veya desteklenmesi gerekir. Maddi delillerle desteklenmedikçe, soyut ikrar gibi²² soyut ihbar ile de mahkûmiyet hükmü kurulamaz.²³

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddenin 1. fıkrasında, bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanacağı, 8. fıkrasında ise, Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır.

7. Özel Yasalarda Suçların İhbarı ve Muhbirlerin Korunmasına Dair Hükümler

Suçların ihbarı ve şikâyete ilişkin bir çok özel yasada da hükümler mevcuttur. 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 14. maddesine göre, bu Kanun kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz. Aynı Kanunun 6. maddesinde ise bu yasağa aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanların cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

30.7.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun "Tanığın ve Görevlilerin Korunması" başlıklı 7. maddesinde; tanığın kimliğinin veya meskeninin veya ikametgâhının

22 kilde hüküm kurulması," (10.CD, 13.11.2007, 2007/14228 E., 2007/13221 K.)
"Sanığın annesine ait evde ele geçirilen esrarı satmak amacıyla bulundurduğu, yönetimindeki otomobilde ele geçen esrarı ise diğer sanık Bülent'e temin ettiği, bu eylemlerinin bütünüyle uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyet kararı verildiği; sanığın ayrıca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığına veya bu amaçla bulundurduğuna ilişkin, daha az ceza almak için suç konusu maddeleri kullanmak amacıyla bulundurduğu yönündeki soyut beyanı dışında delil bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında bu suçtan beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması, Yasaya aykırı," (10. CD., 29.05.2012, 2010/18075 E., 2012/10238 K.)

23 "Olay tespit, yakalama ev - arazi arama ve muhafaza altına alma tutanağı, sanığın savunmaları ve dinlenen tanıkların beyanları ile dosya içeriğine göre; muhbirin soyut beyanı dışında ele geçirilen uyuşturucu maddelerle sanığın ilgisini kanıtlar nitelikte her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı," (10. CD., 31.05.2011, 2011/5586 E., 2011/4687 K.)

veya işyerinin bilinmesi, kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike ihtimalini ortaya çıkarırsa; Tanık için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adresin tespit edilebileceği ve tanığın kimliğinin soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabileceği, tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde, kimliğinin soruşturmanın hiç bir aşamasında açıklanmayacağı, tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesindeki hükümlerin (koruma tedbirlerinin) uygulanmasına karar verilebileceği belirtildikten sonra bu hükümlerin, muhbirler ve bu Kanunun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurları hakkında da uygulanacağı, kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgilerin hiçbir şekilde açıklanamayacağı, kimlik, görev ve özel hayata ilişkin bilgileri açıklayanlara veya açıklanmasına yardımcı olanlara hapis cezası verileceği öngörülmüştü. Bu düzenlemeler Tanık Koruma Kanunu'ndan önce tanıkların korunmasına ilişkin en kapsamlı hükümlerdi.²⁴ 4422 sayılı Kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 1.6.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu konuda daha bir çok özel yasada hükümler mevcuttur. 1.1.1961 tarihinde yürürlüğe giren 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesi, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun "Suçun İhbarı" başlıklı 18. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin 4483 sayılı Kanun

²⁴ 4422 SK, aynı zamanda CMK'ndan önce "Gizli Görevli Kullanılması"nu açıkça düzenleyen ilk Kanun'dur.

4422 SK. madde 5: "Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşıldığında, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir.

Gizli görevli gerektiğinde örgütüne de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.

Gizli görevli, 1. inci maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir.

Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli görevini yerine getirirken suç işleyemez.

Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur."

kapsamına giren suçlarına ilişkin ihbar ve şikâyetleri düzenleyen 4. maddesi, hâkim ve savcılar hakkında ihbar ve şikâyetlere dair 2802 sayılı Kanun'un 97. maddesi ile 15.12.1990 tarih ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin (b) fıkrasının 2. Bendi buna örnek olarak gösterilebilir.

Görüldüğü gibi mülga 4422 sayılı Kanun ile mevcut 3713 sayılı Kanundaki koruma tedbirleri hariç, diğer yasalardaki düzenlemelerin hepsi ihbar ve şikâyetlerin nasıl, nereye yapılacağı ve bunun üzerine ilgililerin hareket tarzına dairdir. İhbar ve şikâyetinde bulunan (ihbarcı ve müşteki) hakkında kural olarak kimliklerinin gizli tutulacağına, ihbarın asılsız çıkması veya içerik olarak suç teşkil etmesi halinde açıklanabileceğine dair düzenleme dışında bir hüküm bulunmamaktadır.

8. İhbarcılara İkramiye-Ödül Verilmesini Öngören Kanunlar

8.1. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 4. maddesine göre Taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını bulanlar, malik oldukları veya kullandıkları arazinin içinde kültür ve tabiat varlığı bulunduğunu bilenler veya yeni haberdar olan malik ve zilyetler, bunu en geç üç gün içinde, ilgili makamlara bildirmeye mecburdurlar. Kanun'un 64. maddesinde ise "Kültür Varlıklarını Bulanlara Verilecek İkramiye" düzenlenmiştir.

2863 sayılı Kanun'un 64. maddesi ile maddede atıfta bulunulan 4, 24 ve 25. maddeler birlikte dikkate alındığında; bir kimse ister kendi arazisi içinde, ister başkasının mülkü içinde, isterse Devlete ait arazide bulmuş olsun, taşınır kültür varlıklarını en geç üç gün içerisinde en yakın müze müdürlüğüne, köy muhtarlığına ya da mülki idare amirlerine haber vermelidir. Bu gibi varlıklar, askeri garnizonlar ve yasak bölgeler içinde bulunursa, usulüne uygun olarak üst komutanlıklara bildirilir. Bu süreler içinde mazeretsiz olarak haber verilmezse kültür varlıkları gizlenmiş sayılır ki, gizleyen kimse 2863 sayılı Kanun'un 67/1. maddesindeki suçun faili olur.²⁵

²⁵ Madde 67- (Değişik madde: 23.01.2008-5728 S.K. m. 410) Kültür ve tabiat varlıkları

Nerede olursa olsun yeni bulunup da süresi içinde yetkili makam ve mercilere haber verilen kültür varlıkları için; bulunan varlık, bulunan kendi mülkü içinde ise bu Kanununun 24 ve 25. maddeleri uygulanır. 24 ve 25. maddelere göre Devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi tutulur. Devletin elinde ve müzelerde bulundurulması gerekenler, Bakanlık tarafından sahiplerinden satın alınarak müzelere konulurlar. Bu şekilde satın alınan eserler için sahiplerine ayrıca ikramiye ödenmez. Tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyen eserler ise sahiplerine bir belge ile iade olunurlar. İade olunan kültür varlıkları üzerinde, sahipleri her türlü tasarrufta bulunabilirler.

Bulunup da süresi içinde haber verilen kültür varlıkları, başkasının mülkü içinde ise Bakanlıkça değeri dikkate alınarak, takdir olunacak bedelin %80'i ikramiye olarak bulan ile mülk sahibi arasında yarı yarıya paylaşılır. Kültür varlığı Devlete ait arazide bulunmuş ise, takdir olunacak bedelin %40'ı bulana ikramiye olarak verilir. Bulunup da süresinde haber verilmediğinden dolayı gizlenmiş sayılan kültür varlıklarını haber verenler ile, bunları yakalayan kamu görevlilerine, 1905 sayılı "Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber verenlere Verilecek İkramiyelere Dair Kanun" uyarınca taşınır mallar için gösterilen oranlar dahilinde tespit edilen bedel ikramiye olarak verilir. Bu şekilde kültür varlıklarını bulan, haber veren veya yakalayan kişiler birden fazla ise verilecek ikramiyeler bunlar arasında eşit olarak paylaşılır. İkramiyelerin tahakkuk ve tediyesine dair işlemler, Maliye ve Kültür ve Turizm bakanlıklarınca birlikte hazırlanacak yönetmelik esaslarına göre yapılır.

8.2. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

31.3.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 19/4. maddesine göre "(Değişik fıkra: 28.03.2013-6455 S.K. m. 60) Bu Kanununun 3 üncü maddesi kapsamındaki suçları ihbar edenler ile 23 üncü maddesi gereğince ikramiye ödenmesi ön-

nyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

görülen muhbirlerin kimliği izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır.”²⁶ 5607 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinde henüz 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu çıkarılmamıştı. Dolayısıyla “tanıkların korunmasına ilişkin hükümler” ile kastedilen, CMK’nun bu konuya ilişkin (m. 58) hükümleridir.

5607 sayılı **Kanun**’un 19/4. maddesinin ilk halinde 1918 sayılı Kanun’un 2. maddesi gibi kaçakçılığa konu eşya ayırımı yapmadan “kaçakçılık olaylarının” ihbarı düzenlenip aynı Kanun’un 23. maddesinde de kaçakçılığa konu maddeler açıkça sayılıp gösterilmişti. Bu nedenle ihbarcı ve el koyanlara ikramiye verilmesi için yakalanan eşyanın; gümrük kaçağı eşya veya 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamındaki silâh ve mermi veya uyuşturucu madde ya da TCK’nun 174. maddesi kapsamında patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerden olması fark etmiyordu.

Ancak Yargıtay’ın bir kararında belirtildiği gibi, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 27. maddesindeki “Türk Ceza Kanununun 403, 404, 405, 406, 407 ve 408 inci maddelerinde yazılı suçlar 1918 numaralı kanun hükümlerine göre ... takip ve muhakeme” olunacağını belirtmesi nedeniyle Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’daki “Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti, haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz” (m.2) hükmü uyuşturucu madde kullanmak, satmak, imal etmek, ithal ve ihraç etmek suçlarının faillerini ihbar edenler hakkında da uygulanıyordu. 5728 sayılı Kanun ile 2313 sayılı Kanun’un 27. maddesi yürürlükten kaldırılınca 08.02.2008 ve sonraki tarihlerde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarıyla ilgili ihbarda bulunan kişiler hakkında, 1918 ve 4926 sayılı Kanunların yerine çıkarılan

²⁶ 5607 sayılı Kanun’un 19/4. maddesinin değiştirilmeden önceki hali “Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde olup benzer hüküm 4.12.2003 tarih ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’na 25.1.2007 gün ve 5576 sayılı Yasayla eklenen Ek 4. maddesinde de mevcuttu.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen "Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz." şeklindeki hükmün uygulanma imkânı kalmamıştı.²⁷

Uyuşturucu madde suçlarının faillerini ihbar edenler açısından ortaya çıkan bu boşluk ile gümrük kaçakçılığı yönünden diğer maddelerle Petrol'ün (akaryakıt ve diğer ürünlerin) farklı Kanunlarda düzenlenmesinin doğurduğu karışıklık, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Yasa²⁸ ile giderildi. Şöyle ki, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile Petrol Piyasası Kanunu'nda birçok değişiklik yapıldı. Bunun sonucu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3, 19 ve 23. maddeleri yeniden düzenlenip, bu maddelerin içine kaçak petrole ilişkin suç ve cezalar ile bunun tasfiyesi ve verilecek ikramiyeler de alınarak artık ihtiyaç kalmayan Petrol Piyasası Kanunu'nun ek 3, 4 ve 5. maddeleri yürürlükten kaldırıldı.

Böylece konumuz açısından değerlendirildiğinde, 6455 sayılı Yasa ile 5607 sayılı Kanun'un 3, 19 ve 23. maddelerinin yeniden düzenlenmesi sonucunda;

- Gümrük kaçakçılığına konu olan Petrol (akaryakıt ve diğer ürünler) ile izinsiz üretilen, belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen ya da nakil boru hatlarından, depolarından veya kuyulardan kanunlara aykırı şekilde alınan akaryakıt ile maddede sayılan (ki normalde kaçakçılık suçu olmayan tütün mamülleri, alkol ve alkollü içkilerin üretim ve satışı ile bunlara ilişkin bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin taklitlerini imal etmek, ülkeye sokmak, bunları bilerek bulundurmamak, nakletmek, satmak ya da kullanmak gibi) diğer eylemler, suç olarak Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun içine alındı. Böylece ihbar ve el koymaya konu olup, ikramiye verilecek suçların kapsamı genişletilmiş oldu.
- 5728 sayılı Kanun ile 2313 sayılı Kanun'un 27. maddesinin yürürlükten kaldırılması sonucu uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarının ihbarcılarını açısından uygulanma imkânı kalmayan Kaçakçılıkla

²⁷ 10. CD., 25.05.2011, 2011/5104 E., 2011/4583 K.

²⁸ 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararname-lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Mücadele Kanunu'nun 19/4. maddesindeki "Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz." şeklindeki hüküm, uyuşturucu madde ve amaçla ekilen (kenevir, haşhaş gibi) bitki yakalamalarını kapsayacak şekilde yeniden düzenlendi.

Yukarıda değinilen Kanun'lardan başka ihbarcılara ikramiye verilmesini öngören çok sayıda Kanun (ve ilgili Yönetmelik) bulunmaktadır. Biz burada konumuzla doğrudan ilgili birkaçına daha değineceğiz.

8.3. Suç sınırlaması yapmadan içinde hem kimliğin gizli tutulacağı, hem de ödül verileceğine ilişkin hüküm içeren Kanun, 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı **Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu**'dur. Anılan Kanun'un ek 9. maddesine göre "ilan edilmek suretiyle aranan sanık veya hükümlülerin yerlerini bildiren veya yakalanmalarına yardımcı olan kişilere ödül verilir ve bu kişilerin rızaları olmadıkça kimlikleri açıklanamaz." Görüldüğü gibi burada suç yönünden bir sınırlama olmasa da bir başka sınırlama mevcuttur. Verileceği belirtilen ödüle hak kazanmak için, yerleri bildirilip yakalanmalarına yardımcı olunan kişilerin "ilan edilmek suretiyle aranan sanık veya hükümlüler" olması gerekmektedir.

8.4. Sınırlı suçlara ilişkin olsa da 8.9.1971 tarih ve 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un ek 1. maddesinde sayılan olayların faillerinin yakalanabilmesine yardımcı olanların veya yerlerini yahut kimliklerini bildirenlerin kimliğinin gizli tutulup, ödül verilebileceği ve ödül verilenler hakkında koruyucu tedbir alınacağı öngörülmektedir.

8.5. 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı "Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektuplarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun", "Umumi veya hususi kanunlar ve muahedeler ahkâmına göre Devlete ait veya Hazine emrine mevdu olması lazım geldiği halde Hükümetin kayda müstenit ittılai haricinde kalmış olan bilumum menkul ve gayrimenkul emval veya bu nevi emvalin intifa hakları ile senede merbut veya ipotekli ve ipoteksiz alacakları ve her nevi mevduat ve emanet ile esham ve tahvilatı ve sigorta matluplarını ihbar edenlere" dairdir.

Kanunun 1 ve 2. maddelerine göre menkul ve gayrimenkul mallar ile maddede sayılan diğer (mevduat, senet, tahvil, intifa hakkı, vergi ve benzeri alacaklar için) malın kıymetinin veya iki yıllık kullanım bedeli üzerinden belli oranda ikramiye verilir. Önemli ihbarlarda Bakanlar Kurulu kararıyla bu oranlar gerektiğinde arttırılabilir. İhbar eden devlet memuru ise bu maddedeki nispetlerin yarısı miktarında ikramiye verilir. Verilecek ikramiyelerin hesabında taşınır mallar ve intifa haklarının o tarihteki miktar ve rayiç değerleri, taşınmazların arazi ve bina vergileri kanunlarına göre tayin olunacak kıymetleri, esastır (m.4). Antika eserler ve defineler hakkında özel hükümler geçerlidir (m.5).

Bina, arazi ve arsalarından kayıt dışı kalanlar ile kazanç, hayvanlar, veraset ve intikal, muamele, dahili tüketim ve damga gibi daimi vergilerden yanlış beyanname vermek veya çift defter tutmak veya sair suretlerle gizlenmiş olanları haber verenlere tahakkuk edecek vergi ve misil cezaların toplamı üzerinden belirlenen oranlar dahilinde ikramiye verilir (m.6)

Bilumum malmemurları, tahrir ve tahmin heyetleri mensupları ile tahakkuk muamelesinde vazifedar olanlara ikramiye verilmese de (m.6), bu kanunun birinci ve altıncı maddelerinde yazılı kayıt dışı (gizli, saklı) kalmış mal ve kazançları açığa çıkarmakta emsallerine göre fevkalade hizmeti görülen gelir, tahakkuk ve tetkik memurları buldukları mahallin en büyük malmemurunun talebi ve Maliye Bakanlığının takdir ve tensibi ile misil zamları fazlalarından iki maaşa kadar nakten ödüllendirebilirler (m.7).

Kısaca 1905 sayılı Kanun, hem her nasılsa kayıtsız-tescilsiz kalması nedeniyle gizli-saklı-beyan dışı kalmış devlet malları ve alacaklarını, hem de vergi kaçırmak veya az vergi ödemek için yanlış beyanname verilmesi, çift defter tutulması veya sair suretlerle gizlenmiş olan malvarlığını ihbar edenlere ikramiye verilmesine dairdir.

8.6. 25.6.1927 tarih ve 1156 sayılı “Kanuna Mugayir Tahakkuk ve Tediye Muamelatını İhbar Edenlere İkramiye İtasına Dair Kanun” ise, kanunen hak edilmeyen, ödenmemesi gereken bir masrafın devletten haksız olarak alınması veya alınmasına (ödenmesine) karar verilmesi sonrasında bunu ihbar edenlere ihbarların sabit olması halinde geri alınacak veya ödenmeyecek olan meblağın yüzde yirmisine kadarının ihbarcıya ikramiye olarak verileceği hükmünü içermektedir. Yolsuz-

lukla mücadele adına uygulandığını hiç duymadığımız, vatandaşın da varlığından haberdar olduğunu sanmadığımız, resmen yürürlükte olsa da fiilen metruk (unutulan, terk edilen) bir Kanundur.

8.7. 5320 sayılı yasayla mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile mevcut 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, muhbir ve tanıkların kimliklerinin gizli tutulmasının öngörülmesinin yanında 3713 sayılı Kanun'a göre maddede sayılan görevlilerle suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı düzenlenmiştir (29.6.2006 gün ve 5532 S.K. ile değişik m. 20).

Sonuç

Görüldüğü gibi pozitif hukukumuzda suç teşkil etsin etmesin bazı yolsuzluk olayları ile önemli (gümrük kaçakçılığı, silah ve uyuşturucu ticareti gibi) suçlarda, olayların ihbar edilmesi teşvik edilmekte, ödül veya ikramiye verilmesi öngörülmekte ve bazı koruma tedbirlerinin sağlanacağı belirtilmektedir. Ancak bir çok konuda olduğu gibi bu hususta da yasal düzenlemelerin çok parçalı ve dağınık olduğu; bir başka ifade ile aynı konudaki hükümlere farklı yasalarda rastlandığı gibi, birbirini tamamlayan hükümlerin de farklı yasalarda olduğu görülmektedir.

Belirli suçları ihbar edenlere veya suç eşyasının yerini bildiren, yakalanmalarına yardımcı olanlara ya da sayılan olayların faillerinin yakalanabilmesine yardımcı olanlar ile yerlerini yahut kimliklerini bildirenlere dair bir çok kanunda yer verilen ortak hüküm, bunların kimliklerinin gizli tutulmasıdır. Bazı hallerde ise ödül- ikramiye verileceği/verilebileceği öngörülmüştür.

Gerekli koruma tedbirleri ise 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda belirtilen kişi ve suçlarla sınırlıdır. Tanık Koruma Kanunu, yolsuzluk teşkil eden bir çok suç yönünden muhbir ve müştekileri korumamaktadır.

Örneğin genel gerekçesinde "rüşvet ve yolsuzluk fiillerinin Devleti zaafiyete uğratan sosyal bir yara olduğu" nun vurgulandığı 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mü-

cadele Kanunu'nun 17. maddesinde sayılan suçlar²⁹ yönünden, özel soruşturma usullerine tabi olanlar hariç, 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilerek, sıfat ve memuriyeti ne olursa olsun Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabilme imkânı sağlandığı halde bu suçların ihbarcıları hakkında Tanık Koruma Kanunu uygulanmamaktadır.

²⁹ **3628 SK Madde 17** - "(Değişik fıkra: 12.12.2003-5020 S.K. m.12) Bu Kanunda ve 18/06/1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır."

SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NE EK 3 NO.LU PROTOKOL* **

Bu Protokol'ü imzalayan Avrupa Konseyi Üye Devletleri,

Avrupa Konseyi'nin üyeleri arasında daha fazla birlik sağlama amacı gözönüne alınarak,

Bireysel ve ortak suça cevap verme kabiliyetlerini güçlendirmek arzusu ile;

13 Aralık 1957 tarihinde Paris'te imzaya açılan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır) (ETS No. 24) ve 15 Ekim 1975 ve 17 Mart 1978 tarihlerinde Strazburg'ta hazırlanan iki Ek Protokol hükümlerini (ETS No. 86 ve 98) gözönüne alarak;

Aranan kişi geri vermeye rıza gösterdiğinde, geri verme sürecini basitleştirmek ve hızlandırmak amacıyla ve belirli yönlerden Sözleşme'nin tamamlanmasının arzu edilebilir olduğunu gözönüne alarak, aşağıdaki şekilde anlaşmışlardır:

Madde 1 - Basitleştirilmiş Usule Göre Geri Verme Yükümlülüğü

Âkit taraflar, Sözleşme'nin 1 inci maddesinde öngörülen kişileri, bu kişilerin rızasına ve talep edilen Devletin onayına bağlı olarak, bu Protokol'de öngörüldüğü gibi birbirlerine basitleştirilmiş usulde geri vermeyi taahhüt ederler.

* "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" 13/12/1957'de imzaya açılmış, 3 onay koşulunun yerine getirilmesini müteakip 18/4/1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf olan Türkiye, Ek Protokoller arasında yalnızca Ek 2 Nolu Protokole taraf olup, henüz diğer Ek Protokolleri imzalamamıştır. Ek 1 Nolu Protokol 3 ülkenin onayı koşulunun yerine getirilmesi sonrası 20/8/1979 tarihinde, Ek 2 Nolu Protokol ise yine 3 ülkenin onayı koşulunun yerine getirilmesi sonrası 5/6/1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. SİDAS'a Ek 3 Nolu Protokol ise 10/11/2010 tarihinde imzaya açılmış ve 3 onay koşulunun yerine getirilmesini müteakip 1/5/2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Halihazırda SİDAS'a Ek 3 Nolu Protokol 5 ülke tarafından onaylanmış, 20 ülke tarafından imzalanmış ancak henüz onaylanmamıştır. Diğer taraftan, SİDAS'a Ek 4 Nolu Protokol de 20/9/2012 tarihinde imzaya açılmış, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>; Erişim:7/5/2013.

** Çev. Ahmet ULUTAŞ, Dr., Başbakanlık KDGM, İHukuk Müşaviri.

Madde 2 - Usulün Başlatılması

1. Aranana kişi hakkında, Sözleşme'nin 16 ncı maddesi uyarınca geçici tutuklanma talebi söz konusu olduğunda, bu Protokol'ün 1 inci maddesi uyarınca aranan kişinin geri verilmesi, Sözleşme'nin 12 nci maddesi gereğince geri verme talebi ve ilgili dokümanların sunulmasına bağlı değildir. Aranana kişinin geri verilmesini talep eden Taraf tarafından sağlanan aşağıdaki bilgiler, talep edilen Taraf tarafından bu Sözleşme'nin 3 ve 5 inci maddelerinin uygulanması ve basitleştirilmiş usulde nihai geri verme kararını almak bakımından yeterli kabul edilecektir:

a) Temin edilebiliyorsa tabiyeti veya tabiyetleri dahil olmak üzere, aranan kişinin kimliği,

b) Tutuklamayı talep eden merci,

c) Tutuklama emri veya aynı yasal etkiye sahip diğer bir belge veya infaz edilebilir bir mahkeme kararının varlığı, ayrıca kişinin Sözleşme'nin 1 inci maddesindeki şartlara uygun şekilde arandığının teyidi;

d) Azami cezayı veya nihai kararda verilen cezayı ve kararın bir kısmının evvelce icra edilmiş olup olmadığını da içerir şekilde, suçun mahiyeti ve yasal tanımı;

e) Zamanaşımına ve zaman aşımının kesilmesine ilişkin bilgi,

f) Zaman, yer ve aranan kişinin suça iştirak derecesi dahil suçun işlendiği şartların tanımı,

g) Mümkün olduğu ölçüde suçun sonuçları,

h) Nihai kararın infazı için geri verme talep edildiğinde, kararın gıyapta verilir verilmediği,

2. Paragraf 1'e bakılmaksızın, talep edilen Tarafın geri verme hakkında karar verebilmesi için söz konusu paragrafta verilen bilginin yeterli olmaması durumunda ek bilgi talep edilebilir.

3. Talep edilen Tarafın, Sözleşme'nin 12 nci maddesi uyarınca bir geri verme talebi alması halinde, bu Protokol Sözleşme hükümleriyle bağdaştığı ölçüde (*mutatis mutandis*) uygulanır.

Madde 3 - Kişiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü

Geri verilmesi amacıyla aranan kişi, Sözleşme'nin 16 ncı maddesi uyarınca tutuklandığı zaman, talep edilen Tarafın yetkili makamı kendi hukukuna uygun olarak ve gecikmeksizin, söz konusu kişiyi kendisiyle ilgili geri verme talebi ve bu Protokol uyarınca basitleştirilmiş geri verme usulünün uygulanma ihtimali hakkında bilgilendirir.

Madde 4 - Geri Vermeye Muvafakat

1. Aranan kişinin geri vermeye muvafakati ve uygun olduğu takdirde hususilik ilkesi korunmasından açık feragati, talep edilen Tarafın hukukuna uygun olarak, bu Tarafın yetkili adli makamı önünde verilir.

2. Her bir âkit Taraf, "rıza" ve uygun olduğu hallerde 1 inci paragrafta sözü geçen "feragat" in ilgili kişinin bunları gönüllü ve hukuki sonuçlarının tamamen farkında olarak açıklamasını sağlamak için gerekli önlemleri alır. Bu amaçla, aranan kişi hukuki danışma hakkına sahiptir. Gerektiğinde, talep edilen Taraf, aranan kişinin bir tercümanın yardımından yararlanmasını sağlar.

3. Rıza ve uygun olduğu takdirde 1 inci paragrafta belirtilen feragat, talep edilen Tarafın hukukuna uygun biçimde kaydedilecektir.

4. 5 inci paragrafta tabi olarak "rıza" ve uygun olduğu takdirde 1 inci paragrafta belirtilen "feragat" geri alınamaz.

5. Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip ve katılım belgesi tevdi edilirken veya herhangi bir başka zamanda, rıza ve uygun olduğu takdirde hususilik ilkesinden yararlanmaktan feragatin geri alınabileceğini açıklayabilir. Rıza talep edilen Tarafın basitleştirilmiş usule göre geri verme hakkında vereceği nihai kararına kadar geri alınabilir.

Bu halde rızanın bildirilmesi ve geri alınması arasındaki dönem, Sözleşme'nin 16 ncı maddesinin 4 üncü paragrafında belirtilen sürenin hesabında göz önüne alınmaz. Hususilik ilkesinden feragat, ilgili kişinin teslim edilmesine kadar geri alınabilir. Geri vermeye rızanın veya hususilik ilkesinden feragatin geri alınması, talep edilen Tarafın hukukuna uygun olarak kaydedilecek ve derhal talep eden Tarafa bildirilecektir.

Madde 5 - Hususilik İlkesinden Feragat

Her bir Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip veya katılım belgelerinin tevdii sırasında ya da herhangi bir başka zamanda, bu Protokol'ün 4 üncü maddesi uyarınca bu Devlet tarafından geri verilecek kişinin;

a) geri verilmesine rıza göstermesi veya

b)geri verilmesine rıza göstermesi ve açıkça hususilik ilkesinden feragat etmesi halinde,

Sözleşme'nin 14'üncü maddesinde belirtilen kuralların uygulanmayacağını beyan edebilir.

Madde 6- Geçici Tutuklama Durumunda Bildirimler

1. Talep eden Tarafın, uygulanabilir olduğu hallerde, Sözleşme'nin 12 nci maddesi uyarınca bir geri verme talebi sunabilmesi için, talep edilen Taraf, mümkün olduğunca çabuk ve geçici tutuklama gününden itibaren 10 gün geçmeden, aranan kişinin geri vermeye rızasının bulunup bulunmadığını talep eden Tarafa bildirecektir.

2. Talep edilen Tarafın aranan kişinin rızasına rağmen basitleştirilmiş usulü uygulamamaya karar vermesi gibi istisnai hallerde, talep edilen Taraf bunu Sözleşme'nin 16 ncı maddesi uyarınca öngörülen 40 günlük süre dolmadan geri verme talebini sunmasını sağlayacak şekilde ve yeterli süre önceden talep eden Tarafa bildirir.

Madde 7 - Kararın Bildirimi

Aranan kişinin geri vermeye rızasını verdiği hallerde talep edilen Taraf basitleştirilmiş usulde geri vermeye ilişkin kararını, ilgili kişinin rıza gösterdiği günden itibaren 20 gün içinde talep eden Tarafa bildirecektir.

Madde 8 - İletişim Vasıtaları

Bu Protokol'ün amaçları doğrultusunda iletişim, Interpol vasıtasıyla olduğu gibi elektronik yolla veya tarafların sahilliğini saptayabilecekleri koşullar altında, yazılı biçimde kanıt oluşturacak diğer bir yolla sağlanabilir. Herhalükarda ilgili Taraf, talep üzerine ve herhangi bir zamanda belgelerin orijinallerini veya onaylı örneklerini sunacaktır.

Madde 9 - Geri Verilecek Kişinin Teslimi

Teslim mümkün olduğunca çabuk veya mümkünse geri verme kararının bildirilmesi tarihinden itibaren 10 gün içinde gerçekleştirilmelidir.

Madde 10 - Madde 6'da Belirtilen Sürenin Dolmasından Sonra Verilen Rıza

Aranan kişinin işbu Protokol'ün 6 ncı maddesinin 1 inci paragrafında yer alan 10 günün dolmasından sonra geri vermeye rıza gösterdiği hallerde, talep edilen Taraf, şayet henüz Sözleşme'nin 12 nci maddesi anlamında bir geri verme talebi almamışsa, bu Protokol'de öngörülen basitleştirilmiş usulü uygulayacaktır.

Madde 11 - Transit

Talep eden Tarafa basitleştirilmiş usulde geri verilecek kişinin Sözleşme'nin 21 inci maddesinde öngörülen koşullar altında transit naklinin söz konusu olması halinde aşağıdaki hükümler uygulanacaktır:

a) Transit talebi işbu Protokol'ün 2 nci maddesinin 1 inci paragrafında öngörülen bilgiyi içerecektir;

b) Transit talebini kabul edecek Taraf, şayet alt paragraf (a)'da öngörülen bilgi anılan Tarafın transite karar vermesi için yetersiz ise, ek bilgi talep edebilir.

Madde 12 - Sözleşmeyle ve Diğer Uluslararası Sözleşmelerle İlişki

1. Bu Protokol'de kullanılan kelimeler ve ifadeler Sözleşme'nin anlamı çerçevesinde yorumlanmalıdır. İşbu Protokol'ün tarafları bakımından, Sözleşme'nin hükümleri, bu Protokol'ün hükümleriyle bağdaştığı ölçüde (*mutatis mutandis*) uygulanmalıdır.

2. Bu Protokol hükümleri, Sözleşme'nin ikili ve çok taraflı sözleşmelerle Sözleşme arasındaki ilişkiler hakkındaki 28 inci maddesinin 2 nci ve 3 üncü paragraflarının uygulanmasına hâlel getirmez.

Madde 13- Dostane Çözüm

Avrupa Konseyi Suç Sorunları Avrupa Komitesi, bu Protokol'ün uygulanmasına ilişkin olarak bilgilendirilecek ve Protokol'ün yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanabilecek güçlüklerin dostane çözümününün kolaylaştırılması için her ne gerekiyorsa yapacaktır.

Madde 14 - İmza ve Yürürlüğe Giriş

1. Bu Protokol, Sözleşme'ye taraf olan veya imzalamış bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin imzasına açılacaktır. İşbu Protokol, onay, kabul ve tasvibe tabi olacaktır. Bir imza sahibi, daha önceden Sözleşmeyi onay, kabul veya tasvip etmedikçe veya bunları aynı anda yapmadıkça, bu Protokol'ü onay, kabul veya tasvip edemez. Onay, kabul veya tasvip belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilecektir.

2. Bu Protokol, üçüncü onay, kabul veya tasvip belgesinin tevdi edilmesinden sonra geçen üç aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

3. Sonradan onay, kabul veya tasvip belgesini tevdi eden bir akit Devlet bakımından bu Protokol, tevdi gününden sonra geçen üç aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 15 - Katılım

1. Sözleşme'ye katılmış olan herhangi bir üye olmayan Devlet, yürürlüğe girmesinden sonra bu Protokol'e katılabilir.

2. Böyle bir katılım, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bir katılım belgesinin tevdi ile sonuç doğuracaktır.

3. Katılan Devlet bakımından Protokol, katılım belgesinin tevdi gününden sonra geçen üç aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 16 - Ülkesel Uygulama

1. Herhangi bir Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini tevdi ederken bu Protokol'ün uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirleyebilir.

2. Herhangi bir Devlet sonraki bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yöneltilen bir deklarasyon ile bu Protokol'ün uygulanmasını, deklarasyonda belirtilen herhangi bir bölgeye genişletebilir. Bu bölge bakımından Protokol, bu tür bir deklarasyonun Genel Sekreter tarafından alınmasından sonra geçen üç aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

3. Önceki iki paragraf uyarınca yapılan herhangi bir deklarasyon, böyle bir deklarasyonda belirtilen herhangi bir bölge bakımından, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yöneltilen bir bildirim ile geri çekilebilir. Geri çekme, böyle bir bildirim Gen. Sekreter tarafından alınmasından sonra geçen altı aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 17 - Deklarasyonlar ve Çekinceler

1. Sözleşme'nin veya iki Ek Protokol'ün herhangi bir hükmüne bir Devlet tarafından konulan çekinceler, o Devlet imza sırasında veya onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini tevdi ederken aksini beyan etmedikçe, bu Protokol'e de uygulanabilir. Aynı durum, Sözleşme'nin veya iki Ek Protokol'ün herhangi bir hükmü hakkında veya nedeniyle yapılan herhangi bir deklarasyon için de geçerlidir.

2. Herhangi bir Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini tevdi ederken, bu Protokol'ün 2 nci maddesinin 1 inci paragrafını tamamen veya kısmen kabul etmeme hakkından yararlanacağını beyan edebilir. Başka bir çekince konamaz.

3. Herhangi bir Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini tevdi ederken veya sonraki bir zamanda, bu Protokol'ün 4 üncü maddesinin 5 inci paragrafında ve 5 inci maddesinde öngörülen deklarasyonları yapabilir.

4. Herhangi bir Devlet, bu Protokol uyarınca koymuş bulunduğu bir çekince veya yapmış olduğu deklarasyonu, AK Genel Sekreterine yöneltilen, alındığı tarihte geçerli olacak bir deklarasyon vasıtasıyla tamamen veya kısmen geri çekebilir.

5. Bu maddenin 2 nci paragrafı uyarınca, işbu Protokol'ün 2 nci maddesinin 1inci paragrafına çekince koyan herhangi bir Taraf, o paragrafın diğer bir Tarafça uygulanmasını talep edemez. Bununla beraber, şayet çekincesi kısmi veya koşullu ise o paragrafın uygulanmasını, kendi kabul ettiği ölçüde talep edebilir.

Madde 18 - Fesih

1. Herhangi bir Taraf, kendisine ilişkin olarak, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yöneltilen bir bildirim vasıtasıyla bu Protokol'ü feshedebilir.

2. Bu tür bir fesih, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından bildirim alındığı tarihten sonra geçen altı aylık dönemin tamamlanmasını takip eden ayın ilk günü geçerli olacaktır.

3. Sözleşme'nin feshi otomatik olarak bu Protokol'ün feshini gerektirir.

Madde 19 - Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi üye Devletleri-ne ve işbu Protokol'e katılan herhangi bir Devlete aşağıdakileri bildirecektir:

- a) imza;
- b) onay, kabul, tasvip veya katılım belgesinin tevdi;
- c) Madde 14 ve 15 uyarınca bu Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi;
- d) Madde 4, paragraf 5, Madde 5, madde 16 ve madde 17, paragraf 1 uyarınca yapılan herhangi bir deklarasyon ve böyle bir deklarasyondan vazgeçme;
- e) Madde 17, paragraf 2 uyarınca konulan herhangi bir çekince ve böyle bir çekincenin geri alınması;
- f) 18 inci madde hükümleri uyarınca alınan herhangi bir bildirim ve feshin geçerli olacağı tarih;
- g) Bu Protokol'e ilişkin diğer herhangi bir eylem, deklarasyon, bildirim veya iletişim.

Aşağıda imzası olanların huzurunda, tam yetki ile işbu Protokol imzalanmıştır. İngilizce ve Fransızca olan her iki metin de orjinal ve eşit olmak üzere 10 Kasım 2010 tarihinde Strazburg'da hazırlanmış olup birer kopyası Avrupa Konseyi arşivine tevdi edilecektir. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, onaylı kopyaları her bir Avrupa Konseyi üyesi Devlete ve Sözleşme'ye katılan diğer üye olmayan Devletlere iletacaktır.

EĞİP BÜKME DEN

EĞİLİP BÜKÜLME DEN

Berin Taşan,

Yeni Kuşak Köy Enstitüler Derneği Yayınları,

İzmir 2013



Hukukçu yazar-şairlerin önde gelenlerinden Berin Taşan 1928 doğumlu. Kendisini 1969 yılında Sinop cezaevi savcısı iken İzmir'e tayini aşamasında Gördes'te tanıdım. O günden bu yana meslek büyüğüm, hukukçu ağabeyim, örnek yazın adamı olarak ilişkilerimi hiç kesmedim. Kadırbilirlik adına söylemeliyim ki, benim onu ihmal ettiğim günlerde beni yeni bir kitabı ile veya benim yeni çıkmış bir kitabım hakkındaki nazik mesajı ile ihmal etmedi. Onunla konuşmaktan hep keyif aldım, onu tanımış olmaktan gurur duydum.

Karşıyaka Başsavcılığından sonra İzmir Barosu'nda bir süre serbest avukatlık da yaptı. Naçizane yazarlığım dışında, savcılık ve avukatlıkta da çakışan benzerliğimiz, yoldaşlığımız oldu. Hukuk ve edebiyat âleminin yakından tanıdığı Berin Taşan ağabeyimi, bu küçük yazı ile hukuk camiasının edebi kimliği ile tanınmasını amaçlamaktayım.

Kitaplığımda 30.1.1976 ithaf tarihli dedesi, mutasavvıf şair "Merzifonlu Şeyh Abdürrahim Rumi" başlıklı özgün bir tarih araştırması var. (1975) Şeyh Rumi, "Bir aşk kütüğün yaktık diyar-ı rum'a attık"

diyen "Töbe ya Rabbi hata râhına gittiklerime-Bilip ettiklerime, bilmeyip ettiklerime," dizelerinin sahibi. Bu tarih araştırmasının 2008 tarihinde genişletilmiş ikinci baskısı yapıldı. Ondördüncü yüzyılın son yarısında Merzifon'da hüküm süren Taşanoğulları Beyliği'ni dolayısıyla Anadolu'nun Türkleşme ve İslamlaşma tarihini anlatan bu aile tarihi araştırması hukukçu ve edebiyatçı titizliğinin güzel bir örneğidir.

İki şiir kitabı yan yana duruyor kitaplığımda: "Şahdamarından" (2001), "Önce" (1986) . Tanıştığımız yıllardan önce yayımlanmış iki şiir kitabı , "Ellerim, Gözlerim, Yüreğim" (1960), "Yüzünün Bir Yanında" (1969) diğerlerinin yanında imzasız oldukları için boynu bükük duruyorlar. "İkinci yeni" akımının güzel ürünleri bunlar.

Üstad hukukçu Berin Taşan'ın hukuk araştırmaları da var: "Cezaevinden sonra" (1964) ve "Ağır Cezalı 300 Karar" (1966).

Bir de tiyatro eseri yazmış Berin Taşan. Sinop cezaevi/zindanında savcılık yaparken her yıl 2 Ağustos günü bir tiyatro gecesi düzenlemeyi gelenek haline getirmek ister. Ceyhan Atıf Kansu, yazara yazdığı bir

mektupta, bu uygulamayı şu sözlerle kutsuyor: "Bir memlekette cezaevine de tiyatro girdi mi, o halkın bir yeri adamakıllı ışıldıyor demektir. Bu ışınmayı hazırlayan, etkileyen, hızlandıran aydınlara bin şükür. Sana, senin ardındaki Atatürk dağına, seni cezaevine Pusuda oyununu sokmaya iten devrimci güce bin şükür."

Cezaevinde hükümlülerin isteği üzerine "İçerideki Adam" (1971) tiyatro eserini yazıyor ve sahneye koyuyor. Zamanın Adalet Bakanlığı Müsteşarı "Biz buraya sürgünleri gönderiyorduk, sen burayı şenlik yeri yapmışsın," diye yarı şaka yarı ciddi takılıyor. Yapılanlardan, "Yapılabilir olduklarının kanıtlanmış olmasından" dolayı memnun olmadığı anlaşılıyor.

Anılarını topladığı "Cumhuriyetin Savcısından, Bir Tanuğım Kal-sın" kitabı (2003) bizde çok rastlanmayan anı edebiyatının özgün bir örneği. Anadolu coğrafyasının görmediğim pek çok yerini o kitapla tanıdım, sevdim. Örneğin Şiran anılarında sıkça sözünü ettiği Kelkit vadisini Fatih'in Otlukbeli savaşından sonraki dönüş yolunu bir fırsat yaratarak gördüm.

Berin Taşan'ın çeşitli dergi ve gazetelerde yayınlanmış, hukuk, edebiyat, özellikle dil konusundaki 65 yazıyı toplayan son kitabı, Mehmet Başaran'ın önsözündeki "Şiirleri-yazıları, kişiliğiyle kendi yontusunu yaptığı" sözleri ile özetlemek mümkün. Kitap daha önce yayımlanmış yazılarla örülmüş bir anı ve

duygular kitabı. Anılar kitabının devamı sayılabilecek nitelikte. Yazarın ülkenin içinde bulunduğu çalkantı ve karşılaştığı haksızlıklara karşın hiç kaybetmediği iyimserliği dikkat çekiyor. İzmir'den Şiran'a haksız biçimde atanmasını "yoksa nereden görecektim oraları, o insanları" diye, Sinop'a atanmasını zindanı cennete çevirmek çabası ile karşılayabilecek kadar iyimser. Türk edebiyatının önde gelenleri, Türkiye'deki siyasal çelişkiler ve savaşım, Sinop ve İzmir başta olmak üzere çeşitli yerler, coğrafyaları, insanları, kültürel zenginlikleri ile tanıtılıyor. İnsancıl durumlar ve gözlemler duru bir Türkçe, lirik bir dille anlatılıyor. Her bir yazı tam bir sanatçı işçiliği ürünü. Herhangi bir alıntı da kitabı tam olarak anlatamayacak. Bütünüyle, eksiksiz sindirerek, okumak gerek. Şahdamarından şiir kitabının ilk şiiri ile bu küçük yazıyı noktalamak en iyisi:

Nereye dokunsan

Dokunduğun yerden

Dökülüp dağılıyorsa

Tuz kokuyorsa

Burası Türkiye diyerek

İngilizce sözcüklerle

Felsefe yapmak yok

Kaytarmak, özür bulmak

Bırakıp gitmek yok! (Bırakıp Gitmek Yok /2000)

TE